

Dipl.-Jur. Verena Keßler (vormals Grobark)

Rechtsgeschichtliches Seminar:

„Deutsche Rechtssprüche – verstaubt oder aktueller denn je?“

Prof. Dr. K. Muscheler

Wintersemester 2008/ 2009

Thema Nr. 6:

„Bürgen soll man würgen“

Literaturverzeichnis

- Baumbach, Adolf
Hopt, Klaus J.
- Handelsgesetzbuch (HGB):
Mit GmbH u. Co, Handelsklauseln,
Bank- und Börsenrecht, Transportrecht
(ohne Seerecht)
33. Auflage
München 2007
zitiert: Baumbach/ Hopt, HGB, § Rdnr.
- Bülow, Peter
- Recht der Kreditsicherheiten: Sachen
und Rechte, Personen: ein Lehrbuch
7. Auflage
Heidelberg 2006
zitiert: Bülow, Recht der Kreditsicherheiten,
Rdnr.
- Ebenroth, Carsten Thomas
Boujong, Karlheinz
Joost, Detlev
Strohn, Lutz
- Handelsgesetzbuch
Band 2
München 2001
zitiert: Ebenroth/ Boujong/ Joost, HGB Rdnr.
- Fischer, Ulrich
- „Rechtliche, rechtshistorische und
rechtssoziologische Anmerkungen zu
Kurt Weills und Caspar Nehers Oper
„Die Bürgschaft““
in: NJW 2004, 558 ff.
zitiert: Fischer, NJW 2004, Seite.

II

Graf Lambsdorff, Hans Georg
Skora, Bernd

Handbuch des Bürgschaftsrechts
München 1994

zitiert: Graf Lambsdorff/ Skora, Kap. Rdnr.

Heidrich, Thomas

„Sittenwidrigkeit bei Mithaftungs-
übernahme – Systematik und Zukunft
der BGH- Rechtsprechung“

in: NJ 2004, 104 ff.

zitiert: Heidrich, NJ 2004, Seite.

Hellner, Thorwald (Hrsg.)
Steuer, Stephan

Bankrecht und Bankpraxis
Band 2 Kreditsicherung

55. EGL

Köln 2006

zitiert: Hellner/ Steuer, Bankrecht und
Bankpraxis, Band, Rdnr.

Jauernig, Othmar (Hrsg.)

Kommentar zum BGB

12. Auflage

München 2007

zitiert: Jauernig/ Bearbeiter, § Rdnr.

Kniffka, Rolf
Koeble, Wolfgang

Kompendium des Baurechts

3. Auflage

München 2008

zitiert: Kniffka/ Koeble, Kompendium des
Baurechts, Teil, Rdnr.

III

Kümpel, Siegfried

Bank- und Kapitalmarktrecht

3. Auflage

Köln 2004

zitiert: Kümpel, Absch. Rdnr.

Motzke, Gerd (Hrsg.)

Beck'scher VOB-Kommentar

Pietzcker, Jost

Verdingungsordnung für Bauleistungen

Prieß, Hans-Joachim

Teil A

1. Auflage

München 2001

zitiert: Motzke/ Pietzcker/ Prieß, VOB/ A, Rdnr.

Münchener Kommentar

Bürgerliches Gesetzbuch

Redakteur Ulmer, Peter

Schuldrecht

Besonderer Teil III §§ 705- 853

4. Auflage

München 2004

zitiert: Müko/ Bearbeiter, § Rdnr.

Palandt (Hrsg.)

Bürgerliches Gesetzbuch

67. Auflage

München 2008

zitiert: Palandt, § Rdnr.

Pfab, Alexander

„Die Sittenwidrigkeit von
Arbeitnehmer-bürgschaften“

in: Jura 2005, 737 ff.

zitiert: Pfab, Jura 2005, Seite.

Reifner, Udo

Handbuch des Kreditrechts

2. Auflage

München 2003

zitiert: Reifner, Handbuch des Kreditrechts,
Rdnr.

Röhrich, Lutz

Lexikon der Sprichwörtlichen Redens-
arten I

5. Auflage

zitiert: Röhrich, Seite.

Schimansky, Herbert

Bankrechts-Handbuch

Bunte, Hermann-Josef

Band 2

Lwowski, Hans-Jürgen

3. Auflage

München 2007

zitiert: Schimansky/ Bunte/ Lwowski, § Rdnr.

Schmidt- Wiegand, Ruth

Sprichwörter und Redensarten aus dem
Bereich des Rechts

in: Überlieferung, Bewahrung und
Gestaltung in der rechtsgeschichtlichen
Forschung, 277 ff.

Paderborn 1993

zitiert: Schmidt-Wiegand, Deutsche
Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, Seite

- Dieselbe
Wissensvermittlung durch Rechts-
sprichwörter. Das Beispiel des
„Sachsenspiegels“
in: Wissensliteratur im Mittelalter und
in der Frühen Neuzeit. Bedingung,
Typen, Publikum, Sprache, 258 ff.
Wiesbaden 1993
zitiert: Schmidt- Wiegand, Seite.
- Scholz, Hellmut
Lwowski, Hans Jürgen
Das Recht der Kreditsicherung
8. Auflage
Berlin 2000
zitiert: Scholz/ Lwowski, Rdnr.
- Soergel (Hrsg.)
BGB
Band 5/ 1
Schuldrecht IV/ 1
(§§ 705-822)
12. Auflage
Stuttgart 2007
zitiert: Soergel/ Bearbeiter, § Rdnr.
- Staudinger, von J. (Hrsg.)
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch mit Einführungsgesetz und Neben-
gesetzen
Zweites Buch
Recht der Schuldverhältnisse
§§ 765-778
13. Auflage
Berlin 1997
zitiert: Staudinger/ Bearbeiter, § Rdnr.

Derselbe

Eckpfeiler des Zivilrechts

Neubearbeitung

Berlin 2008

zitiert: Staudinger/ Bearbeiter, § Rdnr.

Weise, Christian

Die drey ärgsten Erznarren in der
ganzen Welt

Halle an der Saale 1878

zitiert: Weise, Die drei ärgsten Erznarren, Seite.

Gliederung

	<u>Seite</u>
A. Thema Nr. 6: „Bürgen soll man würgen“	1-25
I. Einleitung	1-3
II. Bedeutung und Herkunft des Rechtsspruchwortes	3-6
1. Allgemeine Bedeutung von Rechtsspruchwörtern	3
2. Konkrete Herkunft und Bedeutung des Sprichwortes „Bürgen soll man würgen“	3-6
a. Historische Entwicklung des Sprichwortes	4-5
b. Analyse und Begründung der These „Prägung des Rechtsspruchwortes durch den Bürgschaftscharakter	5-6
III. Heutige Relevanz des Rechtspruchworts	6-22
1. Existenz des Sprichwortes	6-7
2. Geltung des Rechtssatzes	7-22
a. Gesetzliche Schutzvorschriften	8-17
aa. Formerfordernisse zum Zwecke der Warnung	8-9
bb. Risikobegrenzung durch Höchstbetragsbürgschaften	9-12
cc. Bürgenschutz durch das Doppelsystem der Einwendungen	12-15
dd. Schutz des Bürgen durch die Verbraucherschutz- vorschriften	15-17
b. Schutzbemühungen der Rechtsprechung	17-22
IV. Gesamtbetrachtung und Fazit	23-24
B. Prognose hinsichtlich künftiger Entwicklungen	24-25

A. Thema Nr. 6: „Bürgen soll man würgen“

I. Einleitung

Die Leitfrage „Deutsche Rechtsprichwörter- verstaubt oder aktueller denn je?“ lässt sich in Bezug auf das Rechtsprichwort „Bürgen soll man würgen“ nur beantworten, wenn man eine rechtliche Analyse über die Herkunft, Bedeutung, heutige Relevanz und mögliche künftige Entwicklung des Rechtssatzes vornimmt.

