

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 255

# Bürgenschutz durch Gläubigerdiligenz?

Zu den Nebenpflichten  
des Bürgschaftsgläubigers  
gegenüber dem Bürgen

Von

Stephan Dreismann



Duncker & Humblot · Berlin

**STEPHAN DREISMANN**

**Bürgenschutz durch Gläubigerdiligenz?**

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

**Band 255**

# Bürgenschutz durch Gläubigerdiligenz?

Zu den Nebenpflichten  
des Bürgschaftsgläubigers  
gegenüber dem Bürgen

Von

Stephan Dreismann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Dreismann, Stephan:**

Bürgenschutz durch Gläubigerdiligenz? : zu den Nebenpflichten des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Bürgen / Stephan Dreismann. –

Berlin : Duncker und Humblot, 2001

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 255)

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2000

ISBN 3-428-10519-2

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Salignow Verlagsservice, Berlin

Druck: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-10519-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

*Meinen Eltern  
in Dankbarkeit*



## Vorwort

Die nachfolgende Arbeit hat als Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln vorgelegen. Sie wurde im wesentlichen in den Jahren 1998 und 1999 erstellt und befand sich zum Zeitpunkt der Abgabe auf dem Stand des 30.04.1999. Zum Zwecke der Veröffentlichung habe ich sie aktualisiert, so daß nunmehr Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt sind, soweit diese bis zum 31.12.2000 veröffentlicht wurden.

Anläßlich der Promotion gilt meine dankbare Erinnerung Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Alexander Lüderitz, an dessen Lehrstuhl ich während meines Studiums vier Jahre lang arbeiten durfte und der mein Interesse am Kreditsicherungsrecht geweckt hat. Er verstarb viel zu früh im Sommer 1998, ohne die Vollendung der von ihm mitangeregten Arbeit erleben zu können.

Ich danke Herrn Professor Dr. Hanns Prütting für die spontane Bereitschaft, die Betreuung meiner Dissertation nach dem Tod von Herrn Professor Lüderitz zu übernehmen. Ich habe mich bei ihm und seinem Institut gut aufgehoben gefühlt. Herrn Professor Dr. Lieb bin ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens verbunden.

Danken möchte ich ferner meinen Sozilen der Rechtsanwaltskanzlei Hüttemann Nickel & Hoepner aus Leverkusen-Schlebusch. Sie haben mir nicht nur die Möglichkeit geboten, mein Promotionsvorhaben neben dem Berufseinstieg zu verwirklichen, sondern in besonderer Weise Geduld und Verständnis für die Befindlichkeiten eines Doktoranden bewiesen. Hervorheben möchte ich Herrn Rechtsanwalt Dr. Helmut Söll, dem ich für zahlreiche erhellende Gespräche danke, sowie meinen Freund und Kollegen Dr. Dominik Herfs für seine tatkräftige Unterstützung bei der EDV-mäßigen Erstellung der Textendfassung.

Ein letzter und besonderer Dank gilt meinen Eltern. Ihre stete Unterstützung während meiner gesamten Schul- und Berufsausbildung sowie die vielseitige Förderung, die mir durch sie zuteil wurde, haben diese Arbeit erst ermöglicht.

Bergisch Gladbach, im Januar 2001

*Stephan Dreismann*





# Inhaltsverzeichnis

Einleitung .....	23
------------------	----

## *Erster Teil*

<b>Das Schuldverhältnis und seine Pflichten</b> .....	<b>27</b>
A. Das Schuldverhältnis .....	27
I. Der Begriff des Schuldverhältnisses .....	27
II. Die rechtliche Struktur des Schuldverhältnisses .....	28
1. Der obligatorische Charakter .....	28
2. Der Relativitätsgrundsatz .....	28
3. Die Verknüpfungsfunktion .....	30
III. Die schuldrechtlichen Entstehungstatbestände .....	30
1. Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäft und kraft gesetzlicher Bestimmung .	31
2. Das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen .....	32
B. Das Pflichtenprogramm im Schuldverhältnis .....	33
I. Die Einteilung schuldrechtlicher Pflichten .....	34
1. Hauptleistungspflichten .....	34
a) Die Ambivalenz des Leistungsbegriffes .....	34
b) Leistung als „geschuldetes Verhalten“ .....	34
c) Die typusbestimmenden Pflichten .....	35
2. Nebenpflichten .....	36
a) Rechtsgrundlagen .....	36
b) Die Einteilung der Nebenpflichten .....	36
aa) Schutzpflichten und leistungsbezogene Nebenpflichten .....	37
bb) Nebenleistungspflichten und unselbständige Nebenpflichten .....	37
c) Terminologie .....	39
d) Arten von Nebenpflichten .....	40
aa) Leistungsbezogene Nebenpflichten .....	41
(1) Schutzzweck und Geltungsgrund .....	41
(2) Typen leistungsbezogener Nebenpflichten .....	41
(a) Mitwirkungspflichten .....	41
(b) Leistungstreuepflichten .....	43
bb) Schutzpflichten .....	44
(1) Schutzzweck und Geltungsgrund .....	44
(2) Inhalt .....	44
(3) Einheitliches gesetzliches Schutzpflichtverhältnis? .....	45
cc) Informationspflichten .....	46
(1) Schutzzweck und Geltungsgrund .....	46

