

**Zur Anwendbarkeit der Richtlinie 85/577/EWG
vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz
im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen
Verträgen auf Bürgschaftsverpflichtungen von Verbrauchern**

*Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
vom 17. März 1998**

mit Anmerkung von *Peter Bydlinski* und *Johannes Klauinger*, Rostock

Nach Artikel 2 erster Gedankenstrich der Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen fällt ein Bürgschaftsvertrag, der von einer nicht im Rahmen einer Erwerbstätigkeit handelnden natürlichen Person geschlossen wird, nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie, wenn er die Rückzahlung einer Schuld absichert, die der Hauptschuldner im Rahmen seiner Erwerbstätigkeit eingegangen ist (= Erwägungsgrund [23] des Urteils).

Auszug aus der Begründung: „[10] Der mit der Revision befasste Bundesgerichtshof geht davon aus, daß für die Entscheidung des Rechtsstreits eine Auslegung der Richtlinie 85/577/EWG erforderlich sei; er hat dem Gerichtshof daher folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„Gehört der Bürgschaftsvertrag deutschen Rechts, der zwischen einem Kreditinstitut und einer hierbei nicht im Rahmen einer selbständigen Erwerbstätigkeit handelnden natürlichen Person geschlossen und durch den eine Kreditforderung des Kreditinstituts gegen einen Dritten abgesichert wird, zu den ‚Verträgen, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden‘ (Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften v. 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, 85/577/EWG, ABl. L 372 v. 31. 12. 1985, S. 31)?“

[11] Die Frage des Bundesgerichtshofs geht dahin, ob ein Bürgschaftsvertrag, der von einer nicht im Rahmen einer Erwerbstätigkeit handelnden natürlichen Person geschlossen wird, in den Geltungsbereich der Richtlinie 85/577/EWG fällt.

* Bisher veröffentlicht unter anderem in Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 1998, 554; Der Betrieb (DB) 1998, 671 mit Anmerkung von *Wolfgang Seidel*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1998, 252 mit Anmerkung von *Hans-W. Micklitz*. – Der kurz vor Fertigstellung dieses Manuskripts (Ende Mai 1998) erschienene, ausführliche Besprechungsaufsatz von *Dietrich Reinicke/Klaus Tiedke*, Schutz des Bürgen durch das Haustürwiderrufsgesetz, ZIP 1998, 893, konnte noch in den Fußnoten berücksichtigt werden. Vergleiche ferner jüngst *Horst Eichelmann*, Zur Anwendbarkeit des Haustürwiderrufsgesetzes auf Bürgschaften – zugleich Besprechung des EuGH-Urteils vom 17. 3. 1998 – C: 45/96, Verbraucher und Recht (VuR) 1998, 179; *Thomas Pfeiffer*, Die Bürgschaft unter dem Einfluß des deutschen und europäischen Verbraucherrechts, ZIP 1998, 1129.

¹ Ein vollständiger Abdruck – einschließlich des Sachverhalts – findet sich etwa in ZIP 1998, 554.

[12] Der Beklagte und die Kommission vertreten die Ansicht, die Richtlinie 85/577/EWG gelte für den Bürgschaftsvertrag; sie solle Verbraucher schützen, die als Haustürgeschäft einen Vertrag schlossen, auf den sie sich nicht hätten vorbereiten können. Ebenso wie ein Käufer übernehme der Bürge Leistungsverpflichtungen, und er sei um so schutzbedürftiger, als er hierfür keine Gegenleistung erhalte.

[13] Nach Auffassung der Kommission gilt Art. 1 der Richtlinie 85/577/EWG für jeden Vertrag zwischen einer natürlichen Person und einem Gewerbetreibenden, der im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit für gewöhnlich Verbrauchern Waren liefert oder Dienstleistungen erbringe, auch wenn der fragliche Vertrag keine solche Leistung vorsehe. Der Ausdruck „Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden“ sei in der Richtlinie nur verwendet worden, damit diese sich nicht allein auf Waren liefernde Gewerbetreibende beschränke.

[14] Die deutsche, die belgische, die französische und die finnische Regierung sind dagegen der Ansicht, daß der Bürgschaftsvertrag im Wesentlichen deshalb nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie 85/577/EWG falle, weil er kein Vertrag sei, der i. S. v. Art. 1 „zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen wird“.

[15] Dieser Passus setzt voraus, daß der Gewerbetreibende dem Verbraucher, der sich auf die Richtlinie 85/577/EWG berufe, eine Ware liefere oder eine Dienstleistung erbringe; es reiche nicht aus, daß der Gewerbetreibende für gewöhnlich Waren verkaufe oder Dienstleistungen erbringe. Das ergebe sich besonders klar aus der englischen Fassung („to contracts under which a trader supplies goods or services to a consumer“). In einem Fall wie dem vorliegenden stehe der vom Bürgen eingegangenen Verpflichtung keine Gegenleistung gegenüber, da der Bürge von dem Gewerbetreibenden als Gläubiger weder Waren noch Dienstleistungen erhalte.

[16] Außerdem sei die Frage der Sicherheiten in der Richtlinie 85/577/EWG nicht geregelt; andernfalls hätte die Richtlinie eigene Bestimmungen u. a. darüber enthalten, was mit dem Vertrag, für dessen Erfüllung der Bürge einstehe, geschehe, wenn der Bürge von seinem Widerrufsrecht Gebrauch mache. Daher richte sich der Schutz des Bürgen allein nach nationalem Recht. Die französische Regierung trägt insbesondere vor, da die Richtlinie 85/577/EWG die Auswirkungen einer Ungültigkeit des Bürgschaftsvertrags auf die Hauptverpflichtung nicht regelt, müsse die Bürgschaft angesichts ihres akzessorischen Charakters vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen sein.

[17] Die Richtlinie 85/577/EWG gilt gemäß ihrem Art. 1 für „Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher“ außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden „geschlossen werden“, sofern sich der Gewerbetreibende nicht auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers im Hinblick auf den Vertragsschluß an den betreffenden Ort begeben hat.

[18] Für die Frage, ob ein Bürgschaftsvertrag zur Absicherung der Erfüllung eines Kreditvertrags durch den Hauptschuldner unter die Richtlinie 85/577/EWG fallen kann, ist von Belang, daß der Geltungsbereich der Richtlinie, von den Ausnahmen in Art. 3 Abs. 2 abgesehen, nicht nach der Art der Waren oder Dienstleistungen beschränkt ist, die Gegenstand des Vertrages sind, sofern diese Waren oder Dienstleistungen zum privaten Verbrauch bestimmt sind. Die Gewährung eines Kredits stellt

eine Dienstleistung dar; der Bürgschaftsvertrag ist nur akzessorisch und in der Praxis sehr oft Voraussetzung des Hauptvertrags.

[19] Überdies findet sich im Wortlaut der Richtlinie kein Hinweis darauf, daß derjenige, der den Vertrag geschlossen hat, auf Grund dessen Waren zu liefern oder Dienstleistungen zu erbringen sind, der Empfänger dieser Waren oder Dienstleistungen sein müsste. Die Richtlinie 85/577/EWG soll nämlich die Verbraucher schützen, indem sie es ihnen ermöglicht, einen Vertrag zu widerrufen, der nicht auf Initiative des Kunden, sondern auf die des Gewerbetreibenden geschlossen wurde, so daß der Kunde möglicherweise nicht alle Folgen seines Handelns überblicken konnte. Daher kann ein Vertrag, der einem Dritten zugute kommt, nicht allein deshalb vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden, weil die erworbenen Waren oder Dienstleistungen für diesen Dritten bestimmt sind, der nicht Partei des betreffenden Vertragsverhältnisses ist.

[20] Zwischen dem Kreditvertrag und der seine Erfüllung absichernden Bürgschaft besteht ein enger Zusammenhang, wobei derjenige, der sich verpflichtet, für die Rückzahlung einer Schuld einzustehen, Selbstschuldner oder Ausfallbürge sein kann. Daher kann die Bürgschaft grundsätzlich unter die Richtlinie fallen.

[21] Außerdem ist ein Wegfall einer Bürgschaft, die im Rahmen eines Haustürgeschäfts im Sinne der Richtlinie 85/577/EWG vereinbart wurde, nur einer der Fälle, für die sich die Frage der Auswirkung der etwaigen Ungültigkeit eines akzessorischen Vertrages auf die Hauptverbindlichkeit stellt. Daher kann allein aus dem Umstand, daß die Richtlinie nicht regelt, was mit dem Hauptvertrag geschieht, wenn der Bürge gem. Art. 5 widerruft, nicht geschlossen werden, daß die Richtlinie für Bürgschaften nicht gilt.