Für das Verständnis über die Bedeutung des Rechtsprichwortes „Bürgen soll man würgen“, bedarf es im Vorfeld einiger Informationen über das Rechtskonstrukt der Bürgschaft. Die Bürgschaft selbst ist eines der ältesten Rechtsinstitute. Schon in der Bibel findet es mehrfach Erwähnung, unter anderem im alten Testament: „Ich verbürge mich für ihn (1. Moses 43,9).“¹

Ihre Bedeutung als personelles Sicherungsmittel zur Sicherung von Darlehen erhielt die Bürgschaft bereits im hebräischen Recht.² Bei Abschluss eines Vertrages legte der Bürge seine Hand in die des Gläubigers, um sich für die Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner zu verbürgen. Sinnbildlich wurde dadurch der Inbegriff eines menschlichen Rechtsgeschäfts geschaffen. Wurde das Darlehen nicht zurückgezahlt, haftete der Schuldner mit seiner Person und kam in die Schuldknechtschaft. Der Bürge musste seinerseits mit seinem gesamten Vermögen einstehen. Der heutige Bürgschaftsbegriff ist im BGB nicht legaldefiniert. Sein Inhalt ergibt sich aber aus § 765 I BGB. Demnach

¹ Fischer, NJW 2004, 558 (562).

² Fischer, a.a.O., 558 (562).

verpflichtet sich der Bürge durch den Bürgschaftsvertrag gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung einer Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Die Schuld, für die sich der Bürge verbürgt, muss inhaltlich bestimmt oder jedenfalls bestimmbar sein.³ Die Bürgschaft ist eine Personalsicherheit, deren wirtschaftliche Funktion in der Sicherung eines dem Hauptschuldner vom Gläubiger gewährten Kredits liegt, im weitesten, wirtschaftlich verstandenen, Sinn angefangen von der Gewährung eines Gelddarlehens bis hin zu allen erdenklichen Geschäften, bei denen der Gläubiger eine Forderung erhält, deren Erfüllung aber hinausgeschoben ist, so dass der Gläubiger das Risiko der Nichterfüllung trägt und insofern dem Hauptschuldner Kredit einräumt.⁴ Ihrer Rechtsnatur nach, begründet die Bürgschaft eine von der Verbindlichkeit des Hauptschuldners unabhängige selbständige Verpflichtung des Bürgen.⁵ Besteht diese Unabhängigkeit von der Hauptforderung noch hinsichtlich des Aspektes der Verpflichtung selbst, so zeichnet sich die Bürgschaft andererseits in ihrem Bestand durch eine absolute Abhängigkeit von der Hauptforderung aus. Als so genanntes akzessorisches Sicherungsmittel ist die Bürgenschuld in ihrer Entstehung, ihrem Fortbestand und Umfang, grundsätzlich von Existenz und Umfang der

³ BAG, NJW 2000, 3299; Artz, Jura 1999, 364 (365); Reinicke/ Tiedtke, Kreditsicherung, Rdnr. 98.

⁴ Vgl. Graf Lambsdorff/ Skora, Handbuch des Bürgschaftsrechts, Kap. 1 Rdnr.2; Müko/ Habersack, § 765 Rdnr. 1; Staudinger/ Horn, Vorbem. Zu §§ 765 ff. Rdnr. 2.

⁵ Müko/ Habersack, § 765 Rdnr. 2; Palandt/ Sprau, Einf. v. § 765 Rdnr. 1; Scholz/ Lwowski, Rdnr. 320.

Hauptschuld abhängig.⁶ Dieser Abhängigkeitsgrundsatz hat die Funktion sicherzustellen, dass der Gläubiger vom Bürgen das bekommt, was er vom Hauptschuldner nach dem jeweiligen Bestand der Hauptschuld beanspruchen kann, wegen Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners jedoch nicht bekommen hat.⁷

II. Bedeutung und Herkunft des Rechtsspruchwortes

1. Allgemeine Bedeutung von Rechtsspruchwörtern

Rechtsspruchwörter sind „im Volk umlaufende“ Sätze die auf eine Rechtsregel oder ein Rechtsprinzip zurückgehen.⁸ Im Mittelalter wurden Rechtsspruchwörter vor allem dazu genutzt juristische Kenntnisse zu vermitteln.⁹ Dies ermöglicht es uns heute mit Hilfe von Rechtsspruchwörtern einen Einblick in das Rechtsverständnis und die rechtlichen Regelungen des Mittelalters zu nehmen.¹⁰

2. Konkrete Herkunft und Bedeutung des Sprichwortes „Bürgen soll man würgen“

Auch das Sprichwort „Bürgen soll man würgen“ entstammt diesem Zeitalter. Hinsichtlich der konkreten Herkunft und weiteren Entwicklung dieses Rechtssatzes lässt sich die Vermutung anstellen, dass der besondere Charakter der

⁶ Hellner/ Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Band 2 Kreditsicherung, Rdnr. 4/ 1000; Schimansky/ Bunte/ Lwowski, § 91 Rdnr. 103; Staudinger/ Horn, Vorbem. zu §§ 765 ff. Rdnr. 18.

⁷ Vgl. Staudinger/ Horn, a.a.O., Rdnr. 18.

⁸ Schmidt-Wiegand, Deutsche Rechtsregeln und Rechtsspruchwörter, Einleitung, 10.

⁹ Schmidt/ Wiegand, a.a.O., 23 ff.

¹⁰ Vgl. Maihold, Rdnr. 6; vgl. Schmidt-Wiegand, a.a.O., 19.

Bürgschaft einen maßgeblichen Anteil daran hatte. Zum einen handelt es sich bei der Bürgschaft um eine Personalsicherheit. Die weitere charakteristische Besonderheit besteht in der Akzessorietät der Bürgschaft zu der Hauptforderung.