(2) Typen von Informationspflichten .....	47
(a) Auskunftspflichten .....	47
(b) Rechenschaftspflichten .....	47
(c) Aufklärungs- und Mitteilungspflichten .....	48
(aa) Vorvertragliche Aufklärungspflichten .....	48
(bb) Vertragliche Mitteilungspflichten.....	50
(d) Wahrheitspflicht .....	50
(e) Pflicht zur Verhandlungstreue .....	51
3. Obliegenheiten .....	52
II. Die Sanktionierung schuldrechtlicher Pflichten .....	52
1. „Klagbarkeit“ .....	52
a) Vertraglich vereinbarte Pflichten .....	53
b) Gesetzlich vorgesehene Pflichten .....	53
c) Nebenpflichten aus Treu und Glauben .....	53
aa) Informationspflichten .....	54
bb) Leistungsbezogene Nebenpflichten .....	54
cc) Schutzpflichten .....	56
d) Obliegenheiten .....	56
2. Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen .....	57
a) Hauptleistungspflichten .....	57
b) Nebenpflichten .....	57
aa) Vorvertragliches Schuldverhältnis .....	57
(1) Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo .....	57
(a) Verletzung der allgemeinen Schutzpflichten .....	57
(b) Verletzung der Pflicht zur Verhandlungstreue .....	58
(c) Verletzung einer Aufklärungspflicht .....	58
(d) Verletzung der Wahrheitspflicht .....	60
(2) Weitere Ansprüche und Rechte .....	61
(a) Deliktische Schadensersatzansprüche .....	61
(b) Anfechtungsrecht nach § 123 BGB .....	61
(c) Einrede der unzulässigen Rechtsausübung .....	61
bb) Vertragliche oder gesetzliche Schuldverhältnisse .....	62
(1) Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung .....	62
(2) Rückwirkungen auf den Anspruch auf die Hauptleistung .....	62
(3) Einrede der unzulässigen Rechtsausübung .....	63
(4) Vertragsliquidierung .....	63
c) Obliegenheiten .....	64

### *Zweiter Teil*

<b>Die Bürgschaft als schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft</b> .....	<b>65</b>
A. Das Wesen der Bürgschaft .....	65
I. Die Stellung des Bürgschaftsvertrages im Gesetz .....	65
II. Die Rechtsnatur des Bürgschaftsvertrages .....	65
III. Rechtliche und wirtschaftliche Funktionen der Bürgschaft .....	67

IV. Abgrenzung zu verwandten Sicherungsgeschäften .....	67
B. Die Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten .....	69
I. Gläubiger und Bürge .....	69
1. Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages .....	69
a) Vertragsschluß zwischen Gläubiger und Bürge .....	69
b) Vertrag zugunsten Dritter .....	70
2. Beendigung des Bürgschaftsvertrages .....	70
a) Erlöschen der Hauptschuld .....	70
b) Parteiwechsel .....	70
c) Kündigung oder Widerruf der Bürgschaftserklärung .....	71
II. Gläubiger und Schuldner .....	73
III. Bürge und Schuldner .....	74
C. Die wesentlichen Grundsätze des Bürgschaftsrechtes .....	75
I. Das Akzessorietätsprinzip .....	75
II. Die Subsidiarität der Bürgschaft .....	76
III. Die Vorläufigkeit der Bürgenhaftung .....	77
D. Die Arten der Bürgschaft .....	79
I. Reguläre Bürgschaft, selbstschuldnerische Bürgschaft und Ausfallbürgschaft ..	79
II. Kreditbürgschaft und Kontokorrentbürgschaft .....	80
III. Höchstbetrags- und Teilbürgschaft .....	81
IV. Sonstige Bürgschaftsformen .....	82
E. Die Pflichten der Parteien des Bürgschaftsvertrages .....	84
I. Die Bürgenpflichten .....	84
II. Gläubigerpflichten? .....	85

*Dritter Teil*

**Die Nebenpflichten des Bürgschaftsgläubigers  
in der wissenschaftlichen Diskussion**

A. Die Entscheidung des historischen Gesetzgebers .....	87
I. Der Inhalt der Gesetzgebungsmaterialien .....	87
1. Der Dresdener Entwurf von 1866 .....	88
2. Die 1. Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Ge- setzbuches .....	88
3. Die Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Geset- zbuches .....	90
II. Die Aussagekraft der Gesetzgebungsmaterialien .....	90
1. Die Kritik an der getroffenen Wertentscheidung .....	90
2. Wertverschiebung im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens? .....	92
3. Unverbindlichkeit infolge Gesetzesauslegung? .....	93
4. Die Reichweite der gesetzgeberischen Entscheidung .....	94
B. Die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten .....	97
I. Die Rechtsprechung .....	97

