

Münchener Juristische Beiträge · Band 23

Daniel Eusterhus

Die Akzessorietät im Bürgschaftsrecht

**Eine Untersuchung zum deutschen
und französischen Recht**



Herbert Utz Verlag · Wissenschaft
München

Münchner Juristische Beiträge

Rechtswissenschaftliche Betreuung der Reihe:
Thomas Küffner

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme
Ein Titeldatensatz für diese Publikation ist
bei Der Deutschen Bibliothek erhältlich

Zugleich: Dissertation, Augsburg, Univ., 2002

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwendung, vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH 2002

ISBN 3-8316-0098-8

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München

Tel.: 089/277791-00 - Fax: 089/277791-01

Inhaltsübersicht

Einleitung

Die Entwicklung des Akzessorietätsprinzipes

1. Kapitel: Akzessorietät und Bürgenschutz

2. Kapitel: Akzessorietät und Sicherungszweck

3. Kapitel: Akzessorietät und die Anwendung verbraucherschützender Vorschriften auf die Bürgschaft

4. Kapitel: Akzessorietät und Vertragsfreiheit

Zusammenfassung

Literaturverzeichnis

VIII

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	1
Die Entwicklung des Akzessorietätsprinzipes	6
1. Im römischen Recht	6
2. Die Rezeption im gemeinen Recht und im altfranzösischen Recht	9
3. Der Eingang der Akzessorietät in den Code civil	10
4. Der Eingang der Akzessorietät in das Bürgerliche Gesetzbuch	10
Gang der Untersuchung	13
1. Kapitel: Akzessorietät und Bürgenschutz	14
A. Der Umfang der Bürgenhaftung	14
I. Die Globalbürgschaft	16
1. Begriffsbestimmung und Bankenpraxis	16
2. Globalbürgschaft und Akzessorietät	17
3. Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz	19
a) Rechtslage in Deutschland	20
b) Rechtslage in Frankreich	21
4. Instrumente gegen die Globalbürgschaft	21
a) Kontrollmechanismen in Deutschland	21
aa) Einbeziehungskontrolle	22
bb) Inhaltskontrolle	23
(1) Kontrollfähigkeit der weiten Sicherungsklausel	23
(2) Anwendung der Generalklausel	23
(3) Kritik	24
(4) Gleichbehandlung der verschiedenen Sicherungsbaraden	25
(5) Ausnahmen	27
b) Kontrollmechanismen in Frankreich	27
aa) Inhalt, Natur und Funktion des art. 1326 CC	28
bb) Anwendbarkeit des art. 1326 CC auf die Globalbürgschaft	29
cc) Der mehrfache Rollenwechsel des art. 1326 CC	30
dd) Behandlung der Globalbürgschaft in der Rechtsprechung	31

IX

(1) Ein unausgesprochenes Verbot in den achtziger Jahren	32
(2) Aufweichung des art. 1326 CC durch subjektive Kriterien	32
(3) Handhabung des art. 1326 CC gegenüber einer <i>caution intégrée</i>	33
ee) Ausnahmen vom Erfordernis des art. 1326 CC	34
(1) Bürgschaften von Kaufleuten	34
(2) Notarielle Urkunden	35
dd) Stellungnahme	35
5. Zwischenergebnis	37
II. Die Haftung für vertragliche Zinsen	38
1. Lage nach deutschem Recht	38
a) Maßgeblichkeit von Parteivereinbarung und Auslegung	38
b) Besonderheit bei der Höchstbetragsbürgschaft	39
2. Lage nach französischem Recht	40
a) Das <i>cautionnement indéfini</i>	40
aa) Anforderungen an eine Zinshaftungsvereinbarung	41
bb) Divergenzen zwischen der <i>Chambre civile</i> und der <i>Chambre commerciale</i>	42
b) Das <i>cautionnement défini</i>	44
aa) Anwendbarkeit des art. 2016 CC	44
bb) Zwingende Anordnung einer Höchstbetragsbürgschaft	45
3. Zwischenergebnis	45
III. Schlussbetrachtung zu Teil A	47
B. Der Fortbestand der Haftung des Bürgen	49
I. Die Person des Gläubigers	50
1. Zession der gesicherten Forderung	50
a) Besonderheiten des französischen Zessionsrechts	50
b) Accessorium sequitur principale als Grundsatz beider Rechtsordnungen	51
c) Fragwürdigkeit des Identitätsgebotes	51
d) Einschränkung des Grundsatzes	53
e) Tatbestandliche Begrenzung des Grundsatzes im deutschen Recht	54
2. <i>Paiement avec subrogation</i>	54
3. Gesamtrechtsnachfolge	56
a) Fusion der Gläubigergesellschaft	56
b) Gläubigerwechsel durch Erbfolge	58