Fraglich ist, ob sich die These „der besondere Charakter der Bürgschaft hat den Rechtssatz geprägt“ bestätigen lässt.

a. Historische Entwicklung des Sprichwortes

Während, wie gezeigt, der Bürge im hebräischen Recht lediglich mit seinem Vermögen ein zustehen hatte, änderte sich dies durch das alte und mittelalterliche germanische Recht.¹¹ Nach dem Schwabenspiegel erwartete den Bürgen die gleiche Strafe wie den Unrechtstäter, für den er gebürgt hatte; bis hin zur Todesstrafe.¹² Im mittelalterlichen Recht diente die Bürgschaft vornehmlich der Strafvereitelung.¹³ Der Aspekt der Personalsicherheit wurde in diesem Rechtssystem nicht sinnbildlich, sondern wörtlich verstanden. So bezieht sich das Rechtssprichwort „Bürgen soll man würgen“ seinem Ursprung nach auf die bürgschaftsähnliche Haftung für einen Angeklagten.¹⁴ Bei Übernahme einer Bürgschaft verpfändete der Bürge sein Leben an Stelle des eigentlichen Schuldners; im Hinblick auf die strafrechtlichen Ursprünge an Stelle des Angeklagten. Bei Nichterfüllung des Schuldners, sich beispielsweise der Urteilsvollstreckung zu stellen, haftete der Bürge mit dem eigenen Leben.¹⁵ Er wurde durch den Strang hingerichtet, umgangssprachlich also erwürgt.¹⁶ Das Volk

¹¹ Fischer, a.a.O., 558 (563).

¹² Schmidt-Wiegand, a.a.O., 58.

¹³ Soergel/ Häuser, Vor § 765 Rdnr. 114.

¹⁴ Soergel/ Häuser, a.a.O. Rdnr. 114.

¹⁵ Fischer, a.a.O., 558 (563).

¹⁶ Fischer, a.a.O., 558 (563).

ersann diesbezügliche Redensarten und Spottverse.¹⁷ Einer dieser Spottverse lautete: „*Du Narr, fühle doch zuerst an den Hals, ob du kützlich bist, denn es heißt, Bürgen soll man würgen.*“¹⁸ Später wurde dieser Vers verkürzt und lautete: „*Wer bürgt, wird erwürgt.*“ Ein anderer Spruch lautete: „*Darumbe hat man Bürge, Daz man die Armen wüрге.*“¹⁹

b. Analyse und Begründung der These „Prägung des Rechtsspruchwortes durch den Bürgschaftscharakter“

Die zuvor aufgestellte These, dass der Bürgschaftscharakter, als akzessorische Personalsicherheit zur Entwicklung des Rechtsspruchwortes beigetragen hat, dürfte bei Betrachtung der Herkunft des Sprichwortes belegt sein. In dem Fall, dass ein Bürge für die Verpflichtung eines Angeklagten, nämlich sich zu stellen, bürgte, haftete er im Bürgschaftsfall nicht mit Grund und Boden, Vermögen oder ähnlichen Sicherheiten, sondern direkt mit seiner Person, nämlich seinem Leben. Abhängig war sein Leben folglich davon, ob der Schuldner, in diesem Fall Angeklagte, seinen Verpflichtungen nachkam. Wenn der Schuldner die Forderungen erfüllte, wurde der Bürge hinsichtlich seiner Bürgschaftsverpflichtung frei und durfte weiterleben. Für andere Forderungen, als die konkret verbürgte, galt seine Verpflichtung dabei nicht. Kam der Schuldner dagegen seiner Verpflichtung nicht nach, gab es keine andere Möglichkeit die Schuld zu tilgen, als durch den Tod des Bürgen. Eine Tilgung der Schuld, beispielsweise

¹⁷ Fischer, a.a.O., 558 (563); vgl. Schmidt-Wiegand, a.a.O. 58.

¹⁸ Weise, Die drei ärgsten Erznarren, 1704, 4/21).

¹⁹ Röhrich, 280.

durch Absitzen der Schuld im Schuldturm seitens des Hauptschuldners, kam nicht in Betracht. Dies zeigt die enge Verknüpfung von Hauptforderung und Bürgenhaftung, welche im heutigen Recht als Akzessorietät bezeichnet wird.

Die Relevanz dieses Sprichwortes büßte im Laufe der Zeit nicht an Bedeutung ein. Auch die folgenden Jahrhunderte wurden durch den Rechtssatz „Bürgen soll man würgen“ maßgeblich geprägt. Für die Verbreitung in der Bevölkerung sorgte nicht zuletzt die Beachtung die dieser Rechtssatz in der Literatur gefunden hat. So heißt es in Schillers Ballade „*Die Bürgschaft*“ von 1798 „*Ich lasse den Freund dir als Bürgen, ihn magst Du, entrinn ich, erwürgen,- beziehungsweise: „Mich Henker, ruft er, erwürget! Da bin ich, für den er gebürget.“*²⁰

III. Heutige Relevanz des Rechtsspruchwortes

1. Existenz des Rechtssatzes

Das Sprichwort „Bürgen soll man würgen“ wird auch heute noch gebraucht. Während die Ursprünge noch dem Strafrecht entstammten, findet dieser Rechtssatz heute jedoch im Rahmen des Zivilrechts Anwendung. Das Rechtsspruchwort dient als Warnung für die Konsequenzen, die eine Übernahme der Bürgschaft haben kann. Allerdings besteht diese Konsequenz heute selbstverständlich nicht mehr in dem buchstäblichen Erwürgen des Bürgen. Vielmehr dient

²⁰ Fischer, NJW 2004, 558 (563); Soergel/ Häuser, § 765 Rdnr. 114.

der Rechtssatz der Warnung vor möglichen erheblichen vermögensrechtlichen Einbußen. Grundsätzlich handelt es sich bei der Bürgschaft, wie schon im Mittelalter, auch heute noch um eine Personalsicherheit. Für den Gläubiger stellt die Bürgschaft eine besonders wertvolle Sicherheit dar, weil der Bürge in Höhe der verbürgten Schuld mit seinem gesamten pfändbaren Vermögen haftet. Diese Gesamtvermögenshaftung führt dazu, dass die finanzielle Bewegungsfreiheit des Bürgen erheblich eingeschränkt wird. Der Bürge kann sein Vermögen nicht mehr seinem Willen entsprechend einsetzen. Im übertragenen Sinne wird er also auch heute noch gewürgt. In finanzieller Hinsicht wird ihm nämlich die „Luft zum atmen“ genommen. Das heißt die Freiheit zu disponieren. Der Bürge hat es auch heute noch, ähnlich hilflos wie ein durch den Strang Hinzurichtender, hinzunehmen den Verlust seines Vermögens zu erdulden, ohne die Möglichkeit sich der Haftung und des dadurch begründeten Verlustes zu entziehen. Dabei handelt es sich, damals wie heute, nicht originär um die Schuld des Bürgen. Lediglich durch Übernahme der Haftungsbereitschaft hat der Bürge für die Schuld des Schuldners ein zustehen.