1. Die herkömmliche Auffassung .....	98
a) Die Ablehnung von „Sorgfaltspflichten auch als Nebenpflichten“ .....	98
b) Die Bindung an Treu und Glauben, § 242 BGB .....	100
2. Wandel der Rechtsprechung? .....	101
II. Der Meinungsstand in der Literatur .....	103
1. Die der Rechtsprechung folgende Literaturansicht .....	103
2. Die Gegenauffassung von den Nebenpflichten des Bürgschaftsgläubigers ...	105
3. Die differenzierende Ansicht .....	107
4. Die Auffassung von den erweiterten Aufklärungspflichten des Bürgschafts- gläubigers, insbesondere zur Überwindung von Situationen struktureller Ver- tragsdisparität .....	109
C. Die eigene Auffassung .....	111
I. Die Bewertung der wesentlichen Argumentationslinien von Rechtsprechung und Literatur .....	111
1. Die Vernachlässigung der dogmatischen Herleitung von Nebenpflichten in Schuldverhältnissen .....	111
2. Die gegen die Existenz von Nebenpflichten des Bürgschaftsgläubigers erho- benen Einwände .....	112
a) Der Regelungsgehalt der §§ 765 ff BGB, insbesondere der Ausnahmecha- rakter des § 776 BGB .....	113
b) Die Einordnung der Bürgschaft in die Gruppe der einseitig verpflichten- den Verträge .....	114
c) Die Beeinträchtigung des Sicherungszweckes der Bürgschaft .....	117
d) Die Entwertung der Bürgschaft als Kreditsicherungsmittel .....	119
3. Die für das Bestehen von Gläubigerpflichten angeführten Argumente .....	120
a) Das Verbot eines bürgschaftsvertraglichen Nachlässigkeitspielraumes .	120
b) Die fehlende Einstandspflicht des Bürgen für das Gläubigerverhalten ...	123
c) Das eigene Gläubigerinteresse .....	124
d) Die Rechtsstellung des Bürgen .....	124
4. Die Differenzierung zwischen Gläubigerpflichten vor und nach Vertrags- schluß .....	125
5. Erweiterte Aufklärungspflichten des Gläubigers als Instrument des Bürgen- schutzes .....	126
a) Die herkömmlichen Begründungsansätze .....	127
b) Aufklärungspflichten zur Überwindung von Situationen struktureller Ver- tragsdisparität .....	128
aa) Die Gebotenheit der Bürgenaufklärung .....	128
bb) Die Tauglichkeit der Bürgenaufklärung .....	129
(1) Die fehlende Geschäftserfahrung als pflichtenbegründendes Kri- terium .....	129
(2) Die Überwindbarkeit der Vertragsdisparität .....	132
II. Grundsätze der Anerkennung von Nebenpflichten des Bürgschaftsgläubigers ..	135
1. Der dogmatische Ansatz .....	135
2. Die bürgschaftsspezifischen Parameter .....	137
a) Der Erklärungsgehalt des Verlangens nach der Bürgschaft .....	138
aa) Das Verhalten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen .....	139
bb) Die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners .....	139

b) Das Vorgehen des Gläubigers gegen den Hauptschuldner und dritte Sicherungsgeber .....	140
aa) Die selbstschuldnerische Bürgschaft .....	140
bb) Die reguläre Bürgschaft .....	142
cc) Die Ausfallbürgschaft .....	142
c) Sicherungszweck und Risikoübernahme .....	143
aa) Die Respektierung der Risikoverteilung durch das Pflichtenprogramm .....	144
bb) Der Inhalt der Risikoübernahme .....	145
cc) Die Auflösung von Interessengegensätzen .....	148
d) Die Eigenverantwortlichkeit des Bürgen .....	148
aa) Die Schutzverantwortung .....	149
bb) Die Informationsverantwortung .....	150
e) Die Subsidiarität von Nebenpflichten gegenüber gesetzlichen Schutzinstrumenten .....	151

*Vierter Teil*

**Die Nebenpflichten des Bürgschaftsgläubigers in der Einzelbetrachtung** 153

A. Gläubigerpflichten im Vertragsanbahnungsverhältnis .....	153
I. Allgemeine Schutzpflichten .....	153
II. Informationspflichten .....	154
1. Das Verhältnis vorvertraglicher Informationspflichten zu dem Bankgeheimnis .....	154
a) Grundlagen und Umfang des Bankgeheimnisses .....	154
b) Grenzen des Bankgeheimnisses .....	155
c) Die Kollision zwischen Bankgeheimnis und Informationspflicht .....	157
aa) Herrschende Meinung: Interessenabwägung .....	158
bb) Eigene Auffassung: Befreiung oder Ablehnung .....	158
2. Die vorvertraglichen Gläubigerpflichten zur Information im einzelnen .....	159
a) Die Wahrheitspflicht .....	160
b) Aufklärungspflichten .....	162
aa) Grundsatz: Keine Aufklärungspflicht .....	162
bb) Mögliche Ausnahmen .....	164
(1) Aufklärungspflichten gegenüber jedem Bürgen .....	164
(a) Einzelheiten aus dem Hauptschuldverhältnis .....	165
(b) Weitere Verbindlichkeiten .....	166
(c) Sonstige Sicherheiten .....	166
(d) Besonderheiten der Vertragsgestaltung .....	167
(aa) Haftung für Nebenkosten der Hauptforderung .....	167
(bb) Besonders hohes Haftungsrisiko .....	169
(cc) Bürgschaft auf erstes Anfordern .....	171
(2) Aufklärungspflichten bei Wissensdefiziten des Bürgen über sein „erhöhtes“ Bürgschaftsrisiko .....	173
(a) Aufklärungspflichten bei einem von dem Gläubiger veranlaßten Bürgerirrtum .....	174