[22] Aus dem Wortlaut von Art. 1 der Richtlinie und dem akzessorischen Charakter der Bürgschaft folgt jedoch, daß unter die Richtlinie nur eine Bürgschaft für eine Verbindlichkeit fallen kann, die ein Verbraucher im Rahmen eines Haustürgeschäfts gegenüber einem Gewerbetreibenden als Gegenleistung für Waren oder Dienstleistungen eingegangen ist. Da die Richtlinie außerdem nur die Verbraucher schützen soll, kann sie nur einen Bürgen erfassen, der sich gem. Art. 2 erster Gedankenstrich der Richtlinie zu einem Zweck verpflichtet hat, der nicht seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“

Anmerkung:

I. Eine kurze Chronologie

Die Entscheidung des EuGH wurde durch ein Vorabentscheidungsersuchen des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGH) gemäß Art. 177 EG-Vertrag (EGV) vom 11.1.1996 veranlaßt²; die vom BGH gestellte Frage findet sich im Erwägungsgrund [10] des Urteils. Erst ein gutes Jahr später, nämlich

² ZEuP 1997, 874 mit Anmerkung von Christian Baldus/Rainer Becker = ZIP 1996, 375 = Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM) 1996, 384 = Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1996, 930 = Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (EWiR) 1996, 749 mit Anmerkung von Peter Gilles.

am 20.3.1997, erstattete der Generalanwalt seinen Entscheidungsvorschlag. Bis zur Entscheidung verging – fast auf den Tag genau – ein weiteres Jahr. Die Reaktion des BGH auf die Antwort des EuGH war bei Abschluß dieses Manuskripts (Ende Mai 1998) noch nicht bekannt.

II. Die nationale Vorgeschichte

1. Der BGH hat seinen Antrag damit begründet, daß die Bürgschaft zwar an sich nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften (HWiG) falle, da sie „kein auf eine entgeltliche Leistung gerichteter Vertrag“, sondern „eine von der Verbindlichkeit des Hauptschuldners verschiedene, eigene, einseitige Verbindlichkeit des Bürgen“ sei. Eine Anwendung des HWiG auf Bürgschaftsverträge könne allerdings dennoch geboten sein, und zwar dann, wenn die Richtlinie 85/577/EWG, hinter deren Anforderungen der Gesetzgeber des HWiG nicht habe zurückbleiben wollen, auch Sicherungsgeschäfte nach Art einer Bürgschaft des deutschen Rechts mit ihrer Regelung erfasse. Damit ist die – heute im Prinzip völlig anerkannte – richtlinienkonforme Auslegung angesprochen³. Dem Anfragebeschluß ist auch von seinem Wortlaut her klar zu entnehmen, daß der BGH keine Unterscheidung nach der Einordnung des Hauptschuldners als Verbraucher bzw. Gewerbetreibender erwog; es ist insofern nur vom „Dritten“ die Rede. Das ist auch völlig überzeugend: Ein *derartiges* Differenzierungskriterium kann dem deutschen HWiG keinesfalls entnommen werden.

2. Mit der Frage der Anwendbarkeit des HWiG auf Bürgschaften wurde der BGH zum ersten Mal – abgesehen von einem knappen obiter dictum in einer Entscheidung aus 1988⁴ – im Jahr 1991 konfrontiert: In zwei Entscheidungen⁵ hielt der IX. Senat fest, daß das HWiG nicht auf Bürgschaften anwendbar sei, da § 1 Abs. 1 dieses Gesetzes auf das Vorliegen eines *entgeltlichen* Geschäftes abstelle, dem Bürgen hingegen von seinem Vertragspartner (der Bank) keine entgeltliche Leistung versprochen werde. Trotz gelegentlicher –

³ Vergleiche nur Winfried Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, Dissertation, München, 1994; ferner Stefan Grundmann, Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts, ZEuP 1996, 399; Ulrich Ehrike, Die richtlinienkonforme und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) 59 (1995), 598; Marc Schmidt, Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden, RabelsZ 59 (1995), 569. – Zur Bedeutung richtlinienkonformen Vorgehens gerade für den hier interessierenden Bereich des Haustürwiderrufgesetzes [ausgehend von dem (Fn. 2) zitierten Vorlagebeschluß] Baldus/Becker, ZEuP 1997, 875 ff.

⁴ BGH 27.10.1988, BGHZ 105, 362 = WM 1988, 1719 = Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht (WuB) I F 1a-3.89 mit Anmerkung von Eberhard Wölff.

⁵ BGH 24.1.1991, BGHZ 113, 287 = NJW 1991, 975; BGH 28.5.1991, NJW 1991, 2905.

teilweise bemerkenswert euphorischer – Zustimmung⁶ stieß die Ansicht des BGH doch überwiegend auf massive Kritik im Schrifttum⁷, die vorwiegend den (engen) Entgeltbegriff des BGH zum Ziel hatte. Nachdem sich die Diskussion zunächst vorwiegend auf dem Boden des nationalen Rechts abgespielt hatte⁸, rückten erst nach und nach auch europarechtliche Überlegungen in den Brennpunkt des Interesses⁹. Nunmehr konzentrierten sich die Bemühungen zunehmend darauf, den als zu eng empfundenen Wortlaut des § 1 Abs.1 HWiG („entgeltliche Leistung“) im Hinblick auf den – insofern¹⁰ – weitergehenden Anwendungsbereich der Richtlinie (zu deren Umsetzung das HWiG erlassen wurde) korrigierend auszudehnen, um so auch Bürgschaften dem HWiG zu unterstellen. Dem BGH wurde vorgeworfen, gegen das Gebot richtlinienkonformer Auslegung zu verstoßen; zunehmend wurde die Forderung laut, das Problem dem EuGH zur Vorabentscheidung gemäß Art.177 EGV vorzulegen¹¹. Dem wurde schließlich auch durch einen Beschluß des Landgerichts Kleve vom 30. Dezember 1992¹² Rechnung getragen; zu einer Klärung der Frage kam es jedoch nicht, da die klagende Bank auf ihre Forderung verzichtete und so eine Entscheidung des EuGH verhinderte. Nachdem der IX. Zivilsenat des BGH in einer weiteren Entscheidung vom 21. Januar 1993¹³ – die Frage der Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens großzügig übergehend – seine Rechtsansicht bestätigt hatte, ließ der XI. Zivilsenat¹⁴ mit einem obiter dictum aufhorchen, in dem er meinte, § 1 HWiG sei auf Bürgschaften anwendbar. Die Begründung dieser Aussage fußte sowohl auf national- als auch auf EG-rechtlichen Erwägungen. In einer

⁶ Besonders deutlich *Wölff*, WuB I F 1 a.-15.91; *Peter Gottwald*, Bürgschaft als Anwendungsfall von § 1 Haustürwiderrufsgesetz, *Der Betriebs-Berater* (BB) 1992, 1296; *Dieter Rohbin*, WuB I F 1 a.-9.91; *Claus Steiner*, Kreditwesen 1991, 450; *Franz Wenzel*, Keine Anwendbarkeit des Haustürwiderrufsgesetzes auf Bürgschaften, *NJW* 1993, 2781.

⁷ *Peter Gilles*, EWiR 1991, 483; *Dieter Medicus*, EWiR 1991, 693; *Burkhard Klingsporn*, Zum Widerruf von Bürgschaftserklärungen, *NJW* 1991, 2259; *ders.*, Bürgschaft und Haustürwiderrufsgesetz, *WM* 1993, 829; *Dieter Schanbacher*, Zur Frage der Anwendbarkeit des Haustürwiderrufsgesetzes auf Bürgschaften, *NJW* 1991, 3263; *Martin Probst*, Geltungsbereichsprobleme des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften, *Juristische Rundschau* (JR) 1992, 133, 197; *Peter Bydlinski*, Die aktuelle höchstgerichtliche Judikatur zum Bürgschaftsrecht in der Kritik, *WM* 1992, 1301; *Peter Wassermann*, Zur Anwendbarkeit des Haustürwiderrufsgesetzes auf Bürgschaftsverträge, *Juristische Schulung* (JuS) 1992, 908; *Thomas Pfeiffer*, Haustürwiderrufsgesetz und Bankbürgschaft, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* (ZBB) 1992, 1.

⁸ *Wulf-Henning Roth*, Bürgschaftsverträge und EG-Richtlinie über Haustürgeschäfte, *ZIP* 1996, 1285 weist darauf hin, daß die gemeinschaftsrechtliche Dimension der Auslegung des HWiG anfangs noch kaum erkannt wurde.

⁹ Besonders deutlich *Pfeiffer*, ZBB 1992, 1.

¹⁰ Art.1 Abs.1 der Richtlinie enthält zwar keine Beschränkung auf entgeltliche Verträge, begrenzt seinen Anwendungsbereich andererseits jedoch auf „Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden“.

¹¹ Mit besonderem Nachdruck *Pfeiffer*, ZBB 1992, 8.

¹² *LG Kleve* 30.12.1992, *NJW* 1993, 472 = *ZIP* 1993, 258 = *WM* 1993, 600.

¹³ *BGH* 21.1.1993, *NJW* 1993, 1261.

¹⁴ *BGH* 9.3.1993, *NJW* 1993, 1594 = *ZIP* 1993, 585 = *WM* 1993, 683.

Entscheidung vom 26. September 1995¹⁵ bekräftigte er diese Ansicht nochmals. Die infolge der divergierenden Rechtsansicht der beiden BGH-Senate bestehende erhebliche Rechtsunklarheit und die immer lauter werdenden Forderungen seitens des Schrifttums konnten den IX. Senat letztendlich doch überzeugen, die Auslegungsfrage in bezug auf die zugrundeliegende Richtlinie¹⁶ dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.