2. Geltung des Rechtssatzes

Es ist zu untersuchen, ob tatsächlich noch von einem „Würgen des Bürgen“ gesprochen werden kann. Eines der Hauptziele des Gesetzgebers in den vergangenen Jahren auf dem Gebiet des Bürgschaftsrechts war die Entwicklung zahlreicher Vorschriften zum Schutz des Bürgen. Auch die Rechtsprechungsentscheidungen auf dem Gebiet der

Bürgschaftsproblematik lassen eine eindeutige Tendenz hinsichtlich dieses Schutzes erkennen

Möglicherweise hat sich die Würgehandlung dadurch inzwischen vielmehr zu Lasten des Gläubigers derart auswirkt, dass es heißen sollte „Gläubiger soll man würgen“. Gegebenenfalls könnte sogar folgende provokante These aufgestellt werden: „Bei Gläubigern darf man räubern“. Ob es an der Zeit ist, den Rechtssatz „Bürgen soll man würgen“ als veraltet zu klassifizieren und dafür den Rechtssatz „Bei Gläubigern darf man räubern“ einzuführen, zeigt die nachfolgende Analyse.

a. Gesetzliche Schutzvorschriften

aa. Formerfordernisse zum Zwecke der Warnung

Gemäß § 766 S. 1 BGB bedarf es vorbehaltlich des § 350 HGB beim Abschluss des Bürgschaftsvertrages zwischen Gläubiger und dem Bürgen der Schriftform. Der Grund für dieses Formerfordernis ist die Warnfunktion.²¹ Dem Bürgen soll die Tragweite der übernommenen Verpflichtung vor Augen geführt werden und er soll von der Eingehung einer unüberlegten Bürgschaftsverpflichtung abgehalten werden.²² Es zeigt sich also, dass der Gesetzgeber bereits bei Begründung der Bürgschaft auf den Schutz des Bürgen bedacht ist. Mit der Warnung vor der Eingehung finanzieller Risiken bewahrt er den Bürgen davor im übertragenen Sinne „gewürgt“ zu werden. Diese Warnfunktion ist jedoch nicht

²¹ Baumbach/ Hopt HGB, § 350 Rdnr. 2; Müko/ Habersack, § 766 Rdnr.1.

²² Ebenroth/ Boujons/ Joost, HGB Rdnr. IV 464464; Müko/ Habersack, § 766 Rdnr. 1.

geeignet einen umfassenden Schutz vor den möglicherweise erheblichen Vermögenseinbußen zu gewähren. Eine Einschränkung erfährt der Schutzzumfang bereits dadurch, dass der Inhalt der Bürgschaft in Zweifelsfällen durch Auslegung gemäß §§ 133,157 BGB zu ermitteln ist und zwar unabhängig vom Schriftformerfordernis;²³ zumindest sofern sich dafür entsprechende Anhaltspunkte in der Bürgschaftsurkunde festmachen lassen. Für den Bürgen ergibt sich daraus zumindest ein finanzielles Restrisiko, weil sich nicht ausschließen lässt, dass seine Verpflichtungen weiter gefasst werden, als er beabsichtigt hat. Im Einzelfall besteht die potentielle Gefahr, dass der Bürge für einen höheren Betrag zu haften hat, als ursprünglich vorgesehen.

bb. Risikobegrenzung durch Höchstbetragsbürgschaften

Um diesem Risiko zu begegnen, werden in der Regel so genannte Höchstbetragsbürgschaften abgeschlossen. Dabei handelt es sich um eine Sicherungsart, die vor allem von Banken für die Sicherung von Krediten, meist Kontokorrentkrediten, eingesetzt wird.²⁴ Anders als bei der unbeschränkten Bürgschaft haftet der Bürge zwar für die gesamte Hauptschuld solange diese nicht vollständig getilgt ist, er kann aber nur bis zu einem vereinbarten Höchstbetrag in Anspruch genommen werden.²⁵ Für den Bürgen hat das den Vorteil, dass er klar disponieren kann. Der Umfang der

²³ Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, Rdnr. 678; Müko/ Habersack, § 766 Rdnr. 6; Palandt/ Sprau, § 765 Rdnr. 6; Reifner, § 42 Rdnr. 27.

²⁴ Graf Lambsdorff/ Skora, Kap. 2 Rdnr. 35; Reifner, § 42 Rdnr. 62.

²⁵ BGH, NJW 1989, 1484 (1485); Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 1029; Graf Lambsdorff/ Skora, Kap. 2 Rdnr. 35; Jauernig/ Stadler, vor § 765 Rdnr. 5; Schimansky/ Bunte/ Lwowski, Band II Rdnr. 249.

finanziellen Risiken ist ihm bekannt und er kann sich darauf verlassen, dass diese nicht überraschend zu seinem finanziellen Bankrott führen werden. Für den Fall der Inanspruchnahme gerät er nicht in die Situation der finanziellen Bewegungseinschränkung, was im übertragenen Sinne bedeutet er würde hinsichtlich seiner Dispositionsfreiheit „gewürgt“. Allerdings kann ein Restrisiko für den Fall bestehen bleiben, dass zwischen Gläubiger und Bürge vereinbart wird, dass sich der Betrag der übernommenen Bürgschaft um die Beträge erhöht, die als Zinsen, Provisionen, Spesen und Kosten jeder Art auf den verbürgten Höchstbetrag anfallen, und dass dies auch dann gilt, wenn diese Beträge durch Saldofeststellung jeweils Kapitalschuld geworden sind und dadurch der verbürgte Höchstbetrag überschritten wird.²⁶ In den vergangenen Jahren ging der BGH davon aus, dass derartige individuelle Vereinbarungen gewollt und daher wirksam sind.²⁷ Für den Bürgen barg dies das Risiko über den Höchstbetrag hinaus in Anspruch genommen werden zu können. Verschärfend trat hinzu, dass er sich im schlimmsten Fall in der irrigen Annahme befand, die höchstmögliche Haftungssumme zu kennen und in dem Umfang zu disponieren. Auf Basis dieser fehlerhaften Kalkulationsgrundlage konnte dies leicht zur Überschuldung des Bürgen führen. Der Rechtssatz „Bürgen soll man würgen“ erhielt dadurch besondere Bedeutung. Denn ohne die Möglichkeit sich für den Haftungsfall vorzubereiten, wurde der Bürge plötzlich und unerwartet um seine Möglichkeit der finanziellen Disposition gebracht. Diese Einschränkung konnte sich im Einzelfall

²⁶ Schimansky/ Bunte/ Lwowski, § 91 Rdnr. 250.

²⁷ BGH, NJW 1980, 2131; BGH, WM 1978, 10 (11); BGH, WM 1984, 198.

negativ auf den gesamten Lebensstandard und die Vermögensverhältnisse auswirken. Die Konsequenz dieser Rechtsprechung, dass das „Würgen des Bürgen“ dadurch gerade gefördert wird, hat der BGH inzwischen erkannt. Der BGH geht zwar weiterhin davon aus, dass derartige Individualabsprachen im Zweifel gewollt sind und diese AGB-Klausel darum nicht überraschend ist und einer Klauselüberprüfung dem § 305 c I BGB demgemäß standhält.²⁸ Allerdings hat er inzwischen entschieden, dass eine solche Formularklausel unwirksam ist, soweit sie vorsieht, dass sich die Bürgschaft auch dann auf Zinsen, Provisionen und Kosten erstreckt, die im Zusammenhang mit den gesicherten Forderungen entstanden sind, wenn dadurch der vereinbarte Höchstbetrag überschritten wird, und zwar, weil sie den Bürgen im Sinne des § 307 I S. 1, II Nr. 2 BGB unangemessen benachteiligen.²⁹ Grund hierfür sei, dass der in der Begrenzung des auf den Höchstbetrag liegende vertragswesentliche Schutz des Bürgen durch die Erweiterungsklausel weitgehend beseitigt werde. Die dadurch für den Bürgen mögliche Haftung bewirke, dass die Klausel dadurch ein für den Bürgen nicht kalkulierbares Risiko begründe, die nach Sinn und Zweck der Höchstbetragsbürgschaft gerade ausgeschaltet werden soll.³⁰ Diese Rechtsprechung verstärkt den Schutz des Bürgen und bedeutet gleichzeitig eine Beschneidung der Durchsetzung der Vertragsrechte des Gläubigers. Trotz individueller Absprache

²⁸ Vgl. Müko/ Habersack, § 765 Rdnr. 111; Scholz/ Lwowski, Rdnr. 354.