(aa) Die in Rechtsprechung und Literatur herrschende Auffassung.....	174
(bb) Kritik der herrschenden Meinung .....	175
(b) Aufklärungspflichten bei sonstigen Wissensunterschieden ..	177
(aa) Die herrschende Meinung: Aufklärungspflicht bei erkanntem Irrtum oder Wissensvorsprung.....	178
(bb) Die Gegenmeinung: Aufklärungspflicht nur bei fehlendem Informationszugang des Bürgen.....	180
(cc) Der eigene Ansatz .....	180
α) Kritik der vertretenen Meinungen .....	180
β) Die Lösung: Aufklärungspflicht nur bei vertragsuntypischen Risiken .....	183
αα) Risiken jenseits der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und des Leistungswillens des Hauptschuldners .....	185
ββ) Der bevorstehende wirtschaftliche Zusammenbruch des Hauptschuldners.....	186
(3) Aufklärungspflichten bei besonders engen Beziehungen zwischen Gläubiger und Bürge .....	190
(a) Laufende Geschäftsbeziehungen .....	190
(b) Überschreitung der Rolle als Bürgschaftsgläubiger .....	191
(4) Aufklärungspflichten gegenüber bestimmten Bürgengruppen ...	193
(a) Der geschäftsunerfahrene Bürge .....	193
(b) Der mittellose Bürge .....	193
(c) Ehegatte oder Lebenspartner des Hauptschuldners als Bürge	194
c) Auskunftspflichten .....	195
aa) Der Meinungsstand .....	195
bb) Die eigene Auffassung .....	196
d) Pflicht zur Verhandlungstreue .....	197
III. Pflichten zur Bonitätsprüfung .....	198
IV. Ablehnungspflichten .....	199
<b>B. Gläubigerpflichten nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages .....</b>	<b>200</b>
I. Mitwirkungspflichten .....	200
1. Mitwirkung bei genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften .....	200
2. Pflicht zur Annahme der Bürgenleistung .....	202
II. Allgemeine Schutzpflichten .....	203
III. Schutzpflichten bei der Schuldabwicklung .....	203
1. Kollusives Zusammenwirken mit dem Schuldner .....	203
2. Kreditierung des Hauptschuldners .....	204
a) Außerhalb der Deckung durch die Bürgschaft .....	205
b) Im Haftungsrahmen der Bürgschaft .....	207
aa) Konkludente Übernahme einer Nebenpflicht bei Bürgschaften für künftige Verbindlichkeiten .....	207
bb) Einschränkende Auslegung der Bürgschaft .....	208
cc) Diligenzpflicht aus Treu und Glauben .....	209
(1) Die Ansicht der Rechtsprechung .....	209
(2) Die Auffassung der Literatur .....	210

(3) Die eigene Meinung .....	211
c) Bei einer Ausfallbürgschaft .....	216
3. Die Verwendung des Kredites durch den Hauptschuldner .....	216
4. Die treuwidrige Herbeiführung des Bürgschaftsfalles .....	219
a) Die Verhinderung der Schuldtilgung .....	220
aa) Die Nichtannahme von Tilgungsleistungen .....	220
(1) Bei einer regulären oder selbstschuldnerischen Bürgschaft .....	220
(2) Bei einer Ausfallbürgschaft .....	222
bb) Die Veranlassung des Schuldners oder eines Dritten, die Hauptschuld nicht zu erfüllen .....	223
cc) Die „Verrechnung“ von Schuldnerleistungen auf ungesicherte Forderungen und die Aufrechnung des Gläubigers mit solchen Ansprüchen .....	227
b) Die Veranlassung des Schuldnerzusammenbruches .....	227
aa) Bei einer regulären oder selbstschuldnerischen Bürgschaft .....	228
bb) Bei einer Ausfallbürgschaft .....	230
5. Sonstige Pflichten bei der Schuldabwicklung .....	231
a) Erwerb weiterer Forderungen gegen den Hauptschuldner .....	231
b) Verhinderung von Risikoerhöhungen durch Dritte .....	232
6. Einrede der unzulässigen Rechtsausübung .....	232
IV. Vertragliche Informationspflichten .....	233
1. Das Verhältnis vertraglicher Informationspflichten zu dem Bankgeheimnis .....	233
2. Die vertraglichen Gläubigerpflichten zur Information im einzelnen .....	235
a) Die Wahrheitspflicht .....	235
b) Mitteilungspflichten .....	236
aa) Der Meinungsstand .....	236
bb) Die eigene Auffassung .....	237
(1) Kritik der vertretenen Ansichten und Grundsätze der Anerkennung von Mitteilungspflichten .....	237
(2) Fallgruppen möglicher Mitteilungspflichten des Bürgschaftsgläubigers .....	241
(a) Erfüllung der Hauptschuld und wirtschaftliche Entwicklung des Hauptschuldners .....	241
(b) Veränderungen im Hauptschuldverhältnis .....	244
(aa) Weitere Kreditgewährung .....	244
(bb) Sonstige Entwicklungen im Hauptschuldverhältnis .....	245
(c) Bestehen der Bürgschaft .....	246
(d) Wissensunterschiede mit Bezug zu dem Risiko der Bürgschaft .....	248
(e) Überschreitung der Rolle als Bürgschaftsgläubiger .....	249
(f) Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Hauptschuldner und Inanspruchnahme anderweitiger Sicherheiten .....	249
(aa) Analoge Anwendung von § 1166 BGB? .....	249
α) Der Streitstand .....	250
β) Die eigene Meinung .....	251
(bb) Mitteilungspflicht aus Treu und Glauben .....	252
c) Auskunftspflichten .....	253