III. Auslegung nach „nationalem“ Recht: Bürgschaft und § 1 Abs.1 HWiG

Vor einer näheren Beschäftigung mit dem Urteil des EuGH soll (kurz) auf das nationale Recht eingegangen werden. So könnte festgestellt werden, ob es wirklich einer Vorlage an den EuGH bedurft hätte¹⁷ bzw. ob sie zumindest – ex ante betrachtet – sinnvoll war.

1. Der Begriff der „Entgeltlichkeit“ in § 1 Abs.1 HWiG

Schon die Feststellung des IX. Senats in seinem Vorlagebeschluß, die Bürgschaft sei „kein auf eine entgeltliche Leistung gerichteter Vertrag im Sinne des § 1 Abs.1 HWiG, weil sie eine von der Verbindlichkeit des Schuldners verschiedene, eigene, einseitig übernommene Verbindlichkeit des Bürgen begründe“¹⁸, bedarf einer kritischen Beleuchtung. Wie bereits oben angedeutet, wird dieses Konzept der „Entgeltlichkeit“ überwiegend als zu eng empfunden¹⁹: Betrachtet man das Problem von der anderen Seite, so fällt es auch tatsächlich schwer, die Bürgschaft als „unentgeltlich“ zu charakterisieren, da ihr – anerkanntermaßen – das die „echten“ unentgeltlichen Geschäfte auszeichnende Element der Freigebigkeit fehlt²⁰. Aus diesem Grund wird die Bürgschaft daher gelegentlich als „mittelbar entgeltlich“ bezeichnet, da ihr Bezugsobjekt – die Hauptverbindlichkeit, für die einzustehen sich der Bürge verpflichtet – jedenfalls eine entgeltliche Leistung darstellt²¹. Schon in der Recht-

¹⁵ *BGH* 26.9.1995, *BGHZ* 131, 1 = *NJW* 1996, 55 = *ZIP* 1995, 1813 = *WM* 1995, 2027.

¹⁶ Zur Auslegungskompetenz des EuGH statt vieler *Rudolf Geiger*, EG-Vertrag, 2. Auflage, 1995, Art.177, Rn.5; *Hans Krück*, in: Hans von der Groeben/Jochen Thiesing/Claus-Dieter Ehlermann (Hg.), Kommentar zum EWG-Vertrag III, 4. Auflage, 1991, Art.177, Rn.13.

¹⁷ Der EuGH formuliert in seinem Erwägungsgrund [10], daß der BGH für den ihm vorliegenden Rechtsstreit eine Auslegung der Richtlinie für „sicherlich“ hielt. Da der IX. Zivilsenat ferner Zweifel bezüglich der Auslegung der Richtlinie äußerte, war er als letztinstanzliches (nationales) Gericht – seiner Rechtsansicht nach – gemäß Art.177 Abs.3 EGV zur Vorlage verpflichtet. Zum Kriterium der subjektiven Entscheidungserheblichkeit vgl. *Krück* (Fn.16) Art.177, Rn.53, 58.

¹⁸ *BGH* 11.1.1996, *NJW* 1996, 930, 931.

¹⁹ *Klingsporn*, *NJW* 1991, 2259; *ders.*, *WM* 1993, 829; *Schanbacher*, *NJW* 1991, 3263; *Probst*, *JR* 1992, 133, 197; *Wassermann*, *JuS* 1992, 908; *Pfeiffer*, *ZBB* 1992, 1; *ders.*, *NJW* 1996, 3298.

²⁰ *Peter Bydlinski*, *ZBB* 1991, 265; *Karl Larenz* / *Claus Wilhelm Canaris*, *Schuldrecht* II/2, 13. Auflage, 1994, § 60 II 3 a.

²¹ *Peter Bilou*, *Recht der Kreditsicherheiten*, 4. Auflage, 1997, Rn.795.

sprechung des Reichsgerichtes war anerkannt, daß die Unentgeltlichkeit einer Leistung nur dann angenommen werden kann, wenn es sowohl an einer synallagmatischen als auch an einer konditionalen oder kausalen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung fehlt²². Der IX. Zivilsenat konzediert auch selbst, daß die Bürgschaft „Bestandteil eines gegenseitigen Vertrages“ und „durch die Sicherungsabrede mit der zu sichernden Forderung gegen den Hauptschuldner verbunden“ sein kann²³. In der Tat ist in dieser Hinsicht eine Palette unterschiedlicher Ausgestaltungen denkbar²⁴. Etwas kryptisch mutet es an, wenn der Senat in der Folge zwar zugesteht, daß die „Bürgschaftsübernahme die zu sichernde Forderung voraussetzt“, daraus aber dann den Schluß zieht: „Entgeltcharakter im Hinblick auf die Bürgschaft bekommt die Forderung dadurch nicht“²⁵. Sollte damit die zu sichernde Forderung gemeint sein, so ist diese Aussage schlicht falsch, da diese ohnehin entgeltlich ist und einer „Entgeltlichkeit im Hinblick auf die Bürgschaft“ (was auch immer das sein mag) nicht bedarf; sollte jedoch die Bürgschaft selbst gemeint sein, so ist diese jedenfalls dann als „entgeltlich“ einzustufen, wenn der Bürge sein Bürgschaftsversprechen in Erwartung eines ihm selbst oder einem bestimmten Dritten zukommenden Vorteils abgegeben hat und diese Erwartung nicht nur für ihn einseitig bestimmendes Motiv, sondern für ihn und den anderen Vertragspartner Gegenstand der Vertragsverhandlungen war²⁶. Wie auch immer: Eine streng am Wortlaut haftende Auslegung des Begriffs der „Entgeltlichkeit“ in § 1 Abs.1 HWiG scheint wenig fruchtbringend, sofern man nicht zugleich den Schutzzweck des HWiG in die Überlegungen miteinbezieht. Das erkennt auch der IX. Senat, wenn er meint: „Es hieße die Dinge auf den Kopf stellen, wollte man dem Bürgen den Schutz des HWiG gewähren, wenn er ein Entgelt bekommt, nicht dagegen, wenn dies nicht der Fall ist“²⁷. Das leuchtet ohne weiteres ein.

2. Der Schutzzweck des HWiG

Um den Schwierigkeiten zu begegnen, die daraus resultieren, daß sich dem Zivilrecht ein allgemeingültiger Inhalt des Begriffes der Entgeltlichkeit (oder Unentgeltlichkeit) eines Rechtsgeschäftes nicht entnehmen läßt²⁸, muß für die Interpretation des Entgeltlichkeitsbegriffes des § 1 Abs.1 HWiG wohl ein anderer, in erster Linie an dessen Schutzzweck orientierter Weg beschritten werden. Ziel des HWiG ist es, den „an der Haustür“ mit einem Ge-

schaftsabschluß konfrontierten Geschäftspartner vor Überrumpelung zu schützen²⁹. Das umfaßt nun fraglos die (Haupt-)Fälle, in denen die potentiell überrumpelte Vertragspartei als *Abnehmer* von Waren oder Dienstleistungen auftritt; vom Wortlaut des HWiG erfaßt ist jedoch auch die umgekehrte Konstellation: der „Haustürpartner“ als *Anbieter*³⁰. Nun wäre es im Ergebnis jedoch höchst merkwürdig, jemanden zu schützen, der eine (wenn auch gegebenenfalls nur ganz geringe) Gegenleistung erhält, diesen Schutz andererseits aber demjenigen vorzuenthalten, der für seine Leistung überhaupt nichts erhält und insofern ja eigentlich noch schutzbedürftiger ist³¹. Entscheidend kann nicht sein, ob dem „Kunden“ eine Gegenleistung versprochen wird, sondern ob er selbst in einer der gesetzlich typisierten Überrumpelungssituationen eine Leistung versprochen hat, ob er nun für diese eine Gegenleistung erhält oder nicht³²; ein Größenschluß drängt sich hier also förmlich auf. Der vom BGH erhobene Einwand, daß die dem Bürgen drohenden typischen Gefahren nicht vom Gläubiger, sondern vom Hauptschuldner kämen³³, vermag jedenfalls in Bezug auf die Überrumpelungsgefahr – und nur um die geht es hier – nicht zu überzeugen. Auch das (in seiner Begründung auf den „Brockhaus“ gestützte) Argument, der Bürge sei kein „Kunde“ im Sinne des HWiG, da unter einem solchen nur der „Käufer“ von Waren oder Dienstleistungen zu verstehen sei, greift zu kurz, da als Kunde wohl jeder Adressat der Marketingbemühungen eines Anbieters betrachtet werden muß³⁴.