²⁹ Kümpel, Absch. 3 Rdnr. 6.175; Schimansky/ Bunte/ Lwowski, § 91 Rdnr. 250.

³⁰ Bülow, a.a.O., Rdnr. 707; vgl. Kümpel, Absch. 3 Rdnr. 6.175; Palandt/ Sprau, § 768 Rdnr. 1; Reifner, § 42 Rdnr. 142; Schimansky/ Bunte/ Lwowski, § 91 Rdnr. 250.

können dem Bürgen keine zusätzlichen Zinsen und Kosten auferlegt werden. Im übertragenen Sinne bedeutet dies, dass der BGH mit seiner Rechtsprechung *die Schlinge um den Hals des Bürgen gelockert hat*, selbst wenn er sich diese durch Zustimmung zu der Geltung der Klausel zuvor, *selbst enger um den Hals gezogen hat*.

cc. Bürgenschutz durch das Doppelsystem der Einwendungen

Das Bestreben des Gesetzgebers den Bürgen, entgegen seiner freiverantwortlichen eingegangenen Bürgschaftsverpflichtung, vor dem in finanzieller Hinsicht „erwürgt werden“ zu schützen wird insbesondere durch die Existenz eines effektiven Einredensystems deutlich. In den §§ 768, 770, 771 BGB sind Einreden geregelt, die der Bürge sowohl gegen die Hauptforderung, als auch gegen die Bürgschaftsverpflichtung selbst geltend machen kann. Wie schon im Mittelalter, in dem der Rechtssatz „Bürgen soll man würgen“ geprägt wurde, wird die enge Verbindung zwischen Hauptschuldner und Bürgen deutlich. Allerdings sorgt diese enge Verbundenheit im Hinblick auf die Einreden des heutigen BGB dafür, dass der Bürge sich vor dem Würgegriff des Gläubigers gerade schützen kann. So wird durch § 768 II BGB deutlich, dass das Schutzbedürfnis des Bürgen unabhängig von dem des Hauptschuldners zu erfolgen hat. Selbst wenn der Hauptschuldner auf die Geltendmachung einer Einrede verzichten sollte bleibt es dem Bürgen unbenommen sie dennoch geltend zu machen. Auch § 770 BGB lässt diesen Schutzgedanken erkennen. Der Bürge kann die Zahlung

verweigern, solange dem Hauptschuldner Gestaltungsrechte zur Verfügung stehen mit denen er die Forderung begleichen kann beziehungsweise solange er die Möglichkeit hat, die geltend gemachten Ansprüche des Gläubigers anzufechten. Der Gesetzgeber beabsichtigt damit, dass derjenige die Hauptverantwortung trägt, der die Forderungsverbindlichkeit eingeht, nämlich der Hauptschuldner. Erst wenn ein diesbezüglicher Rückgriff nicht mehr möglich ist soll der Bürge, der meist aus altruistischen Motiven handelt in Anspruch genommen werden. Während zu der Zeit der Schöpfung des Rechtssatzes „Bürgen soll man würgen“ der Bürge unverzüglich zur Verantwortung gezogen wurde, um „irgendjemanden“ zu haben der haftet, hat der Gesetzgeber heute Regelungen aufgestellt, um den Hauptverantwortlichen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu bewegen, bevor erst in zweiter Linie der Bürge haften muss. Dieses Prinzip, der primären Haftung des Hauptschuldners als Hauptverantwortlicher vor der Inanspruchnahme des Bürgen, wird ganz besonders deutlich durch § 771 BGB – der Einrede der Vorausklage. Solange der Gläubiger mit dem Versuch der Zwangsvollstreckung des Hauptschuldners nicht gescheitert ist, darf der Bürge die Befriedigung verweigern. Dadurch wird gewährleistet, dass die Bürgschaft tatsächlich lediglich ein Sicherungsmittel bleibt. Das Verständnis der Bürgschaft des Mittelalters erinnert dagegen eher an einen Vergeltungsakt. Erschien der Schuldner, im diesbezüglichen Zusammenhang der Angeklagte, nicht wie versprochen, konnte man an dem Bürgen Rache nehmen. Juristisch betrachtet verpfändete der

Bürge sein Leben. Im Haftungsfall wurde sein Pfand „Leben“ schließlich unverzüglich verwertet. Heute zielt die Inanspruchnahme des Bürgen dagegen nicht auf die unbedingte Verwertung des Vermögens des Bürgen ab, sondern auf die Sicherung und demzufolge unbedingte Geltendmachung der Forderung zu Gunsten des Gläubigers. Der Gläubiger kann zunächst nicht ohne weiteres und durch eigene Initiative das Vermögen verwerten, sondern muss abwarten, dass der Bürge seiner Verpflichtung nachkommt. Zudem schützt § 771 BGB den Bürgen vor einer eventuellen Willkür des Gläubigers. Dieser muss sich zunächst an den Geschäftspartner halten, den er sich primär ausgesucht hat, bevor er sich zur Inanspruchnahme der Sicherheit entschließt. Relativierung findet dieser durch § 771 BGB theoretisch ermöglichte Schutz jedoch dadurch, dass in der Praxis häufig eine selbstschuldnerische Bürgschaft im Sinn des § 773 I Nr. 1 BGB verlangt wird. Demnach steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage aus § 771 BGB nicht zu. Folglich kann der Bürge vom Gläubiger unmittelbar an Stelle des Schuldners in Anspruch genommen werden.³¹ Dadurch wird die Subsidiarität der Bürgschaft jedoch nicht aufgehoben, sondern lediglich geschwächt.³² Der Gläubiger setzt sich deshalb dem Einwand der Arglist aus, wenn er den Hauptschuldner verschont, um zu dessen Vorteil den Bürgen in Anspruch zu nehmen.³³ Insofern besteht für den Bürgen also die Möglichkeit, sich im Falle vorzeitiger Inanspruchnahme auf diese Arglist zu berufen und der Haftung zu entziehen. Folglich existiert § 773 BGB nicht

³¹ Kümpel, Abschn. 3 Rdnr. 6.178; Müko/Habersack, § 773 Rdnr. 1; Soergel/Pecher, § 773 Rdnr. 1.

³² Scholz/Lwowski, Rdnr. 369; Soergel/Pescher, § 773 Rdnr. 1.