aa)	Der Meinungsstand .....	253
bb)	Die eigene Auffassung .....	254
(1)	Grundsätze eines Auskunftsanspruches des Bürgen gegen den Gläubiger .....	254
(a)	Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung .....	255
(b)	Möglichkeiten des Bürgenrückgriffes .....	257
(c)	Befreiungsanspruch nach § 775 BGB .....	258
(d)	Einwendungen gegen die Bürgschaftsforderung .....	259
(e)	Kündigungsrechte des Bürgen .....	259
(2)	Die auskunftspflichtigen Tatsachen im einzelnen .....	260
(a)	Der Stand der Hauptschuld .....	260
(b)	Der Stand der Bürgschaftsschuld .....	260
(c)	Sonstige Umstände aus dem Hauptschuldverhältnis .....	260
(d)	Die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners .....	261
(e)	Besondere Auskunftspflichten des Gläubigers einer regulären Bürgschaft .....	261
(f)	Besondere Auskunftspflichten des Gläubigers einer Ausfallbürgschaft .....	261
(g)	Voraussetzungen der §§ 768, 770, 776 BGB .....	262
(h)	Bestehen und Inhalt anderweitiger Sicherheiten .....	262
(i)	Auskunftsanspruch bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Mitteilungspflicht? .....	262
V.	Schutzpflichten bei der Rechtsverfolgung gegenüber dem Hauptschuldner .....	263
1.	Ausfallbürgschaft .....	264
2.	Reguläre und selbstschuldnerische Bürgschaft .....	266
a)	Der Meinungsstand .....	267
aa)	Die herrschende Ansicht .....	267
bb)	Die Gegenauffassungen .....	268
cc)	Stellungnahme zu den vertretenen Meinungen .....	269
(1)	Keine Gläubigerpflichten bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft .....	269
(2)	Keine Gläubigerpflichten bei der regulären Bürgschaft .....	270
b)	Grundsatz: Keine Diligenzpflichten .....	272
c)	Mögliche Ausnahmen .....	272
aa)	Schadensminderungspflicht bei Vertragsverletzungen des Hauptschuldners .....	272
(1)	Der Meinungsstand .....	272
(2)	Stellungnahme .....	273
(a)	Der Vorrang der Dispositionsfreiheit des Bürgschaftsgläubigers .....	274
(b)	Die Möglichkeiten des Bürgen zum Selbstschutz .....	275
(aa)	Bei Kreditbürgschaften .....	276
(bb)	Bei Bürgschaften für Ansprüche aus Gebrauchsüberlassungsverträgen .....	278
bb)	Aufrechnungspflicht bei Vermögensverfall .....	281
cc)	Rücksichtnahmeverpflichtung bei Stundung der Hauptforderung .....	282
dd)	Anmeldung der Hauptforderung zur Insolvenztabelle .....	284

ee) Nebenpflicht bei Hinweisen des Bürgen .....	285
VI. Schutzpflichten bei der Behandlung weiterer Sicherungsrechte .....	285
1. Ausfallbürgschaft .....	285
2. Reguläre und selbstschuldnerische Bürgschaft .....	286
a) Aufgabe einer Sicherheit durch den Gläubiger, § 776 BGB .....	287
aa) Erfasste Sicherungsrechte .....	287
bb) „Aufgeben“ i. S. d. § 776 S. 1 BGB .....	288
(1) Nur aktives Tun oder auch passives Verhalten? .....	289
(2) Nur Vorsatz oder auch Fahrlässigkeit? .....	292
(3) Zusammenfassung zum Begriff der „Aufgabe“ einer Sicherheit .....	295
(a) Aufgabe im Rahmen der Erhaltung .....	295
(b) Aufgabe im Rahmen der Verwertung .....	295
cc) Verlust einer Ersatzmöglichkeit des Bürgen .....	296
dd) Abdingbarkeit des § 776 BGB .....	297
(1) Durch Individualvertrag .....	297
(2) Durch Formularvertrag .....	297
b) Bürgenschutz jenseits des § 776 BGB .....	300
aa) Bürgeneinreden gem. § 768 I 1 BGB und § 770 II BGB .....	300
bb) Weiterreichende Diligenzpflichten? .....	302
cc) Verbot willkürlichen Gläubigerhandelns .....	304
C. Pflichten des Bürgschaftsgläubigers nach Ausgleich der Bürgschaftsforderung .....	305
I. Technische Mitwirkungspflichten .....	305
1. Übertragung nichtakzessorischer Sicherungsrechte .....	305
2. Herausgabe von Sicherungsgut .....	306
3. Übergabe von Unterlagen .....	306
II. Informationspflichten .....	307
1. Auskunftspflichten .....	307
2. Mitteilungspflichten .....	307