3. Fazit

Die besseren Gründe sprechen nach allem dafür, daß die Bürgschaft schon allein aus nationalrechtlichen Überlegungen vom Anwendungsbereich des HWiG erfaßt ist. Da der IX. Zivilsenat jedoch nicht dazu bereit war, seine diesbezügliche Rechtsansicht aufzugeben und es zu einer Vorlage an den Großen Zivilsenat des BGH – wohl wegen der Tatsache, daß es sich bei den kritischen Äußerungen des XI. Zivilsenats um bloße obiter dicta gehandelt hatte – ebenfalls (noch) nicht kommen konnte, kann die Einleitung des Vorabentscheidungsverfahrens schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht als überflüssig bezeichnet werden³⁵. Der BGH konnte zum Anfragezeitpunkt ja erwarten (oder doch zumindest erhoffen), die Bedeutung des Entgeltsbegriffes des HWiG würde auf diesem „indirekten“ Weg einer Klärung zugeführt

²² Reichsgericht (RG) 30.1. 1940, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 163, 348, 356.

²³ BGH NJW 1996, 930, 931.

²⁴ Eingehend Pfeiffer, ZBB 1992, 2 ff.

²⁵ BGH NJW 1996, 930, 931.

²⁶ Probst, JR 1992, 137.

²⁷ BGH NJW 1996, 930, 931.

²⁸ Probst, JR 1992, 137.

²⁹ BGH NJW 1996, 930, 931.

³⁰ Gilles, EWiR 1991, 484.

³¹ Gilles, EWiR 1991, 484; Medicus, EWiR 1991, 693; P.Bydliński, ZBB 1991, 265; ders., WM 1992, 1301; BGH WM 1993, 683.

³² Für den Fall (ausnahmsweise) gewerblicher Spendensammlungen an der Haustür siehe Fn. 53.

³³ BGH NJW 1996, 930, 931.

³⁴ Bülow, NJW 1996, 2891.

³⁵ Ausdrücklich in dieser Schärfe aber etwa Gilles, EWiR § 1 HWiG 5/96, 750.

werden³⁶. Daß der EuGH diese Hoffnung massiv enttäuschen würde, war nicht vorauszusehen. Dessen Entscheidung ist in der Folge näher zu analysieren.

IV. Der Entscheidungsvorschlag des Generalanwalts

Generalanwalt *Francis G. Jacobs* (in der Folge kurz: *GA Jacobs*) plädierte in seinem Schlußantrag vom 20. März 1997³⁷ – entgegen der Meinung der Kommission – für die (generelle) Nichtanwendbarkeit der Richtlinie 85/577/EWG auf Bürgschaften. Zum einen stützte er seine Auslegung des Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie auf die *englische* Textfassung; zum anderen machte er geltend, daß durch den Abschluß des Bürgschaftsvertrages keine *gegenseitigen Verpflichtungen* – was die Richtlinie jedoch voraussetze – begründet würden. Außerdem könne der Bürge wohl kaum sinnvoll als *Verbraucher* bezeichnet werden³⁸.

V. Die Richtlinie 85/577/EWG und die Entscheidung des EuGH

1. Kernaussagen und Begründung der Entscheidung

Schon ein kurzer Blick in die Entscheidungsbegründung führt zu großer Enttäuschung. Das hat mehrere Gründe. Zum einen wird, wie bereits angedeutet, das vom BGH in den Vordergrund gestellte Problem nahezu ignoriert. Zum zweiten können bloß die Erwägungsgründe [18] bis [22] als Begründung angesehen werden. Dabei fällt auf, daß unter [18] bis [21] *positiv begründet* wird, warum eine Bürgschaft grundsätzlich unter die Richtlinie fallen kann! Im Erwägungsgrund [22] kommt der nach allem unerwartete Rückzieher, der sich bloß auf Behauptungen stützt, die sachlich in keiner Weise überzeugen: Der EuGH will neben dem *Wortlaut* des Art. 1 die *Akzessorietät* der Bürgenhaftung für seine Entscheidung fruchtbar machen und hält es danach für ausschlaggebend, ob der gesicherte Kredit (!) vom Hauptschuldner im Rahmen seiner Erwerbstätigkeit oder als Privatperson aufgenommen wurde. Zugleich wird die Bürgschaftsübernahme als „Gegenleistung“ für Waren oder Dienstleistungen bezeichnet. Und sonst? Kein Wort zum Zweck der Richtlinie, kein Wort zur Schutzbedürftigkeit des Bürgen.

³⁶ Auch in der Literatur wurden mit dem EuGH-Urteil große Erwartungen verbunden. Siehe statt vieler *Hans-Friedrich Müller*, in: Fritz Lindenmaier/Philipp Möhring (Hg.), Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (LM) Nr. 23 HWiG (H 6/1996) Bl. 1167 a. E.

³⁷ ZIP 1997, 627.

³⁸ Kritisch zum Schlußantrag *Pfiffer*, EWiR 1997, 415; vgl. ferner *Micklitz*, EuZW 1998, 253. Die Argumente des GA im einzelnen werden unter V. mitbehandelt.

2. Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher (Art. 1 Abs. 1)

Für die Frage, ob Bürgschaftsverträge der Richtlinie unterfallen, ist deren Geltungsbereich zu klären. Nach Art. 1 Abs. 1 gilt die Richtlinie – unter weiteren Voraussetzungen („Haustürsituation“) – für „Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden“. Der EuGH hält in diesem Zusammenhang folgendes fest:

- Der Geltungsbereich der Richtlinie sei nicht nach der Art der Waren oder Dienstleistungen beschränkt, die Gegenstand des Vertrages sind;
- die Gewährung eines Kredites stelle eine Dienstleistung dar;
- der Bürgschaftsvertrag sei nur (?) akzessorisch und in der Praxis sehr oft Voraussetzung des Hauptvertrages;
- Im Wortlaut der Richtlinie finde sich kein Hinweis darauf, daß derjenige, der den Vertrag geschlossen habe, zugleich der Empfänger dieser Waren oder Dienstleistungen sein müsse.

Daraus zieht er die Schlußfolgerung, daß ein Vertrag, der einem Dritten zugute kommt, nicht allein deshalb vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden könne, weil die erworbenen Waren oder Dienstleistungen für diesen Dritten bestimmt sind, der nicht Partei des betreffenden Vertragsverhältnisses ist.

a) Der Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie

Bereits der – in dieser Hinsicht nicht ganz eindeutige – (deutsche) Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie wirft ein Auslegungsproblem auf³⁹: Beziehen sich die Kriterien der Warenlieferung bzw. Dienstleistungserbringung auf den konkreten Vertrag oder spezifizieren sie nur – ganz allgemein – das Gewerbe des Anbieters? Mit anderen Worten: Erfasst der Geltungsbereich der Richtlinie nur Verträge über die Lieferung von Waren bzw. die Erbringung von Dienstleistungen? Dieser Meinung scheint jedenfalls der EuGH zu sein, wenn er – ohne das Problem explizit anzusprechen – ausführt, daß es bezüglich der Geltung der Richtlinie auf die *Art* der Waren oder Dienstleistungen nicht ankomme (was zwar unbestritten richtig ist, hier aber nicht sonderlich weiterhilft) und daß der *Kredit* eine *Dienstleistung* darstelle (zur eigentlichen Problematik dieser – an und für sich ebenfalls richtigen – Aussage unter V. 2.).

Tatsächlich wird für eine solche Auslegung häufig die englische Fassung der Richtlinie ins Treffen geführt, deren Wortlaut („contracts under which a trader

³⁹ Auch deshalb ist es von geringer Überzeugungskraft, wenn sich der EuGH im Erwägungsgrund [22] ohne jede weitere Erklärung auf den Wortlaut von Art. 1 – und daneben nur noch auf das unzweifelhaft unrichtige Akzessorietätsargument – beruft.

supplies goods or services“) in dieser Hinsicht keine Zweifel offen zu lassen scheint⁴⁰. Gegen ein solches Ergebnis spricht jedoch ein Blick auf die der englischen Übersetzung zugrundeliegende französische Fassung („contrats conclus entre un commerçant fournissant des biens ou des services et un consommateur“) sowie die anderen Sprachfassungen, deren Wortlaut ebenfalls nicht voraussetzt, daß gerade der fragliche Vertrag auf die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen gerichtet sein muß⁴¹. Weiters wird vorgebracht, der zu weit geratene Wortlaut des Art.1 Abs.1 der Richtlinie müsse unter Berücksichtigung des Art.1 Abs.2, der die Geltung der Richtlinie auch für „Verträge über andere Warenlieferungen oder Dienstleistungen als diejenigen, für die der Verbraucher den Gewerbetreibenden um einen Besuch gebeten hat“ anordnet, einschränkend ausgelegt werden. Aus dieser Vorschrift gehe ja wohl deutlich hervor, daß die Richtlinie generell nur für Verträge über den Bezug von Waren und Dienstleistungen gelte⁴². Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß – was weitgehend übersehen wird⁴³ – Art.1 Abs.2 nur einen *Sonderfall* regelt: Art.1 Abs.1 schließt die Geltung der Richtlinie dann aus, wenn der Besuch des Gewerbetreibenden auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers erfolgt ist. Art.1 Abs.2 macht davon insofern eine Ausnahme, als eben „Verträge über andere Warenlieferungen oder Dienstleistungen als diejenigen, für die der Verbraucher den Gewerbetreibenden um einen Besuch gebeten hat“, dennoch vom Geltungsbereich der Richtlinie erfaßt sein sollen, „sofern der Verbraucher zum Zeitpunkt seiner Bitte nicht gewußt hat oder aus vertretbaren Gründen nicht wissen konnte, daß die Lieferung bzw. Erbringung der anderen Ware oder Dienstleistung zu den gewerblichen oder beruflichen Tätigkeiten des Gewerbetreibenden gehört“. Es geht hier also nur darum, daß ein Verbraucher einen Gewerbetreibenden zwecks Abschluß eines Vertrages über eine Warenlieferung oder Dienstleistung um einen Besuch bittet, und im Zuge dessen ein Vertrag über eine *andere* Ware oder Dienstleistung zustande kommt; der Anbieter soll den Kunden nicht auf diese Art und Weise überrumpeln können. Für Bürgschaften (und andere Sicherungsverträge) ist eine solche Konstellation jedoch kaum vorstellbar. Eine solche (äußerst unwahrscheinliche) Fallgestaltung wurde bei der Formulierung von Art.1 Abs.2 auch nicht berücksichtigt und der Anwendungsbereich dieser (Spezial-)Vorschrift daher konsequenterweise auf Verträge über Warenlieferungen oder Dienstleistungen – also die in diesem Zusammenhang eigentlich relevanten Sachverhaltskonstellationen – eingeschränkt. Ver-