³³ Soergel/Pescher, § 773 Rdnr. 1.

um den Schutz des Bürgen aufzuheben, sondern dem Gläubiger eine verlässliche Sicherheit zu verschaffen. Der Gesetzgeber macht also durch das Einredesystem deutlich, dass er zwar versucht den „Bürgen vor dem Würgen“ zu schützen, gleichzeitig aber auch darauf bedacht ist, dem Gläubiger zu seinem Recht zu verhelfen. Dabei legt er es, wohl unter Beachtung des Prinzips der Privatautonomie, in den Verantwortungsbereich von Gläubiger und Bürge, die Schutzmöglichkeiten des Bürgen durch §§ 768, 770, 771 BGB vollständig auszuschöpfen, oder durch § 773 BGB zu Gunsten des Gläubigers zu beschränken. Er verschafft dem Bürgen dadurch die Entscheidungsfreiheit, inwieweit er sich selbst die *Schlinge um den Hals ziehen lässt* und dem Risiko aussetzt „gewürgt“ zu werden. Er greift aber ein, wenn der Bürge als wirtschaftlich Unterlegener *die Schlinge unnötigerweise zu eng zuzieht* und bemüht sich dabei für eine ausgewogene Risikoverteilung zu sorgen.

dd. Schutz des Bürgen durch die Verbraucherschutzvorschriften

Weiteren Schutz hat die Rechtsposition des Bürgen durch die allgemeine Stärkung der Verbraucherposition erlangt. Beeinflusst durch die EU und entsprechende europäische Richtlinien erhielten zahlreich neue Verbraucherschutzvorschriften Einzug in das BGB, die auch auf die Bürgschaft Anwendung finden. So gilt seit dem Urteil des XI. Zivilsenates des BGH vom 10. Januar 2006, unter Aufgabe der Rechtsprechung des IX. Zivilsenates, dass das Widerrufsrecht nach § 312 I S. 1 BGB nicht von der Verbrauchereigenschaft des Hauptschuldners oder einer auf

diesen bezogenen Haustürsituation abhängt, sondern allein von der Person des Bürgen.³⁴ Diese Rechtsprechung bedeutet bildlich gesprochen einen weiteren Schritt auf dem Weg „weg vom Galgen“. Der Bürge erhält nicht nur gesetzlichen Schutz durch für ihn geltende Spezialvorschriften durch die er die Möglichkeit erhält Einreden geltend zu machen, sondern wird bereits durch das allgemeine Schuldrecht als Verbraucher anerkannt und geschützt. Dabei stellt der BGH den Bürgen jedoch nicht dem Hauptschuldner gleich, sondern berücksichtigt die Bedeutung des Bürgen als Sicherungsmittel. Dies wird deutlich, indem der BGH eine Anwendung der Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes auf Bürgschaften ablehnt.³⁵ Mit dieser Entscheidung verstößt er nicht gegen den Schutzgedanken der Europäischen Richtlinien. Denn auch der EuGH hat bereits entschieden, dass ein Bürgschaftsvertrag kein Kreditvertrag im Sinne der Verbraucherkreditlinie sei. Geschützt würden nur die Verbraucher, die Kredite aufnehmen.³⁶ Abermals wird deutlich, dass der deutsche Gesetzgeber bzw. die deutsche Rechtsprechung den Bürgen vor den potentiellen Gefahren der Bürgschaft schützen wollen und bestrebt sind die Kernaussage des Rechtssatzes „Bürgen soll man würgen“ abzumildern. Es wird jedoch ebenso deutlich, dass dies nicht zu einseitigen Lasten des Gläubigers und auf Kosten der Privatautonomie geschehen soll, in deren Rahmen der Bürge sich schließlich freiverantwortlich zur

³⁴ Vgl. Kümpel, a.a.O. Rdnr. 6.148; Schimansky/ Bunte/ Lwowski, § 91 Rdnr. 294.

³⁵ Jauernig/ Stadler, § 765 Rdnr. 12; Schimansky/ Bunte/ Lwowski, § 91 Rdnr. 297.

³⁶ Schimansky/ Bunte/ Lwowski, § 91 Rdnr. 298; vgl. Staudinger/ Gsell, Verbraucherschutz IV 1 a,aa, 505.

Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung und den damit verbundenen Risiken entschlossen hat. Die These „Bei Gläubigern darf man räubern“ erfährt hierdurch keine Verifizierung.

b. Schutzbemühungen der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung bemüht sich seit Jahren um einen Ausgleich zwischen den Schutzinteressen des Bürgen und den Rechten des Gläubigers, indem sie im Laufe der Jahre einige Kriterien entwickelt hat, mit denen es ermöglicht wird den subjektiven Grad des Schutzinteresses möglichst objektiv zu betrachten und zu bewerten. Dabei handelt es sich jedoch in erster Linie nicht um selbständig entwickelte Lösungsansätze. Vielmehr legt die Rechtsprechung die geltenden Gesetzesvorschriften zu Grunde, legt deren Inhalte entsprechend des Schutzgedankens aus und bestimmt ihn näher. Deutlich wird dies insbesondere anhand der Vorschrift des § 138 I BGB bezüglich der Sittenwidrigkeit von Bürgschaftsverträgen. Ist das Hauptschuldverhältnis wegen Sittenwidrigkeit oder Wuchers nichtig, so besteht wegen der Akzessorietät auch keine Bürgenverpflichtung.³⁷

Hinsichtlich einer eigenständigen Sittenwidrigkeit der Bürgschaftsverpflichtung galt bis vor ein paar Jahren noch, dass die Bürgschaft als einseitig verpflichtendes Schuldverhältnis nicht von den Maßstäben eines Interessenausgleichs geprägt und deshalb nur selten

³⁷ Kümpel, Absch.3 Rdnr. 6.152; Soergel/ Häuser, § 765 Rdnr. 28.

sittenwidrig war.³⁸ Zum Wendepunkt gelangte diese Auffassung durch den Beschluss des BVerfG vom 19.10.1993.³⁹ Das BVerfG sieht im Rahmen dieser Bürgschaftsentscheidungen den Grundsatz der Privatautonomie als verletzt an, wenn ein Vertragsteil ein so starkes Übergewicht erlangt, dass er den Vertragsinhalt praktisch allein bestimmen kann.⁴⁰ Eine entsprechende Korrektur wird seitdem über § 138 BGB vorgenommen. Um einen gerechten Ausgleich zu berücksichtigen, kann eine solche Korrektur jedoch nicht bei jeder Störung des Verhandlungsgleichgewichts in Betracht kommen.⁴¹ Darum wurden typisierende Fallgestaltungen entwickelt, die das Ungleichgewicht erkennen lassen und deshalb einer Korrektur benötigen.⁴² Ausgangspunkt dieser Fallgruppen ist dabei grundsätzlich die finanzielle Überforderung des Bürgen. Entscheidend sind dabei die Verhältnisse des Bürgen bei Vertragsschluss.⁴³ Selbst wenn ein Fall krasser finanzieller Überforderung vorliegen sollte, ist dies noch nicht ausreichend für eine Begründung der Sittenwidrigkeit des Bürgschaftsvertrags.⁴⁴ Zusätzlich muss der Bürge darlegen und beweisen, dass weitere Umstände für die Sittenwidrigkeit hinzutreten.⁴⁵ Neben den Umständen, die eine Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB üblicherweise ausmachen, wie Ausnutzen

³⁸ Müko/ Habersack, § 765 Rdnr. 15; vgl. Reifner, § 42 Rdnr. 127

³⁹ Kümpel, Absch. 3 Rdnr. 6.152; Müko/ Habersack, a.a.O. Rdnr. 15; Soergel, § 765 Rdnr. 33; Staudinger/ Kessal-Wulf, II Nr. 3, 453

⁴⁰ Soergel, § 765 Rdnr. 34.