*Fünfter Teil*

<b>Die Sanktionierung der Nebenpflichten des Bürgschaftsgläubigers</b> .....	<b>309</b>
A. Klagbarkeit .....	309
B. Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen .....	310
I. Verstöße gegen Nebenpflichten aus dem Vertragsanbahnungsverhältnis .....	310
1. Verletzung der allgemeinen Schutzpflicht .....	310
2. Verstoß gegen die Pflicht zur Verhandlungstreue .....	310
3. Aufklärungspflichtverletzungen und Verstöße gegen die vorvertragliche Pflicht zur Wahrheit .....	311
a) Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo .....	311
aa) Anspruchsinhalt .....	311
bb) Kausalitätsnachweis .....	312
cc) Anforderungen an das Verschulden .....	312
b) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, § 123 BGB .....	314
c) Deliktischer Schadensersatzanspruch .....	314

d) Einrede der unzulässigen Rechtsausübung .....	314
e) Sittenwidrigkeit des Bürgschaftsvertrages, § 138 BGB .....	315
f) Verhältnis der verschiedenen Rechtsfolgen .....	316
II. Pflichtverletzungen nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages .....	318
1. Verletzung der allgemeinen Schutzpflicht .....	318
2. Verstoß gegen eine Mitwirkungspflicht .....	318
3. Diligenzpflichtverletzungen des Bürgschaftsgläubigers .....	318
a) Selbstschuldnerische und reguläre Bürgschaft .....	318
aa) Die Rechtsnatur der Diligenzpflichten .....	319
bb) Die Rechtsfolgen im einzelnen .....	321
(1) Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung .....	321
(a) Anspruchsinhalt .....	321
(b) Kausalitätsnachweis .....	323
(c) Anforderungen an das Verschulden .....	323
(2) Weitere Rechtsfolgen .....	323
b) Ausfallbürgschaft .....	324
aa) Der Meinungsstand .....	324
bb) Die eigene Auffassung .....	325
(1) Verstoß gegen Nebenpflichten bei der Rechtsverfolgung und Verwertung anderer Sicherheiten .....	325
(2) Verletzung von Informationspflichten .....	326

### *Sechster Teil*

<b>Ergebnisse der Untersuchung</b>	327
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	343
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	354

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGB-Banken	Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGB-Sparkassen	Allgemeine Geschäftsbedingungen der Sparkassen
AktG	Aktiengesetz
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BauR	Baurecht
BayOblG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayOblG	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes in Zivilsachen
BB	Der Betriebs-Berater
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
Bl.	Blatt
BörsG	Börsengesetz
Bsp.	Beispiel(e)
BT	Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
d. h.	das heißt
dresd.	dresdener

EG	Europäische Gemeinschaften
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EwiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff	fortfolgende
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GB	Gesetzbuch
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Großkommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GOA	Geschäftsführung ohne Auftrag
grds.	grundsätzlich
HaustWG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
InsO	Insolvenzordnung
i. S. d.	im Sinne des
i. S. e.	im Sinne eines
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JurBl	Juristische Blätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
KRG	Kontrollratsgesetz
KWG	Gesetz über das Kreditwesen

LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LM	Lindenmaier-Möhring
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
nv	nicht veröffentlicht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLG-Rep.	OLG Report
PflVG	Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter
Prot.	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
Rdn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite(n) (in Verbindung mit Literaturnachweisen)
S.	Satz (in Verbindung mit §§)
s.	siehe
ScheckG	Scheckgesetz
SchuldR	Schuldrecht
Schufa	Schutzgemeinschaft für Allgemeine Kreditsicherung GmbH
SchweizOR	Schweizerisches Obligationenrecht
SeuffA	Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
sog.	sogenannte(n)
StVG	Straßenverkehrsgesetz
u. a.	unter anderem
Überbl.	Überblick
Urt.	Urteil
u. U.	unter Umständen
v.	vor
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
Verf.	Verfasser
VerglO	Vergleichsordnung
VerlG	Gesetz über das Verlagsrecht
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung

VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
WarnR	Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht
WG	Wechselgesetz
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen
WobauG	Wohnungsbaugesetz
WuB	Wirtschafts- und Bankrecht
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