4. Vertragsübergang	58
a) Rechtslage in Deutschland	59
b) Rechtslage in Frankreich	60
aa) Die Entscheidung der <i>Cour d'appel de Paris</i> vom 6. 3. 1997	60
bb) Die Entscheidung der <i>Cour de cassation</i> vom 26. 10. 1999	61
cc) Kritik der Lehre	61
(1) Unbeachtlichkeit der Person des Gläubigers	62
(2) Mißachtung des art. 1692 CC	62
(3) Verwechslung von Bestand und Fälligkeit der gesicherten Forderung	62
(4) Fehlendes Schutzbedürfnis des Bürgen	63
dd) Die Entscheidung der <i>Cour d'appel de Paris</i> vom 23. 2. 2001	63
ee) Stellungnahme	64
II. Die Person des Hauptschuldners	65
1. Gesamtrechtsnachfolge auf Schuldnerseite	65
a) Fusion des Hauptschuldners	66
b) Schuldnerwechsel durch Erbfolge	67
2. Novation-Schuldnerwechsel	69
3. Befreiende Schuldübernahme	70
4. Vertragsübergang auf Schuldnerseite	71
5. Schuldbeitritt	71
6. Die <i>délégation simple</i>	72
III. Zwischenergebnis zu Teil B	73
C. Gesamtbetrachtung zu Kapitel 1	74
2. Kapitel: Akzessorietät und Sicherungszweck	75
A. Die Befriedigung des Gläubigers	76
I. Erfüllung	76
1. Anrechnung von Teilleistungen	76
2. Leistung durch einen Dritten	77
II. Aufrechnung	78
B. Fälle, die nicht die Befriedigung des Gläubigers zur Folge haben	79
I. Fälligkeit und Verjährung der Hauptforderung	79
1. Fälligkeit der Hauptschuld	80

a) Ambivalenz der Stundung für den Bürgen	80
b) Keine Befreiung des Bürgen bei Stundung der Hauptschuld	81
c) Gewährung eines zahlungsunabhängigen Befreiungsanspruchs	81
d) Verzicht auf die Stundungseinrede	83
2. Verjährung der Hauptschuld	84
II. Erlaß und Vergleich	86
III. Novation	87
1. Die Novation befreit den Bürgen	88
2. Der Tatbestand der Novation	88
3. Der relativierende Ansatz <i>Wackes</i>	90
4. Stellungnahme	91
IV. Die Nichtigkeit der zu sichernden Forderung	93
1. Die Regelung der Nichtigkeit im deutschen Recht	93
2. Die Regelung der Nichtigkeit im französischen Recht	94
3. Die Interpretation des art. 2012 al. 2 CC	95
4. Die Ausfallhaftung des Bürgen	96
V. Die Wirkung der Rechtskraft für den Bürgen	97
VI. Die unvollkommene Verbindlichkeit	99
VII. Einreden des Bürgen aus der Sicherungsabrede	100
1. Die Einredegewährung nach deutschem Recht	100
2. Fehlende Entsprechung nach französischem Recht	102
C. Der Eintritt des Sicherungsfalls	103
I. Die Konkretisierungen des Sicherungsfalls	104
1. Auswirkungen eines Insolvenzplans auf die Haftung des Bürgen	105
a) Nach französischem Recht	105
b) Nach deutschem Recht	108
2. Fälligkeitsfiktionen und die Haftung des Bürgen	109
3. Auswirkungen auf die Regreßmöglichkeit des Bürgen	111
4. Die Eröffnungswirkung und die Haftung des Bürgen	113
a) Rechtsverfolgungsverbote	113
b) Verzinsung der Hauptschuld	114
5. Anmeldeobligationen des Gläubigers	114
II. Die Begrenzung der Akzessorietät als dogmatisches Problem	116
1. Reichweite der Akzessorietät im deutschem Schrifttum	117