⁴¹ Vgl. Soergel, § 765 Rdnr. 34.

⁴² Kümpel, Absch. 3 Rdnr. 6.133; Soergel, § 765 Rdnr. 34.

⁴³ Soergel, § 765 Rdnr. 35, 36; Staudinger/ Kessal-Wulf, 3. Absch.Rdnr. 455.

⁴⁴ Soergel, a.a.O., Rdnr. 38.

⁴⁵ Jauernig/ Stadler, § 765 Rdnr. 4; Kümpel, Absch. 3 Rdnr. 6.154; Soergel, a.a.O., Rdnr. 38.

der geschäftlichen Unerfahrenheit und Beeinträchtigung der Willensbildung und Entschließungsfreiheit, ist eine Sittenwidrigkeit im Falle der Bürgschaft insbesondere bei Ausnutzung der emotionalen Verbundenheit gegeben.⁴⁶ Von einer emotionalen Verbundenheit mit dem Hauptschuldner ist auszugehen, wenn der Bürge sich nicht von einer realistischen und rationalen Einschätzung des von ihm zu übernehmenden Risikos oder gar von eigenen Interessen leiten lässt, sondern allein seine emotionale Bindung an den Hauptschuldner im Vordergrund steht.⁴⁷ In solchen Fällen handelt der Bürge also aus rein altruistischen Motiven. Dem Rechtssatz „Bürgen soll man würgen“ kommt in diesen Fällen eine ganz besondere Bedeutung zu. Die Würgesituation beginnt nämlich nicht, wie gewöhnlich, erst mit dem Eintritt des Sicherungsfalls. Bereits zum Zeitpunkt des Entschlusses eine Forderung durch die Übernahme einer Bürgschaft seitens einer emotional verbundenen Person, wie Ehepartner, Kinder oder anderer enger Verwandtschaftsbeziehungen, abzusichern, gerät der potentielle Bürge in die bedrängende Situation „moralisch“ verpflichtet zu sein. Seine Entschlussfreiheit ist immens beschnitten und es tritt der „Würgeeffekt“ insofern ein, als der potentielle Bürge bereits zu diesem frühen Zeitpunkt etwas zur erleiden hat, nämlich das Risiko, dass ihm in finanzieller Hinsicht die Luft zum atmen, also die Freiheit zur Vermögensdisposition, genommen werden kann. Das Erleiden oder Dulden - Müssen ergibt sich in diesem speziellen Fall daraus, dass dem Bürgen scheinbar keine andere Möglichkeit

⁴⁶ BGHZ, 136, 347 (351); BGHZ, 146, 37 (42); BGHZ, 151, 34 (37); Jauernig/ Stadler, a.a.O., Rdnr. 4; vgl. Müko/ Habersack, § 765 Rdnr. 23; vgl. Soergel, a.a.O. Rdnr. 38.

⁴⁷ Kümpel, Absch. 3 Rdnr. 6.154; Soergel, a.a.O. Rdnr. 41.

bleibt, wenn er die emotionale Beziehung zu dem Hauptschuldner nicht belasten will. Voraussetzung ist dabei jedoch, dass der Gläubiger die emotionale Bindung des Bürgen zum Hauptschuldner vorsätzlich oder grob fahrlässig in sittlich anstößiger Weise ausnutzt.⁴⁸ Dies ist bereits dann der Fall, wenn der Gläubiger nicht darlegen und gegebenenfalls beweisen kann, dass die Interzession auf einer von der persönlichen Nähebeziehung zum Hauptschuldner weitgehend unbeeinflussten autonomen Entscheidung des Bürgen beruht.⁴⁹ Die Sittenwidrigkeit wird also unter den genannten Voraussetzungen vermutet.⁵⁰ Für den Gläubiger wirkt diese Vermutung belastend. Um einen gerechten Ausgleich zu gewährleisten und die Geltung des Rechtssatzes „Bürgen soll man würgen“ nicht zu Lasten der unterstellten These „Bei Gläubigern darf man räubern“ lediglich auszutauschen, kann die Vermutung von Seiten des Gläubigers widerlegt werden. So etwa für den Fall, dass der Bürge ein eigenes wirtschaftliches oder persönliches Interesse an der Eingehung der gesicherten Forderung durch den Hauptschuldner hat, diese also zugleich den eigenverantwortlichen Erwägungen des Bürgen entspricht.⁵¹ Dadurch, dass die Widerlegung der Vermutung Sache des Gläubigers ist, wird deutlich, dass die Rechtsprechung bestrebt ist den „Bürgen vor dem gewürgt werden“ zu schützen. Denn die Widerlegung bedeutet eine gesetzliche Beweislastverteilung zu Lasten des Gläubigers. Auch die Rechtsprechung scheint also die in dem Rechtssatz

⁴⁸ Soergel, a.a.O. Rdnr. 42; Staudinger/ Kessal-Wulf, 455.

⁴⁹ Müko/ Habersack, § 765 Rdnr. 25.

⁵⁰ Heidrich, NJ 2004, 105 (107); Müko/ Habersack, a.a.O., Rdnr. 25; Pfab, Jura 2005, 737 (741).

⁵¹ Soergel, a.a.O. Rdnr. 47; vgl. Staudinger/ Kessal-Wulf, 455.

„Bürgen soll man würgen“ angedeutete Kritik an dem Sicherungsmittel Bürgschaft erfasst und damit begonnen zu haben die in vermögensrechtlicher Hinsicht nachteilige Lage des Bürgen auszugleichen, in dem sie ihm im Falle der wirtschaftlichen Unterlegenheit Schutz vor den Konsequenzen des Sicherungsfalls bietet.

Dieser Ansatz wird jedoch nicht in jedem Fall verfolgt. Wenn man die Rechtsprechung der „Bürgschaft auf erstes Anfordern“ betrachtet, welche häufig im Zusammenhang mit Bauverträgen Anwendung findet, wird deutlich, dass auch die Geltung des Rechtsatzes heute von der Wahl der Bürgschaftsart abhängen könnte. Im Gegensatz zum Grundtypus der Bürgschaft ist die „Bürgschaft auf erstes Anfordern“ mit einer „Anforderungsklausel“ versehen. Diese geht über die Erfüllungssicherung der einfachen Bürgschaft hinaus und soll dem Gläubiger innerhalb kürzester Zeit liquide Mittel verschaffen und zwar unabhängig davon, ob der Sicherungsfall im Verhältnis zum Hauptschuldner eingetreten ist.⁵² Auf einseitiges Anfordern des Gläubigers hin, muss der Bürge seine Leistung wegen dieser Anforderungsklausel, ohne die Möglichkeit der Geltendmachung von Einwendungen oder Einreden, erbringen.⁵³ Erst im Anschluss ist es ihm möglich den Betrag mit der Begründung zurückzufordern er habe den Betrag als Bürge nicht geschuldet, so dass folgender Grundsatz

⁵² Kniffka/ Koeble, Kompendium des Baurechts, 10. Teil, Rdnr. 37; Scholz/ Lwowski, Rdnr. 320 a; Soergel, § 765 Rdnr. 144.