⁴⁰ Anderer Ansicht Hermann-Josef Bunte, Bürgschaft und Haustürwiderrufsgesetz, WM 1993, 877, 880, der – in die gegenteilige Richtung argumentierend – den „klaren deutschen Wortlaut durch den englischen Text bestätigt“ sieht.

⁴¹ GA Jacobs, ZIP 1997, 629.

⁴² Dietmar Schaubacher, Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (DZWir) 1993, 339; GA Jacobs, ZIP 1997, 629.

⁴³ Andeutungsweise Pfeiffer, NJW 1996, 3301.

fehlt wäre es aber jedenfalls, aus dieser Spezialregelung nun den Schluß zu ziehen, der Wortlaut des – allgemeineren – Art.1 Abs.1 müßte demzufolge einschränkend interpretiert werden.

Weiters wird geltend gemacht, die Bürgschaft falle nicht unter den Begriff „Verträge“ in Art.1 Abs.1 der Richtlinie, denn sie sei ein einseitig verpflichtender Vertrag, mit dem nur eine der Parteien, nämlich der Bürge, der anderen gegenüber eine Verpflichtung eingehe⁴⁴. Dieser Ansicht steht aber der – insoweit – eindeutige Wortlaut des Art.1 Abs.1 entgegen, der nur ganz allgemein von „Verträgen“ spricht und keine Beschränkung auf bloß „entgeltliche“ Verträge beinhaltet. Und daß es sich bei der Bürgschaft um einen Vertrag handelt, kann wohl nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden; auch nicht bei europäisch-rechtsvergleichender Betrachtung: in den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften kommt die Bürgschaft nämlich ebenfalls regelmäßig durch Vertrag zustande⁴⁵.

Insofern erweist es sich als überflüssig, dem ersten Erwägungsgrund der Richtlinie, der neben Verträgen auch „einseitige Verpflichtungserklärungen“ erwähnt, entnehmen zu wollen, daß es auf das Vorliegen eines Vertrages gar nicht ankomme: Der Begriff der „einseitigen Verpflichtungserklärung“ sei nicht wörtlich, sondern als „einseitig verpflichtende Erklärungen“ zu verstehen⁴⁶, wofür der Wortlaut der ersten Begründungserwägung („Abschluß von Verträgen und einseitigen Verpflichtungserklärungen“) auf den ersten Blick auch zu sprechen scheint. Tatsächlich ist der Begriff der „einseitigen Verpflichtungserklärungen“ wohl eher auf die in Art.1 Abs.3 und 4 der Richtlinie angesprochenen Situationen zu beziehen, in denen sich der Verbraucher einseitig verpflichtet, ohne daß der Gewerbetreibende ebenfalls bereits gebunden wäre; einer solchen ausdrücklichen Regelung hatte es bedurft, da sonst den Verbraucher bindende Erklärungen wie (langfristige) Offerten gerade in Situationen, in denen dieser des besonderen Schutzes der Richtlinie bedarf, nicht vom Geltungsbereich der Richtlinie erfaßt wären. Diese Sichtweise steht auch in Einklang mit dem ursprünglichen Richtlinienentwurf⁴⁷, in dem sich der Hinweis auf einseitige Verpflichtungserklärungen in Art.1 Abs.1 selbst gefunden hatte. In der geltenden Fassung wird dasselbe Ergebnis durch Art.1 Abs.3 und 4 erreicht; der Hinweis auf einseitige Verpflichtungserklärungen konnte demzufolge in Art.1 Abs.1 gestrichen, in der ersten Begründungserwägung aber beibehalten werden⁴⁸. Mit dem sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie hat dies aber nichts zu tun.

⁴⁴ GA Jacobs, ZIP 1997, 630.

⁴⁵ Gutachten des Max-Planck-Institutes für ausländisches und internationales Privatrecht: „Die Bürgschaft im Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften“, Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 1971, ergänzt 1977; Bunte, WM 1993, 880; Pfeiffer, NJW 1996, 3300.

⁴⁶ Dietmar Beining, Anwendung des Haustürwiderrufsgesetzes auf Bürgschaften, Neue Justiz (NJ) 1994, 362, 364; Schaubacher, DZWir 1993, 338; Bunte, WM 1993, 880; Klingsporn WM 1993, 833.

⁴⁷ ABlEG 1977 C 22/6.

⁴⁸ GA Jacobs, ZIP 1997, 631; Roth, ZIP 1996, 1288.

Das Argument, ein Bürge könne kaum sinnvoll als Verbraucher angesehen werden⁴⁹, will ebenfalls nicht recht einleuchten, wenn man einen Blick auf Art.2 der Richtlinie wirft, der den Verbraucher als „natürliche Person, die bei den von dieser Richtlinie erfaßten Geschäften zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit entspricht“ definiert. Angesichts dieser weiten und ihrem Wortlaut nach klaren Legaldefinition gibt es keinen Anlaß, an der Verbrauchereigenschaft auch eines Bürgen im Sinne der Richtlinie ernsthaft zu zweifeln.

Dafür, daß Sicherungsgeschäfte nach Art der Bürgschaft in den Geltungsbereich der Richtlinie miteinbezogen werden sollten, spricht auch Art.3 Abs.2 lit. b der Richtlinie, der „Verträge über den Bau, den Verkauf und die Miete von Immobilien sowie Verträge über andere Rechte an Immobilien“ vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausschließt. Bei solchen „Verträgen über andere Rechte“ ist nun – neben den in den Erläuterungen der Kommission zum ursprünglichen Vorschlag⁵⁰ beispielhaft angeführten Rechten (Hypothek, Wegerecht) – wohl auch an Sicherungsrechte zu denken⁵¹; sollen auf Immobilien bezogene Sicherungsrechte aber nun vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgenommen sein, so müssen Sicherungsrechte *an sich* wohl prinzipiell unter die Richtlinie fallen.

Der EuGH umgeht nun all diese Probleme, indem er sich sogleich den Begriffen der „Waren und Dienstleistungen“ zuwendet und feststellt, daß der Geltungsbereich der Richtlinie nicht nach der Art der Waren oder Dienstleistungen beschränkt sei, die Gegenstand des Vertrages sind.

b) Das Akzessorietätsargument

Da Art.1 Abs.1 der Richtlinie aber nur Lieferungen und Leistungen des Gewerbetreibenden erfaßt, muß sich der EuGH im nächsten Schritt mit einem verblüffenden Kunstgriff helfen. Er meint: „Die *Gewährung eines Kredits* stellt eine *Dienstleistung* dar; der *Bürgschaftsvertrag* ist nur *akzessorisch* und in der Praxis sehr oft *Voraussetzung des Hauptvertrags*.“ Daß die Kreditgewährung eine Dienstleistung darstellt, liegt auf der Hand. Allerdings geht es hier nicht darum, die Anwendbarkeit der Richtlinie auf den *Kreditvertrag*, sondern auf den *Bürgschaftsvertrag* zu prüfen! Und für *diese* Frage ist es völlig irrelevant, ob der der Bürgschaft zugrundeliegende Hauptvertrag einen Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung darstellt oder die dadurch begründete Forderung des Gewerbetreibenden als entgeltliche Forderung qualifiziert werden kann. Der EuGH mißt hier offenbar der Akzessorietät der Bürgschaft eine völlig falsche Bedeutung bei, was dazu führt, daß er die auf die Bürgschaft

gründende Forderung mit der Hauptforderung vermengt und der Leser demzufolge nicht mehr sicher ist, auf welchen Vertrag der EuGH die Richtlinie nun anwendet. Selbstverständlich kann es insoweit nur um den Bürgschaftsvertrag selbst gehen!

Daß der EuGH das Eingehen der Bürgschaft als „Gegenleistung“ für die Waren oder Dienstleistungen bezeichnet (Erwägungsgrund [22]), macht schon aus sich heraus keinen Sinn; abgesehen davon vermag diese Behauptung das unter [23] gewonnene Ergebnis keinesfalls zu tragen.