## Einleitung

Das Bürgschaftsrecht ist seit langem Gegenstand umfassender Erörterungen in Rechtsprechung und Literatur. Diese konzentrieren sich, obwohl Bürgschaftsverpflichtungen für jede Form schuldrechtlicher Verbindlichkeiten unabhängig von deren Inhalt, Art und Rechtsgrund übernommen werden können, in besonderer Weise auf solche Bürgschaften, die Darlehensforderungen des Gläubigers sichern. In kaum einem anderen Gebiet des Schuldrechts prallen dabei gegensätzliche Auffassungen über das Verhältnis von Privatautonomie und Verbraucherschutz so unversöhnlich aufeinander wie in diesem klassischen Bereich der Kreditsicherung. Die Gründe hierfür sind offensichtlich: Bei der Bürgschaft handelt es sich für den Bürgen häufig um ein ausschließlich fremdnützig bestimmtes Rechtsgeschäft. Sie bezweckt die Befriedigung des Sicherungsbedürfnisses des Gläubigers; mittelbar ermöglicht sie dem Hauptschuldner, seinen Kreditbedarf zu decken. Das Interesse des Bürgen erschöpft sich demgegenüber vielfach darin, daß der Bürgschaftsfall nicht eintritt, damit seine Inanspruchnahme unterbleibt. Dieser einseitigen Orientierung an den Interessen seines Vertragspartners entspricht es, daß dem Bürgen durch den Bürgschaftsvertrag das Risiko der Nichterfüllung der gesicherten Forderung vollumfänglich zugewiesen wird. Dies gilt auch in den Fällen, in denen er die Bürgschaft nicht aus altruistischen Motiven übernimmt, etwa weil er von dem Gläubiger oder dem Hauptschuldner eine Avalprovision erhält oder der Bürge an der Gewährung des zu sichernden Darlehens wirtschaftlich interessiert ist. Selbst wenn die Bürgschaftsübernahme ausnahmsweise im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages erfolgt, sich also der Gläubiger dem Bürgen gegenüber zu der Erbringung einer Hauptleistung, beispielsweise der Kreditierung des Schuldners, verpflichtet, ändert dies an der ausschließlichen Zuweisung des Nichterfüllungsrisikos an den Bürgen nichts. Dieser tragen die Regelungen der §§ 765 ff BGB Rechnung, aus denen sich für den Bürgschaftsgläubiger im wesentlichen Rechte ergeben, während den Bürgen ausschließlich Pflichten treffen. Lediglich § 776 BGB normiert eine Verhaltensanforderung zu Lasten des Gläubigers und sanktioniert deren Verletzung mit dem Verlust des Bürgschaftsanspruches. Hinzu kommt, daß die überwiegende Zahl der Kreditbürgschaften gegenüber Banken und anderen Kreditinstituten übernommen werden, die zumeist Vertragsformulare verwenden, die die ohnehin schon eng begrenzten gesetzlichen Schutzinstrumente des Bürgen zusätzlich beschneiden und hierdurch die rechtliche Stellung des Bürgschaftsgläubigers weiter stärken. Schließlich und vor allem aber ist die Übernahme einer Bürgschaft ein außerordentlich riskantes Rechtsgeschäft, weil der Bürge auf den Eintritt des Bürgschaftsfalles im Regelfall wenig oder keinen Einfluß hat, sofern es sich bei ihm nicht um den Geschäftsführer oder (Mehrheits-)Gesellschafter des Hauptschuldners handelt. Seine Einstands-



pflicht hängt von der Entwicklung des Hauptschuldverhältnisses und der Vermögenslage bei dem Schuldner ab. Während der Gläubiger aufgrund seiner Beteiligung an dem der gesicherten Forderung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis in der Lage ist, die für die Realisierung des Bürgschaftsrisikos relevanten Faktoren zu beeinflussen, fehlt es dem Bürgen häufig bereits an der Möglichkeit, in das für ihn fremde Hauptschuldverhältnis Einblick zu nehmen. Tritt der Bürgschaftsfall ein und wird der Bürge in Anspruch genommen, sind die wirtschaftlichen Folgen vielfach einschneidend, teilweise sogar vernichtend. Regelmäßig werden Bürgschaften nicht für geringfügige Forderungen übernommen, sondern sichern umfängliche Kreditvergaben, teilweise sogar sämtliche Forderungen aus einer Geschäftsbeziehung. Nicht zuletzt deshalb ist die Diskussion um die sog. Schuldturnproblematik in den vergangenen Jahren vielfach vor dem Hintergrund bürgschaftsrechtlicher Fallgestaltungen erfolgt.

In dieser Situation liegt es nahe, nach Möglichkeiten des Bürgenschutzes jenseits der Anwendung der einseitig die Interessen des Gläubigers berücksichtigenden Regeln der §§ 765 ff BGB Ausschau zu halten. Hierzu bieten sich zwei unterschiedliche Wege an, die sich mit den Schlagworten Unverbindlichkeits- und Freistellungslösung umschreiben lassen. Bei der Unverbindlichkeitslösung geht es um die Überprüfung der Wirksamkeit der von dem Bürgen eingegangenen Verpflichtung. Diese erfolgt im Wege der Anwendung der allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften, insbesondere des § 138 BGB sowie der Normen des AGBG. Sie kann zu einer Nichtigkeit des gesamten Bürgschaftsvertrages oder einzelner seiner Bestimmungen führen. Im Mittelpunkt dieser Arbeit steht demgegenüber die Erörterung des zweiten Schutzansatzes. Dieser akzeptiert die übernommene Bürgschaftsverpflichtung als wirksam. Der als notwendig erachtete Bürgenschutz wird durch die Statuierung von Gläubigerpflichten gewährleistet. Der Bürgschaftsgläubiger ist danach gehalten, bei seinem Handeln gegenüber dem Hauptschuldner oder dritten Sicherungsgebern in gewissem Umfang die Interessen des Bürgen zu berücksichtigen. Verstößt er gegen eine solche Nebenpflicht, kann er den Bürgen insoweit nicht in Anspruch nehmen, als sich die Pflichtverletzung auf die Bürgschaftsforderung auswirkt. In diesem Umfang hat er ihn von der übernommenen Bürgschaftsverpflichtung freizustellen.