⁵³ Motzke/ Pietzcker/ Prieß, VOB / A, § 14 Rdnr. 101; Scholz/ Lwowski, Rdnr. 320 b; Soergel, a.a.O. Rdnr. 146.

Anwendung findet: „Zahle jetzt, prozessiere später“.⁵⁴ Auf diese Konstruktion passt der Rechtssatz „Bürgen soll man würgen“ auch heute noch besonders gut. Das Gefühl erdulden zu müssen, wie die Freiheit zur Verfügung über das eigene Vermögen genommen wird entspricht der Situation des körperlichen „Gewürgt - Werdens“. In solch einem Fall hat der Bürge keine Möglichkeit sich gegen die drohende Vermögenseinbußen zu wehren und sich in finanzieller Sicht die „Luft zum atmen“ zu bewahren. Aufgrund der ungleichen Risikoverteilung zu Gunsten des Gläubigers und zu Lasten des Bürgen bezeichnen der BGH und die h.M. die Bürgschaft auf erstes Anfordern auch als eine den Gläubiger besonders privilegierende Form der Bürgschaft und nicht etwa als Sicherungsmittel eigener Art.⁵⁵ Obwohl die Akzessorietät zu der Forderung durch die Klausel weitestgehend aufgehoben wird, ist die Klausel laut BGH mit dem „Wesen einer Bürgschaftsverpflichtung“ vereinbar. Für den Bürgen handelt es sich dabei um eine besonders riskante Form der Bürgschaftsverpflichtung. Seine Rechte kann er lediglich in einem später folgenden Rückforderungsprozess aus § 812 BGB geltend machen.⁵⁶ Bei dem Konstrukt Bürgschaft auf erstes Anfordern handelt es sich folglich um eine Bürgschaftsart, durch die der Rechtssatz „Bürgen soll man würgen“ auch heute noch ein besonderes Maß an Gültigkeit erfährt.

⁵⁴ Vgl. Knifka/ Koeble, a.a.O., Rdnr. 140; Kümpel, 3. Absch. Rdnr. 6.103; Motzke/ Pietzcker/ Prieß, a.a.O., § 14 Rdnr. 101; Soergel, a.a.O. Rdnr. 146.

⁵⁵ Soergel, a.a.O. Rdnr. 147.

⁵⁶ Kümpel, 3. Absch. Rdnr. 6.103; Palandt/ Sprau, Einf. v. § 765 Rdnr. 14.

IV. Gesamtbetrachtung und Fazit

Betrachtet man die zuvor analysierten beispielhaften Regelungen zum Thema Bürgschaft, wird in erster Linie deutlich, dass der Gesetzgeber die Gefahr erkannt hat, die durch den Rechtssatz „Bürgen soll man würgen“ insistiert wird. In zahlreichen Normen versucht der Gesetzgeber daher den „Bürgen vor dem Würgen“ zu bewahren- allerdings nicht auf Kosten der Privatautonomie.

Dieses Prinzip ist eines der Eckpfeiler des Zivilrechts und ist deshalb unter allen Umständen zu wahren. Der Gesetzgeber versucht daher einen ausgewogenen Ausgleich zwischen dem Prinzip des Schutzes des Unterlegenen, d.h. wirtschaftlich Schwächeren, und des Prinzips der Privatautonomie zu finden. Es wird deutlich, dass der Rechtssatz „Bürgen soll man würgen“ grundsätzlich auch heute noch bedeutsam ist und zudem eine wichtige Funktion im Rahmen der Prävention übernimmt. Der Bürge hat Einfluss darauf, wie eng ihm die Schlinge um den Hals gezogen wird, indem er unter Beachtung des Prinzips der Privatautonomie selbst bestimmen kann, in welchem Umfang die Schutzvorschriften Anwendung finden sollen. Den größten Wandel hat der Rechtssatz „Bürgen soll man würgen“ also hinsichtlich seiner Bedeutung gemacht. Während das Rechtssprichwort zur Zeit seiner Schöpfung als Schmähung eingesetzt wurde, um den Bürgen für den Fall des Eintritts des Bürgschaftsfalls zu verspotten, also eher repressiv eingesetzt wurde, wird er heute eher präventiv genutzt. Dem Bürgen soll das Risiko bewusst werden, in das er sich selber begibt. Dass der Wortlaut durch das Wort „Würgen“ so

drastisch wirkt, hat den positiven Effekt die Warnung zu verstärken.

Die zuvor aufgestellte provokante These „Bei Gläubigern darf man räubern“ kann so nicht bestätigt werden. Wenn auch aus Sicht des Gläubigers ein entsprechender Eindruck vermittelt zu werden scheint, hat der Gesetzgeber dem Gläubiger dennoch genügend Mittel an die Hand gegeben, um sein Risiko zu minimieren. Etwa durch die Möglichkeit der selbstschuldnerischen Bürgschaft oder dadurch, dass im Fall bestimmter Bürgschaftsarten strengere Voraussetzungen gelten, wie etwa die erläuterte „Bürgschaft auf erstes Anfordern“. Den wirtschaftlich Unterlegenen zu schützen ist jedoch Recht und Pflicht des Gesetzgebers im Rahmen der Ausübung seiner Verantwortung gegenüber dem Schwächeren. Dieser Verantwortung kommt er nach, durch eine sinnvolle Ausgestaltung von Schutzvorschriften zu Gunsten des Bürgen.

B. Prognose hinsichtlich künftiger Entwicklungen

Die Bedeutung des Verbraucherschutzes hat in den vergangenen Jahren immer weiter zugenommen, nicht zuletzt durch Impulse seitens der Europäischen Union. In Gestalt von Richtlinien des EuGH werden die Rechte des Verbrauchers, als dem wirtschaftlich schwächsten Glied, gestärkt. Hinsichtlich des Bürgschaftsrechts hat, neben den Europarechtlichen Impulsen, auch das BVerfG bzw. der BGH mit seiner Rechtsprechung großen Einfluss ausgeübt. Im Rahmen einer Prognose ist zu erwarten, dass die Stärkung der Rechte des Bürgen in den kommenden Jahren zunehmen wird. Gleichzeitig wird der Rechtssatz „Bürgen soll man

würgen“ zwar an Brisanz verlieren, allerdings nicht an Bedeutung. Der Bedeutungswandel, dem der Rechtssatz seit dem Mittelalter ausgesetzt war, hat ihn lediglich in seiner Funktion geändert - vom Schmähspruch zur Warnung. Diese Warnfunktion bezieht sich auf das Wesen der Bürgschaft als Personalsicherungsmittel, nämlich darauf, dass ein Dritter für die Schulden eines Anderen ein zustehen hat, im schlimmsten Fall mit seinem gesamten Vermögen. Solange die Bürgschaft als Kreditsicherungsmittel nicht an Bedeutung verliert - und davon ist aufgrund des hohen Maßes an Sicherheit, das die Bürgschaft für den Gläubiger bietet - nicht auszugehen, wird auch das Bedürfnis nach Warnung und präventiven Maßnahmen der Sicherung nicht verschwinden.

„Bürgen soll man würgen“ - dieser Rechtssatz ist aktueller denn je und wird zumindest in absehbarer Zeit nicht an Bedeutung und Aktualität einbüßen.

- Ende der Bearbeitung-