a) Bestärkung der Akzessorietät	117
b) Ablehnung der Akzessorietät	119
c) Einschränkung der Akzessorietät	120
d) Bestimmung des Sicherungszwecks	123
2. Reichweite der Akzessorietät im französischen Schrifttum	124
a) Aufrechterhaltung eines Akzessorietätsdogmas	125
b) Hinterfragung der Akzessorietät	126
III. Zwischenergebnis zu C	128
D. Gesamtergebnis zu Kapitel 2	129
3. Kapitel: Akzessorietät und die Anwendung Verbraucherschützender Vorschriften auf die Bürgschaft	131
A. Stand der Verbraucherschutzgesetzgebung in Deutschland und Frankreich	132
B. Schutzzwecke und deren Ausgestaltung	133
I. Information des Verbrauchers	134
II. Situativer Übereilungsschutz	135
III. Aufklärung und Warnung	135
C. Besonderheiten beim Bürgschaftsvertrag	135
I. Die möglichen Denkmodelle	136
II. Streitstand in Deutschland	137
1. Analoge Anwendbarkeit der Verbraucherdarlehensvorschriften auf die Bürgschaft	137
a) Planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes	137
b) Rechtsähnlichkeit der Sachverhalte	138
c) Richtlinienkonforme Auslegung- und Rechtsfortbildung	140
d) Zwischenergebnis	141
2. Anwendbarkeit des Haustürgeschäftewiderrufgesetzes auf die Bürgschaft	141
III. Die Rechtsansicht des Europäischen Gerichtshofes	142
1. Die "Dietzinger-Entscheidung"	142
2. Die "Siefert-Entscheidung"	144
IV. Die französische Regelung	146
1. Die gesetzliche Anknüpfung an das Hauptschuldverhältnis	146

XIII

2. Folgen der gewählten Anknüpfungstechnik	148
3. Rückschlüsse über das Akzessorietätsverständnis in Frankreich	149
4. Zwischenergebnis	150
V. Stellungnahme	151
1. Das Kriterium der Rechtssicherheit	151
2. Keine Geltung von <i>accessorium sequitur principale</i>	152
3. Schutzbedürftigkeit als Kriterium und individuelle Kategorie	153
4. Inadäquanz allgemeiner Verbraucherschutzvorschriften für die Bürgschaft	153
5. Tendenz zur Rechtszersplitterung	154
VI. Gesamtergebnis	154
4. Kapitel: Akzessorietät und Vertragsfreiheit	155
A. Typologie der konkurrierenden persönlichen Sicherungsmittel	156
I. Gesamtschuldnerschaft als Personalsicherheit	156
1. Verwendung zur Kreditsicherung	156
2. Die Verschiedenheit von Gesamtschuldrecht und Bürgschaftsrecht	157
3. Anwendbarkeit von Gesamtschuldrecht im Bürgschaftsrecht	158
a) Gesamtschuldrecht im Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger	158
aa) Subsidiarität und Akzessorietät	159
bb) Das französische Institut der Solidarbürgschaft	160
b) Gesamtschuldrecht im Verhältnis von Mitbürgen zueinander	163
aa) Die Rechtslage nach BGB und Code civil	163
bb) Handhabung des Gesamtschuldrechts in Frankreich	164
cc) Handhabung des Gesamtschuldrechts in Deutschland	166
II. Die <i>délégation simple</i>	167
III. Das Garantieverprechen	168
IV. Die Patronatserklärung	170
V. Die <i>promesse de porte-fort</i>	172
VI. Das Konstitut	173
VII. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern	175
VIII. Zwischenergebnis	178