Nicht zuletzt in diesem Zusammenhang fällt auch massiv ins Gewicht, daß der EuGH zentrale – und offensichtliche – Wertungen der Richtlinie nicht beachtet. Wenn es tatsächlich auf Akzessorietät entscheidend ankommen sollte, müßte etwa für den *Garantievertrag* deutscher (oder österreichischer) Prägung anderes gelten. Wie sollte *diese* Differenzierung aber begründet werden? Selbstverständlich muß es vollkommen gleichgültig sein, ob jemand „an der Haustür“ zur Übernahme einer akzessorischen Bürgschaft oder einer nicht akzessorischen Garantiehaftung gebracht wird. Fazit: Die Akzessorietät eines Vertrages spielt weder nach dem Wortlaut noch nach dem Zweck der Richtlinie eine Rolle.

c) Die wirtschaftliche Betrachtungsweise

Auch die Tatsache, daß der Bürgschaftsvertrag oft *Voraussetzung* des Hauptvertrages ist, vermag zwar sehr wohl die Bürgschaft als – zumindest im weiteren Sinn – entgeltlichen Vertrag zu qualifizieren, gewinnt aber nur dann rechtliche Relevanz, wenn man für die Anwendung der Richtlinie das Vorliegen eines entgeltlichen Vertrages fordert. Der *EuGH* meint, daß „sich im Wortlaut der Richtlinie kein Hinweis darauf [findet], daß derjenige, der den Vertrag geschlossen hat, *auf Grund dessen (!)* Waren zu liefern oder Dienstleistungen zu erbringen sind, der Empfänger dieser Waren oder Dienstleistungen sein müßte“, und daß „ein Vertrag, der einem Dritten zugute kommt, nicht allein deshalb vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden [kann], weil die erworbenen Waren oder Dienstleistungen für diesen Dritten bestimmt sind, der nicht Partei des betreffenden Vertragsverhältnisses ist“. Das klingt beinahe schon wie die Annahme eines Vertrages zugunsten eines Dritten. Gemeint soll hier wahrscheinlich sein, daß die Erbringung der Dienstleistung aufgrund des Bürgschaftsvertrages erfolgt, da dieser ja Voraussetzung des Hauptvertrages ist.

Das ist aber in dieser Form nicht richtig. Mag der Bürgschaftsvertrag auch *tatsächliche* Voraussetzung des Hauptvertrages sein: Der *rechtliche* Grund dafür, daß eine Dienstleistung des (späteren) Gläubigers erbracht wird, ist jedenfalls *nur* der Hauptvertrag. Wenn man im Zusammenhang mit Art.1 Abs.1 der Richtlinie schon die Erbringung einer Dienstleistung fordert, so muß diese ihren *Rechtsgrund* – und nicht nur ihren *tatsächlichen Grund* – in dem Vertrag haben, auf den die Richtlinie angewendet werden soll. Dieselbe Ungenauigkeit

⁴⁹ GA Jacobs, ZIP 1997, 631.

⁵⁰ KOM(76) 544.

⁵¹ Pfeiffer, NJW 1996, 3302; Manfred Wolf, LM H. 2/1996 HWiG Nr.18/19; anderer Ansicht GA Jacobs, ZIP 1997, 630.

bei der Prüfung der Voraussetzungen des Art.1 Abs.1 der Richtlinie findet sich auch bereits im Schlußantrag von GA Jacobs⁵², wenn dieser meint, daß es „bei wörtlicher Auslegung [...] unerheblich [sei], ob die Waren oder Dienstleistungen der anderen Vertragspartei auf Grund dieses Vertrages oder einer dritten Partei auf Grund eines gesonderten Geschäfts geliefert oder erbracht wurden“.

Schließlich ist sogar die (hier vermutete) tatsächliche Prämisse des EuGH – Bürgschaft als Voraussetzung des Hauptvertrages bzw. der Dienstleistung – angreifbar: Viele Bürgschaften dienen nicht der (erstmaligen) Erlangung eines Kredits, sondern bloß zu dessen Belassung: Der Kredit wird (trotz unsicher gewordener Finanzlage des Kreditnehmers) nicht gekündigt oder verlängert, weil nachträgliche Sicherheiten bestellt werden. Nach diesem Kriterium zu differenzieren, verbietet sich jedoch wegen vollkommen gleicher Schutzbedürftigkeit des Bürgen von selbst.

d) Conclusio

Verknüpft man die eben angestellten Überlegungen mit dem *verbraucher-schützenden* Zweck der Richtlinie, so ist Art.1 Abs.1 am besten *wortlautgetreu* – aber anders als vom EuGH – zu verstehen: Abgesehen von ausdrücklich gemachten Ausnahmen fallen *alle* Verträge unter die Richtlinie, sofern auf der einen – der inneren – Seite der Haustür ein Verbraucher und auf der anderen – der äußeren – jemand steht, der als Gewerbetreibender Waren liefert und Dienstleistungen erbringt. *Nicht* kommt es jedoch darauf an, daß der konkret betrachtete Vertrag einen entsprechenden Inhalt hat. Eine teleologisch gut begründete Einschränkung kann man freilich für die – seltenen – Fälle machen, in denen dem Verbraucher unentgeltlich Werte zugewendet werden (reines Werbegeschenk an der Haustür)⁵³. An solche Verträge hat der Gesetzgeber der Richtlinie wohl auch nicht gedacht⁵⁴.

Falls man demgegenüber annimmt, daß *aufgrund des konkreten Vertrags* Waren geliefert bzw. Dienstleistungen erbracht werden müssen (so offenbar der EuGH), dann kann man diese Voraussetzung nur auf die Bürgschaft beziehen⁵⁵,

⁵² ZIP 1997, 629.

⁵³ Anderes gilt schon aufgrund der Interessenlage für den umgekehrten Fall: Ein gewerblich tätiger Sammler bringt den Verbraucher dazu, eine Spende zu leisten. Vom Wortlaut des deutschen HWiG ist dieser Fall sicherlich nicht erfaßt, weshalb richtlinienkonforme *Interpretation* ausscheidet, (richtlinienkonforme) *Analogie* aber wohl zu befrworten ist.

⁵⁴ P. Bydliński, WM 1992, 1303; Medicus, EWIR 1991, 694.

⁵⁵ Unter Zugrundelegung dieser Prämisse müßte gefragt werden, ob die *Hereinnahme* der Bürgschaft als Dienstleistung im Sinne der Richtlinie zu verstehen ist. Dafür könnte Art.160 Abs.1 EGV ins Treffen geführt werden, der als „Dienstleistungen im Sinne dieses Vertrages [...] Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden“ definiert. Gemäß Art.160 Abs.2 lit. b EGV zählen dazu „insbesondere kaufmännische Tätigkeiten“, und zwar *an sich*; ein Erfordernis der Entgeltlichkeit findet sich dort nicht (in diesem Sinne etwa Micklitz, EuZW 1998, 254). Man wird nicht umhin kommen, die Hereinnahme einer Bürgschaft zu den kaufmännischen Tätigkeiten einer Bank bzw. eines Kreditinstitutes zu zählen. Vgl. dazu auch Pfeiffer, NJW 1996, 3301f.

keinesfalls aber auf ein „gesondertes Geschäft“, mag dieses auch mit der Bürgschaft verknüpft bzw. die Bürgschaft Voraussetzung desselben sein.

3. Schicksal des Hauptvertrages

Gegen die Geltung der Richtlinie für Bürgschaften wird weiters angeführt, daß es, wenn es dem Bürgen wirklich freistünde, innerhalb einer bestimmten Frist vom Bürgschaftsvertrag zurückzutreten, einer Regelung der Frage bedürfte, was in dieser Zeit mit dem Hauptvertrag geschieht. Daß die Richtlinie keine entsprechende Bestimmung enthält, spreche dafür, daß sie sich nicht auf derartige Geschäfte beziehen sollte⁵⁶. Der EuGH führt dazu überzeugend aus, daß der Wegfall einer Bürgschaft, die im Rahmen eines Haustürgeschäfts im Sinne der Richtlinie vereinbart wurde, nur einer der Fälle sei, für die sich die Frage der Auswirkung der etwaigen Ungültigkeit eines akzessorischen Vertrages auf die Hauptverbindlichkeit stelle. Daher könne allein aus dem Umstand, daß die Richtlinie nicht regelt, was mit dem Hauptvertrag geschieht, wenn der Bürge gemäß Art.5 widerruft, nicht geschlossen werden, daß die Richtlinie für Bürgschaften nicht gelte. Dem ist beizupflichten. Die Unvollständigkeit der Richtlinie ist außerdem nur eine scheinbare: Ziel der Richtlinie ist nur, bei Verträgen, die ihrem Geltungsbereich unterfallen, dem möglicherweise überrumpelten Teil eine *Widerrufsmöglichkeit* zu gewähren. Ist der fragliche Vertrag auf irgendeine Art und Weise mit einem anderen Vertrag verbunden, so ist dessen Schicksal beim Wegfall des von der Richtlinie erfaßten Vertrages rein nach nationalem Recht zu beurteilen⁵⁷ (was auch sachgerechter scheint, da dieser „verbundene Vertrag“ ja auch nach nationalem Recht geschlossen wurde): Die Richtlinie bezieht sich eben nur auf Verträge, die durch Überrumpelung zustande gekommen sein könnten und will in dieser Hinsicht dem „Haustürpartner“ – und nur diesem – einen *Mindestschutz* gewähren.