Inwieweit ein Schutz des Bürgen mittels der Annahme sog. Diligenzpflichten des Bürgschaftsgläubigers möglich ist, wird in der Rechtsprechung und im wissenschaftlichen Schrifttum kontrovers diskutiert. Während der BGH und die ihm durchgängig folgenden Obergerichte seit langem aufgrund des einseitig verpflichtenden Charakters der Bürgschaft das Bestehen von „Sorgfaltspflichten des Bürgschaftsgläubigers auch als Nebenpflichten“ im Grundsatz ablehnen, hält man in der Literatur den Gläubiger teilweise in erheblichem Umfang für verpflichtet, auf die Belange des Bürgen Rücksicht zu nehmen. Im Anschluß an die Entscheidungen des BVerfG zu der zivilgerichtlichen Inhaltskontrolle von Verträgen, die das Ergebnis einer unterschiedlichen Verhandlungsstärke der Vertragsparteien sind, werden zudem vielfach Aufklärungspflichten des Bürgschaftsgläubiger im Rahmen der Vertragsver-

handlungen mit dem Bürgen als Mittel der Überwindung von Situationen struktureller Vertragsdisparität befürwortet.

Innerhalb dieser deutlich voneinander abweichenden Grundpositionen finden sich eine Vielzahl unterschiedlicher Lösungsansätze für die konkreten Probleme des Einzelfalles. Auch die Rechtsprechung erkennt nämlich an, daß der Bürgschaftsgläubiger an die Grundsätze von Treu und Glauben gebunden ist. Sie läßt daher von dem angenommenen Prinzip des Nichtbestehens von Nebenpflichten des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Bürgen verschiedene Ausnahmen zu. Umgekehrt werden von den Gegenauffassungen in der Literatur mit Rücksicht auf die vertraglich vereinbarte Risikoverteilung Einschränkungen bei der Anerkennung von Gläubigerpflichten befürwortet. Innerhalb der verschiedenen Meinungsgruppen hat sich daher durch die Annahme von Regel-Ausnahme-Verhältnissen im Laufe der Jahre eine umfängliche Kasuistik entwickelt, die es den an einem Bürgschaftsverhältnis beteiligten Parteien zunehmend schwerer macht, das Pflichtenprogramm des Gläubigers gegenüber dem Bürgen zu erfassen. Hinzu kommt, daß sich in jüngerer Zeit die Anzeichen dafür mehren, daß die Rechtsprechung künftig von dem Postulat des Nichtbestehens von Gläubigerpflichten aus dem Bürgschaftsverhältnis Abstand nehmen könnte.

Ziel der Arbeit ist es zum einen, die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen einer kritischen Überprüfung zu unterziehen. Zum anderen soll der Versuch unternommen werden, die zahlreichen Einzelpflichten, die in Rechtsprechung und Schrifttum Anerkennung gefunden haben, zu systematisieren und auf ihre Vereinbarkeit mit den Besonderheiten des Bürgschaftsverhältnisses zu untersuchen. Dabei wird es vor allem darum gehen, die Diskussion über die Diligenzpflichten des Bürgschaftsgläubigers auf die Grundlagen der Anerkennung von Nebenpflichten in Schuldverhältnissen zurückzuführen. Von diesen hat sie sich nämlich weitgehend entfernt. Argumentiert wird wechselseitig im wesentlichen mit rechtspolitischen Erwägungen. Will man jedoch letztlich beliebige Billigkeitsentscheidungen vermeiden, muß sich die Statuierung von Gläubigerpflichten im Bürgschaftsverhältnis an den Tatbestandsvoraussetzungen orientieren, die allgemein für die Nebenpflichten in Schuldverhältnissen entwickelt worden sind.

Die Untersuchung befaßt sich deshalb zunächst mit den Grundlagen der gegenseitigen Pflichten, die die Partner eines Schuldverhältnisses treffen. Weil Inhalt und Umfang der sog. Nebenpflichten zu einem großen Teil auch davon abhängig sind, welches konkrete Rechtsverhältnis zwischen den Parteien besteht, werden im Anschluß die wesentlichen Besonderheiten des Bürgschaftsvertrages erörtert. Sodann finden die sich aus den Gesetzesmaterialien ergebenden Regelungsabsichten und Wertentscheidung der Gesetzesverfasser zu den Diligenzpflichten des Bürgschaftsgläubigers Erwähnung. Nach einer ausführlichen Darstellung der verschiedenen in der Rechtsprechung und im Schrifttum vertretenen Positionen und einer Untersuchung ihrer wesentlichen Argumentationslinien, sollen bürgschaftspezifische Parameter für das Bestehen von Gläubigerpflichten entwickelt werden, die es ermögli-