B. Tauglichkeit der Akzessorietät zur Abgrenzung	178
I. Der strenge Ansatz in Frankreich	178
1. Dualismus der persönlichen Kreditsicherungsmittel	178
2. Abgrenzungsschwierigkeiten	179
3. Ablehnung der Bürgschaft auf erstes Anfordern	181
4. Gegenstimmen	182
5. Stellungnahme	183
II. Der durchlässige Ansatz in Deutschland	184
1. Die Rechtsprechung	184
2. Das Schrifttum	186
3. Stellungnahme	188
III. Anmerkung zum schweizerischen Recht	190
IV. Zwischenergebnis	191
C. Das Kohärenzbedürfnis im Kreditsicherungsrecht	191
I. Die mangelnde Folgenberücksichtigung	192
II. Lösungsmöglichkeiten	194
1. Verbot bestimmter Sicherungsmittel	194
2. Qualifizierung	196
3. Herausbildung übergeordneter Prinzipien	197
a) Vorschläge	198
b) Grenzen	200
III. Ergebnis zu C	200
D. Gesamtergebnis zu Kapitel 4	201
Zusammenfassung	202
1. Anfechtungen der Akzessorietät	203
2. Die mißbräuchliche Berufung auf die Akzessorietät	204
3. Krise und Chance der Akzessorietät	205
Literaturverzeichnis	208

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für zivilistische Praxis
a. E.	am Ende
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
al.	<i>alinéa</i>
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art., Artt.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bull. civ. (I-IV)	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (I-III: chambres civiles; IV: chambre commerciale)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CA	Cour d'appel
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
CC	Code civil
Ccom	Code de commerce
Cconsum	Code de la consommation

Chr.	Chronique
D.	Receuil Dalloz Sirey
Déb. Ass. Nat.	Débat Assemblée nationale
d. h.	das heißt
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f., ff.	folgende
FS	Festschrift
FF	Französische Francis
G. A.	Les Grands arrêts de la juris- prudence civile (Entscheidungssammlung)
Gaz. Pal. gem.	Gazette du Palais gemäß
HGB	Handelsgesetzbuch
HS	Halbsatz
HTWG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften
i. d. F.	in der Fassung
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i. V. m.	in Verbindung mit
JCP éd. G.	Juris-Classeur périodique (La semaine juridique, édition générale)
JCP éd. E	Juris-Classeur, édition entreprise
JCP éd. N	Juris-Classeur, édition notariale
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung

KO	Konkursordnung
L.	Loi
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhrig
MünchKomm m. w. N.	Münchener Kommentar mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
Rép.	Répertoire
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
R. T. D. civ.	Revue trimestrielle du droit civil
R. T. D. com.	Revue trimestrielle du droit commerciale
S.	Seite
s.	siehe
s. o.	siehe oben
sog.	so genannt, -e, -er
Somm.	Sommaires
S. Z. W.	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
T. G. I.	Tribunal de grande Instance
u. a.	unter anderem

VerbrKrG

Verbraucherkreditgesetz

WarnRspr.

Die Rechtsprechung des
Reichsgerichts auf dem Gebiete
des Zivilrechts, herausgegeben
von Warneyer

WM

Wertpapiermitteilungen

z. B.

zum Beispiel

ZIP

Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
und Insolvenzpraxis

ZPO

Zivilprozeßordnung

HGI

Herrn

Herrn

Herrn

Herrn

Herrn

Herrn

Herrn

"Es erben sich Gesetz und Rechte
Wie eine ewige Krankheit fort,
Sie schleppen vom Geschlecht sich zu Geschlechtern
und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage."