4. Argumente aus den Zielen der Richtlinie

Der EuGH widmet den Zielen der Richtlinie verblüffenderweise überhaupt keine Aufmerksamkeit. Der Generalanwalt macht demgegenüber in seinem Entscheidungsvorschlag geltend, der Schutzzweck der Richtlinie beziehe sich lediglich auf die Gefahren, die mit der besonderen Form des Direktmarketing verbunden sind (Eingriff in die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers, mangelnde Initiative seinerseits, fehlende Möglichkeit des Vergleichs der Preise oder der Qualität)⁵⁸ und daraus der Schluß gezogen wird,

⁵⁶ GA Jacobs, ZIP 1997, 630; ebenso offenbar die französische Regierung (vgl. Erwägungsgrund [16]).

⁵⁷ Art.7 der Richtlinie verweist für die Rechtsfolgen der Ausübung des Widerrufsrechts ausdrücklich auf das (jeweilige) nationale Recht.

⁵⁸ GA Jacobs, ZIP 1997, 631.

dieser Schutzzweck sei für den Abschluß von Bürgschaftsverträgen nicht einschlägig, da wegen der weitgehend einheitlichen Gestaltung von Bürgschaftsverträgen gar kein Bedürfnis des Bürgen zu einem Marktvergleich bestünde⁵⁹, greift das zu kurz. Übergeordneter Schutzzweck der Richtlinie ist zweifellos der *Schutz vor Überrumpelung*⁶⁰, die dann vorliegen kann, wenn ein Verbraucher außerhalb der Geschäftsräumlichkeiten eines Gewerbetreibenden einen Vertrag schließt. Die gegebenenfalls fehlende Möglichkeit zum Marktvergleich ist jedoch lediglich *eine* der nachteiligen Folgen, die sich aus dieser – typisierend festgelegten – Überrumpelungsgefahr ergeben können. Geschützt werden soll jedoch die *Entscheidungsfreiheit* des Verbrauchers, ob er *überhaupt* eine vertragliche Bindung eingehen will, *schlechthin*⁶¹. Besonders deutlich unterstrichen wird diese zentrale Bedeutung gerade der Überrumpelungsgefahr auch durch die Erläuterungen zum ursprünglichen Richtlinievorschlag, in denen es heißt: „Die Notwendigkeit eines Schutzes der Verbraucher ist nicht auf bestimmte Gruppen von Verträgen – beispielsweise auf Verträge über die Lieferung von Waren – beschränkt, sondern besteht bei *allen* Verträgen, die auf *Initiative eines Gewerbetreibenden außerhalb seiner Geschäftsräume* angebahnt werden“. Wenn anschließend bei der Aufzählung von Beispielen für bestimmte Gruppen von Verträgen, bei denen möglicherweise ein besonderer Schutz des Verbrauchers notwendig ist, lediglich auf zweiseitige, synallagmatische Verträge über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen Bezug genommen wird, so vermag diese Tatsache dem übergeordneten Regelungsziel der Richtlinie, das *generell* der Schutz vor Überrumpelung ist, aufgrund ihres eben *lediglich beispielhaften* Charakters keinen Abbruch zu tun⁶².

5. „Verbraucherqualität“ des Hauptvertrages

Unmittelbar gegen den zentralen Zweck der Richtlinie, nämlich den typisierten Schutz vor Überrumpelung, verstößt der EuGH mit seinem letzten Argumentationsschritt. Er meint am Ende seiner Urteilsbegründung, daß „aus dem Wortlaut von Art.1 der Richtlinie und dem akzessorischen Charakter der Bürgschaft folgt [. . .], daß unter die Richtlinie nur eine Bürgschaft für eine Verbindlichkeit fallen kann, die ein Verbraucher im Rahmen eines Haustürgeschäfts gegenüber einem Gewerbetreibenden als Gegenleistung für Waren oder Dienstleistungen eingegangen ist“. Daraus zieht er den Schluß, daß „ein Bürgschaftsvertrag, der von einer nicht im Rahmen einer Erwerbstätigkeit handelnden natürlichen Person geschlossen wird, nicht in den Geltungs-

bereich der Richtlinie fällt, wenn er die Rückzahlung einer Schuld absichert, die der Hauptschuldner im Rahmen seiner Erwerbstätigkeit eingegangen ist“.

Dem ist mit aller Entschiedenheit zu widersprechen. Hier zeigt sich wieder das bereits unter V. 2. b) erörterte Problem, daß der EuGH nicht die erforderliche Trennung zwischen Bürgschafts- und Hauptvertrag vornimmt⁶³.

Aus der ersten Aussage des EuGH wird deutlich, daß der Gerichtshof insofern eine gewisse „Entgeltlichkeit“ der Bürgschaft verlangt⁶⁴, als er die Richtlinie nur auf Bürgschaften anwenden will, die die tatsächliche Voraussetzung für die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen (an einen Dritten)⁶⁵ darstellen. Schon diese Ansicht ist abzulehnen, da – wie bereits oben näher erörtert – Art.1 Abs.1 der Richtlinie seinen Geltungsbereich nicht auf entgeltliche Verträge beschränkt. Noch weniger nachvollziehbar ist allerdings die Aussage, die (sich auf die Bürgschaft gründende) Hauptverbindlichkeit müsse von einem Verbraucher eingegangen worden sein, um die Richtlinie auf die Bürgschaft anwenden zu können. Nochmals: der Charakter der Hauptverbindlichkeit hat absolut nichts damit zu tun, ob die Richtlinie auf die Bürgschaft anwendbar ist: Diese Prüfung ist vielmehr allein anhand der Bürgschaft vorzunehmen. Es geht darum, ob der Bürge, der seine Verpflichtung in der von der Richtlinie definierten typisierten Überrumpelungssituation eingegangen ist, durch die Anwendung der Richtlinie geschützt werden soll; und in dieser Hinsicht spielt es nicht die geringste Rolle, ob der „Hauptvertrag“ ein Verbrauchergeschäft ist oder nicht. Der EuGH meint zwar völlig richtig, daß die Richtlinie „nur einen Bürgen erfassen [kann], der sich gemäß Art.2 erster Gedankenstrich der Richtlinie zu einem Zweck verpflichtet hat, der nicht seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugeordnet werden kann“. Diese für den Bürgen geltende Voraussetzung der Verbrauchereigenschaft auch auf den Schuldner der Hauptverbindlichkeit auszuweiten, findet jedoch keinerlei Stütze in der Richtlinie⁶⁶.

Zu kritisieren ist also einmal, daß die Prämisse von der Relevanz des Akzessoritätselements unrichtig ist; zum zweiten aber auch, daß das damit erzielte differenzierte Ergebnis den Grundgedanken der Richtlinie massiv widerspricht (was der EuGH aber nicht einmal zu registrieren scheint).

⁵⁹ Micklitz, EuZW 1998, 254, stellt fest, daß das Urteil des EuGH zu einer dem deutschen (und wohl auch dem europäischen!) Recht nicht bekannten Schutzdifferenzierung je nach dem Charakter der Hauptschuld führe und die Existenz eines eigenen Bürgschaftsstatuts in Frage stelle. Ablehnend auch Reinicke/Tiedtke, ZIP 1998, 895.

⁶⁰ Insofern zustimmend Reinicke/Tiedtke, ZIP 1998, 895. Ungenau Micklitz, EuZW 1998, 253, der davon ausgeht, nach Meinung des EuGH seien von Art.1 Abs.1 der Richtlinie (offenbar pauschal) auch Verträge erfasst, die nicht auf eine entgeltliche Leistung gerichtet sind.

⁶¹ Dem wird – aufgrund der gleichen Interessenlage – wohl auch das bloße Belassen (v.a. von Krediten) gleichzustellen sein.

⁶² Ablehnend („Daran sollte nicht einmal ein Zweifel bestehen“) auch Reinicke/Tiedtke, ZIP 1998, 895.

⁵⁹ Gottwald, BB 1992, 1298; Wenzel, NJW 1993, 2783; BGH NJW 1996, 932.

⁶⁰ P.Bydliński, WM 1992, 1302; Bunte, WM 1993, 881; Pfeiffer, NJW 1996, 3301, 3302.

⁶¹ In diesem Sinne auch Reinicke/Tiedtke, ZIP 1998, 894; Michael Frings, Bürgschaftsvermittlung durch den Ehepartner kein Haustürgeschäft?, ZIP 1996, 1199.

⁶² Anderer Ansicht GA Jacobs, ZIP 1997, 632.

6. Ergebnis

Der Ansicht des EuGH kann nach allem unter keinen Umständen beigepflichtet werden⁶⁷.