(Johann Wolfgang von Goethe, Faust)

Die Akzessorietät im Bürgschaftsrecht- Eine Untersuchung zum deutschen und französischen Recht

Einleitung

Wer immer sich einmal einer auch nur flüchtigen Beschäftigung mit dem Bürgschaftsrecht hingegeben hat, wird, nach den besonderen Merkmalen dieses Vertrages befragt, zumindest die Vokabel "Akzessorietät" hervorbringen. Diese Behauptung gilt sowohl für den deutschen wie für den französischen Juristen. In beiden Rechtsordnungen ist das Bürgschaftsrecht durchdrungen von der Theorie der Akzessorietät, beide Rechtsordnungen erachten dieses Prinzip als ein Wesensmerkmal des Bürgschaftsvertrages¹. Gerne bezeichnet man die Akzessorietät als Strukturprinzip und nicht zuletzt als Dogma des Bürgschaftsrechts².

Eine feierliche Bekräftigung der akzessorischen Natur der Bürgschaft vermag jedoch nicht darüber hinwegzutäuschen, dass es sich um eine Aussage mit einigen "Unbekannten" handelt. Jenseits der anerkannten Kernaussagen ist es schwierig, den normativen Umfang der Prinzips festzulegen. Besonders heikel ist es, das Verhältnis der Akzessorietät zu anderen konkurrierenden Merkmalen des Bürgschaftsvertrages zu bestimmen, deren klassischstes der Sicherungszweck ist. Mit der bloßen

¹ So RGZ 148, 66. Für das französische Recht konstatieren *Malaurie/Aynès*, RdNr. 122: "*Le caractère accessoire est de l'essence du cautionnement.*"

² *Habersack*, Die Akzessorietät - Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts, JZ 1997, 857. Die Kennzeichnung als Dogma wird zumeist ironisch von den Kritikern der Akzessorietät verwendet, so bereits *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, S. 319 ff., der von "Anlehndogma" spricht.

Berufung auf das Prinzip Akzessorietät bleibt man daher an der Oberfläche. Dass der Frage nach dem Aussagegehalt, nach den Grenzen und dem Seinsgrund der Akzessorietät oft ausgewichen wird, klingt auch in der Feststellung Jacobs an: "*La difficulté vient de ce que les questions de savoir ce qu'est, au fond, le caractère accessoire et ce qui, finalement, se cache derrière ce mot sont généralement laissées sous silence.*"³

Eine nähere Betrachtung der Akzessorietät erscheint aber auch aus einem anderen Gesichtspunkt als lohnenswert: Der ungeahnten Dynamik des Bürgschaftsrechts⁴. In Deutschland, und etwas länger schon in Frankreich, ist das Bürgschaftsrecht seit einigen Jahren in permanenter Bewegung⁵. Davon zeugen eine nicht enden wollende Entscheidungsfülle und nicht weniger zahlreiche Reaktionen aus dem Schrifttum. In Frankreich ist die Entwicklung zusätzlich durch eine aktive Rolle des Gesetzgebers gekennzeichnet⁶. In beiden Rechtsordnungen klingt ein Leitmotiv durch, dass die Impulse zu dem Wandel des Bürgschaftsrechts liefert. Es ist das Bestreben, den Bürgen vor den typischen Risiken der Bürgschaft zu schützen. Diese Parallität der Entwicklungstendenzen im deutschen und französischen Bürgschaftsrecht tritt in der 1997 erschienenen Arbeit von *Isabell Hauschild* hervor, und kann von den unterschiedlichen Umsetzungen dieses Anliegens im Einzelnen nicht verdeckt werden⁷. In beiden Ländern spielen die Banken eine wachsende Rolle im Bürgschaftsrecht

³ *Francois Jacob*, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, Dissertation, Paris 1998. RdNr. 53: "Die Schwierigkeit rührt daher, dass die Fragen nach dem Grund der Akzessorietät und nach dem, was sich hinter diesem Wort verbirgt, üblicherweise unbeantwortet bleiben."

⁴ Von einer "stürmischen Entwicklung" des Bürgschaftsrechts spricht *Medicus*, *Entwicklungen im Bürgschaftsrecht - Gefahren für die Bürgschaft als Mittel der Kreditsicherung*, JuS 1999, 833.

⁵ Als ein entscheidender Anstoss für die Entwicklungen im deutschen Bürgschaftsrecht ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 29. 10. 1993 (E 89, 214) über die verfassungsrechtlichen Vorgaben bei der Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln anzusehen. In Frankreich zeichnen sich bürgenfreundliche Tendenzen in der Rechtsprechung der *Cour de cassation* seit Beginn der achtziger Jahre ab, vor allem mit dem Ausbau der Beweisformvorschrift des art. 1326 CC zu einer echten Wirksamkeitsvoraussetzung. Dazu später in Kapitel 1.

⁶ Aus der Vielzahl seien beispielhaft erwähnt: Die *Lois Scrivener* vom 10. 1. 1978 und vom 13. 7. 1979 zu Gunsten von Bürgschaften für Verbraucherkredite und Immobiliarkredite; das Gesetz vom 1. 3. 1984, das dem Gläubiger Informationspflichten zu Gunsten des Bürgen auferlegt; die *Loi Neiertz* vom 31. 12. 1989, ebenfalls Bürgschaften zu Gunsten von Immobiliarkrediten betreffend. Auf die angeführten Gesetze wird im Laufe der Arbeit eingegangen.

⁷ *Isabell Hauschild*, *Der Schutz des Bürgen - eine rechtsvergleichende Untersuchung zum französischen Recht*, Dissertation, München 1997.

und mit ihnen die Bedeutung von Formulklauseln. In Frankreich wird daher von einer "bancaisation du droit des sûretés" gesprochen⁸. In beiden Ländern hat die Bürgschaft ein weites Anwendungsfeld erobert, so dass sich mehrere Kategorien von Bürgen mit unterschiedlichen Schutzbedürfnissen unterscheiden lassen.

Neben dem Schutz des Bürgen ist aber auch in beiden Rechtskreisen eine Sensibilisierung für den Schuldner im allgemeinen zu beobachten, sei er ein Unternehmen in Schwierigkeiten oder auch eine überschuldete Privatperson. Bei dem in einer Konsumgesellschaft beständig geweckten Reiz zu einem gehobenen Lebensstandard und dem erleichterten Zugang zu Krediten reicht oft eine unvorhergesehene Einkommenseinbuße um eine Überschuldungssituation herbeizuführen. Dieses soziale und wirtschaftliche Problem hat in beiden Rechtsordnungen Sanierungsbestrebungen ausgelöst⁹. Angesichts der Schutzbestrebungen von Bürge und Schuldner liegt es nahe, dass die Gläubiger unter Berufung auf die Vertragsfreiheit neue Sicherungsmittel entwickeln oder auf bestehende, nicht-akzessorische Sicherungsmittel ausweichen. Beide Rechtsordnungen sind somit vor die Aufgabe gestellt, die Anwendbarkeit von bürgenschützenden Vorschriften auf diese konkurrierenden Sicherheiten zu bestimmen.

Diese Entwicklungstendenzen werfen Fragen für die Bürgenhaftung auf und können als Testfälle oder Bewährungsproben für die Tauglichkeit des Akzessorietätsgedankens angesehen werden. Auf diese akzessorietätsspezifische Fragestellung konzentriert sich die vorliegende Arbeit. Keine Beachtung findet somit Fragen, die in keinem Zusammenhang mit der Akzessorietät stehen, wie etwa die in Deutschland so heftig geführte Diskussion um die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft¹⁰. In einem weiten Sinne ist also die Wirkung aller Umstände und Veränderungen im Hauptschuldverhältnis auf die Bürgschaft Gegenstand dieser Arbeit. Die Brisanz einer auf die Akzessorietät gerichteten Fragestellung wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Abhängigkeit ein entscheidendes Instrument für den Bürgenschutz sein kann. *Legeais* folgert daraus, dass das

⁸ Malaurie/Aynès, Sûretés, RdNr. 106.

⁹ Gesa Lutz, Verbraucherüberschuldung - Vergleich und Bewertung der Lösungsvorschläge im deutschen und französischem Recht, Dissertation, München 1992, S. 5.

¹⁰ Dies gilt auch für Willensmängel im Rahmen des Bürgschaftsvertrages, Wegfall der Geschäftsgrundlage auf Ebene des Bürgschaftsvertrages oder der von *Medicus* propagierte Einsatz von *culpa in contrahendo* im Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürge, JuS 1999, 833 ff. Der interessierte Leser sei ferner auf die bereits zitierte Arbeit von *Hauschild* hingewiesen.

Verständnis der Akzessorietät über die Zukunft des Bürgschaftsvertrages bestimmen wird¹¹. Viele der in diesen Bereich fallenden Fragen werden jedoch mit einem lakonischen Verweis auf die Akzessorietät beantwortet. Daher kritisiert *Wacke*¹²: "Das Erlöschen akzessorischer Sicherheiten erscheint der einmütigen Doktrin als selbstverständliche, keiner Begründung bedürftige Konsequenz ihrer Akzessorietät." Und später: "Die Herkunft des Dogmas von der Akzessorietät im Erlöschen von Sicherungsrechten durch Novation bliebe noch genauer aufzuklären." Eine ähnliche Feststellung findet sich für das französische Recht¹³: "*Si la théorie de l'accessoire commande l'extinction par voie réflexe du cautionnement elle n'en donne pas la raison.*"¹⁴ Neben der reflexhaften Befolgung der Akzessorietätsregel gibt es Fälle, in denen das Prinzip mit der gleichen Begründungsarmut beiseite geschoben wird. Schließlich werden sich Fragen finden, bei denen die Akzessorietät entgegen ihrer umfassenden Aussage gar keine Erwähnung findet. Dieser pragmatische Umgang mit der Akzessorietät findet eine bemerkenswerte Ausnahme in einer jüngst verfassten Dissertation von *Damien Grimaud*¹⁵. Diese Arbeit verfolgt stringent die Frage nach der Herkunft, der Bedeutung und, wie der Autor meint, nach der Krise der Akzessorietät im französischen Bürgschaftsrecht. Auch in Deutschland ist ein Aspekt dieses Thema Gegenstand einer Dissertation gewesen. *Dieter Blessing* hat es 1971 unternommen, den Gehalt der Akzessorietät mit Rücksicht auf die Sicherungsfunktion der Bürgschaft einer deutsch-französischen Rechtsvergleichung zu unterziehen¹⁶. Die vorliegende Arbeit will die Akzessorietät nicht isoliert betrachten, sondern ihren Aussagegehalt und ihre Aussagekraft vor allem angesichts der aktuellen Dynamik des Bürgschaftsrechts messen. Der Blick auf die Bürgschaftspraxis soll gleichberechtigt neben der dogmatischen Fragestellung stehen. Gerade dort, wo die Kreditpraxis, ökonomische Zwänge oder die Rechtsprechung dem Bürgschaftsrecht

¹¹ *Legeais*, *Travaux dirigés de droit des sûretés*, S. 48: "*De la portée reconnu au caractère accessoire de l'engagement de la caution dépend donc pour partie l'avenir du cautionnement.*"

¹² *Wacke*, *Erzwingt eine Novation den Verlust bestehender Sicherheiten?* DNotZ 2000, 615, 616, 633.

¹³ *Grimaud*, RdNr. 143, vgl. folgende Fußnoten.

¹⁴ "Wenn die Akzessorietät auch das Erlöschen der Bürgschaft bestimmt, den Grund dafür liefert sie nicht."

¹⁵ *Damien Grimaud*, *Le caractère accessoire du cautionnement*, Dissertation, Paris V, 2000.

¹⁶ *Dieter Blessing*, *Akzessorietät und Sicherungszweck der Bürgschaft - Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht*, Dissertation, Saarbrücken 1971.

kunft pulse verleihen, erscheint es lohnend zu untersuchen, welche Rolle
essen Bere Akzessorietät hier spielt. So erscheint noch wenig gewürdigt, wie die
weis auf cierte Betonung eines materiellen Anliegens, etwa des
s Erlöschrgenschutzes, dazu führen kann, dass selbst dogmatische Festungen,
Doktrin le das der Akzessorietät, erschüttert werden. Akzessorietät und
quenz ihrgenschutz können ein Spannungsfeld bilden, dass Laurent Aynès
s von rztlich zu der treffsicheren Formulierung veranlasste: "*Pitié pour les*
Novatiutions, mais pitié d'abord pour le droit civil!¹⁷"
findet sie ie besondere Dynamik des Bürgschaftsrechts ist es auch, die es erlaubt,
commandon einer Untersuchung der Akzessorietät bei den anderen
a raison. kessorischen Sicherungsrechten abzusehen. Dies hindert freilich nicht,
t es Fälluf Parallelen und Unterschiede beim Pfand -und Hypothekenrecht
t beiseihinzuweisen, wo dies sinnvoll erscheint¹⁸.
lenen dNeben dem Bezug auf die Aktualität soll der Weg der deutsch-
r keinfranzösischen Rechtsvergleichung beschritten werden; punktuell, wo es
essorietätGewinn verspricht, wird auch das schweizerische Recht mit einbezogen.
erfassteDas Bürgschaftsrecht bietet sich als rechtsvergleichendes Thema an, da
gent didas deutsche wie das französische Recht dem "Dogma" der Akzessorietät
nt, nachgehören und beide Rechtsordnungen eine vergleichbare Dynamik des
Auch irBürgschaftsrechts aufweisen. Die Betrachtung der Akzessorietät bietet
ertation schließlich die Chance, das Bewusstsein für ein gemeineuropäisches Erbe
alt der zu schärfen. Aufzuzeigen, dass eine Entwicklunglinie nicht notwendig
gschaft auf das geltende nationale Recht zulaufen musste, sondern auch eine
andere Rezeption hätte erfahren können, stärkt die juristische
chten, Vorstellungskraft und kann somit einen wertvollen Beitrag zu einer
allem europäischen Privatrechtsvereinheitlichung leisten¹⁹. Die Bezugnahme
Der auf das französische Recht mag zudem ein kleines Zeichen gegen eine
der schon früh beklagte "länger währende Periode der Beziehungsarmut"
raxis, zwischen deutscher und französischer Rechtsordnung sein²⁰. Ein jüngst
recht erschienenen Aufsatz macht sich dieses gestörte Verhältnis zum Thema
und weist eine "*quasi-absence de la doctrine française du droit civil dans la*

¹⁷ Aynès, Anmerkung zu Cass. com. 26. 10. 1999, D. 2000 S. 225: "Mitleid mit dem Bürgen, Mitleid vor allem aber mit dem Zivilrecht."

¹⁸ Eine systematische Untersuchung aller akzessorischen und nicht-akzessorischen Sicherungsrechte liefert Ekkehard Becker-Eberhard, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, Bielefeld 1993.

¹⁹ Habersack, Die Akzessorietät - Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts, JZ 1997, 857.

²⁰ Neumayer, Besinnliches zu einem Nachbarschafts- und Partnerschaftsverhältnis unter Verwandten, Festschrift für Max Rheinstein, 1969, S. 165, 166.