Leider hat sich der BGH offenbar bereits ein wenig von der hier scharf kritisierten Differenzierung des EuGH anstecken lassen: In seinem jüngsten Urteil zur aktuell ebenfalls heiß diskutierten Frage, ob Bürgschaften unter das deutsche Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) fallen, lehnt er – nachdem er die Urteilsverkündung offenbar gerade mit Bedacht auf die hier besprochene EuGH-Entscheidung aufgeschoben hatte⁶⁸ – die Anwendung des VerbrKrG auf Bürgschaften, die Verbraucher zur *Sicherung von Geschäftskrediten* übernommen haben, ab. Ausdrücklich offen läßt der IX. Senat jedoch, ob das VerbrKrG für Bürgschaften zur *Sicherung von Verbraucherkrediten* gelte⁶⁹. Dies ist schon angesichts der *Begründung* des BGH inkonsequent: Wenn er meint, daß eine analoge Anwendung des VerbrKrG zugunsten des Bürgen nicht in Betracht komme, weil sich aus den Materialien zur Entstehungsgeschichte des VerbrKrG ergebe, daß der Gesetzgeber Bürgschaften bewußt aus dem Regelungsbereich dieses Gesetzes ausgeklammert habe⁷⁰, so fehlt jede Differenzierungsmöglichkeit⁷¹. Abgesehen von der Unhaltbarkeit der Position des EuGH, die der Aussage des BGH zugrunde zu liegen scheint: Auch angesichts der *unterschiedlichen Regelungsbereiche* von HWiG und VerbrKrG – nur bei „Haustürgeschäften“ geht es um Überrumpelung – ist diese Vorgangsweise abzulehnen. Der Rechtssicherheit hätte eine klare Stellungnahme zur generellen Behandlung von Bürgschaften ebenfalls weit mehr gedient.

VI. Konsequenzen aus dem EuGH-Urteil oder: „BGH, was nun?“

Alle Konsequenzen dieser Entscheidung können heute vermutlich noch nicht im einzelnen überblickt werden. Folgende Erwägungen drängen sich aber auf:

1. Dem EuGH steht die alleinige Kompetenz zur Auslegung von Rechtsakten der Gemeinschaft, also auch von Richtlinien zu (Art 177 EGV). Seine Urteile, also auch das hier besprochene, unseres Erachtens vollkommen miß-

⁶⁷ Auch die Feststellung von Micklitz, EuZW 1998, 254, daß der EuGH die Ausbildung des Verbraucherrechts als eines Sonderprivatrechts konsequent fortführe, indem er nur „reine“ Verbrauchergeschäfte, nicht aber „Mischformen“ von gewerblichen und Verbrauchergeschäften unter die Richtlinie fallen lasse, kann *de lege lata* wohl kaum für den EuGH ins Treffen geführt werden.

⁶⁸ Siehe ZIP aktuell 1998, Nr. 67.

⁶⁹ BGH 21.4. 1998, ZIP 1998, 949, 950 = WM 1998, 1120.

⁷⁰ BGH 21.4. 1998, ZIP 1998, 949, 951.

⁷¹ Unseres Erachtens ist das VerbrKrG von vornherein und bewußt nicht auf reine Sicherungsgeschäfte bezogen. Auch der (bloß) zu Interzessionszwecken erklärte Schuldbeitritt wäre damit wohl nicht erfaßt.

glückte, sind zwar nur für den konkreten Rechtsstreit bindend⁷². Nach einem Ausspruch des EuGH besteht für dieselbe Frage jedoch bloß dann eine Vorlagepflicht, wenn das betreffende nationale Gericht eine abweichende Entscheidung treffen will⁷³. Andererseits sind nationale Gerichte aber auch nicht gehindert, Auslegungsfragen, die bereits in einem gleichartigen Fall entschieden worden sind, abermals vorzulegen⁷⁴. Art. 177 EGV gestattet es den nationalen Gerichten *immer*, dem EuGH Auslegungsfragen erneut vorzulegen, wenn sie dies für angebracht halten⁷⁵. Schon wegen der mit einer Vorlage verbundenen Mühen und dem dadurch verursachten Zeitverlust ist jedoch zu befürchten, daß auch wenig überzeugende Urteile von den Gerichten der Mitgliedstaaten als Maßstab herangezogen werden und damit auf Dauer Bestand haben⁷⁶.

2. Was gilt aber nun für den konkreten Rechtsstreit, der von der Bindungswirkung erfaßt ist? Der EuGH hat klar ausgesprochen, daß (gewisse) Bürgschaften der Richtlinie unterliegen. Ein richtlinienkonformes Verständnis des HWiG in dem Sinne, Bürgschaften *generell* auszunehmen, scheidet daher aus⁷⁷. Die vom EuGH behauptete Differenzierung nach der Stellung des Hauptschuldners (Gewerbetreibender oder Verbraucher) findet im HWiG aber nun ganz offensichtlich keine Deckung; § 6 Nr.1 HWiG unterscheidet nur nach der Position des besuchten Kunden.

Will der BGH richtlinienkonform vorgehen, muß er das HWiG somit insoweit auf beide Konstellationen erstrecken (auch wenn das die Richtlinie angeblich nicht verlangt)⁷⁸. Für die Bindungswirkung des Vorabentscheidungsurteils ist nun in erster Linie dessen Tenor maßgeblich. Dieser ist jedoch im Lichte der Entscheidungsgründe zu verstehen⁷⁹. Im Spruch des EuGH-Urteils ist von Bürgschaften schlechthin die Rede. An anderen Stellen der Begründung wird jedoch in der Sache – wenn auch sehr undeutlich und in falschem Zusammenhang – das Entgeltlichkeitsproblem ins Spiel gebracht. Im unmittelbar vor dem Ergebnis (Erwägungsgrund [23]) befindlichen Absatz (Erwägungsgrund [22]) ist sogar von der „Bürgschaft als Gegenleistung“ die Rede. Gemeint ist damit aber wohl nur das, was schon mehrfach zum deutschen Recht gesagt wurde (siehe unter III.): Die Bürgschaft wird nicht aus reiner Freigebigkeit gegenüber dem Gläubiger erteilt. Vielmehr macht der Gläubi-

⁷² EuGH 3.2. 1977, Rs.52/76 (*Murani/Benedetti*), Slg.1977, 163; *Geiger* (Fn. 16) Art. 177, Rn. 32 f.; *Manfred A. Dausies*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EGV, 2. Auflage, 1995, S. 153; *Krück* (Fn. 16) Art. 177, Rn. 87. Insofern ungenau *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1998, 896, die von einer generellen Bindungswirkung auszugehen scheinen.

⁷³ EuGH 27.3. 1963, Rs.28–30/62 (*da Costa/Niederländische Finanzverwaltung*), Slg.1963, 63; *Geiger* (Fn. 16) Art. 177, Rn. 33; *Dausies* (Fn. 72) 155.

⁷⁴ *Dausies* (Fn. 72) 155.

⁷⁵ EuGH, *da Costa/Niederländische Finanzverwaltung* (Fn. 73).

⁷⁶ So auch *Dausies* (Fn. 72) 155 f.

⁷⁷ Ebenso *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1998, 896.

⁷⁸ Das bezeichnen auch *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1998, 897 am Ende als „die beste Lösung“.

⁷⁹ EuGH 16.3. 1978, Rs.135/77 (*Bosch/Hauptzollamt Hildesheim*), Slg.1978, 855, 859; *Krück* (Fn. 16) Art. 177, Rn. 87.

ger ein bestimmtes „(Dienstleistungs-)Verhalten“ davon abhängig, ob er die Sicherheit erhält: Er gewährt, erhöht, prolongiert den Kredit oder übt Kündigungsrechte nicht aus. Diese Voraussetzung ist nun fast immer erfüllt.

Fazit: Sogar wenn man die „Antwort“ des EuGH in diesem engeren, über den Spruch hinausgehenden Sinn versteht, muß der BGH auch derartige Bürgschaften für Geschäftskredite dem HWiG unterstellen; daher auch den dem Vorlagebeschuß zugrunde liegenden Fall⁸⁰.

VII. Exkurs: Die Anwendung der Kriterien des EuGH auf den „Vorlagefall“

Auch wenn die folgenden Erwägungen damit für die Auslegung des HWiG ohne Bedeutung sind, soll doch kurz angesprochen werden, ob der vom BGH zu entscheidende Sachverhalt nach Meinung des EuGH unter die Richtlinie fielen⁸¹. Anders gefragt: Geht es hier um einen gewerblichen oder einen privaten Kredit? Gerade dieser Sachverhalt zeigt nochmals die fehlende Abgrenzungseignung dieses EuGH-Kriteriums. Gesichert wurde zwar ein für den Betrieb eines Bauunternehmens aufgenommenen Kontokorrentkredit. Das Unternehmen führte der Vater des Bürgen. Den Kredit hatten jedoch offenbar seine Eltern gemeinsam aufgenommen; im Erwägungsgrund [7] ist ebenso wie im Vorlagebeschuß von der Bürgschaftsübernahme für die „Verbindlichkeiten seiner Eltern“ die Rede. Die Mutter hatte mit dem Bauunternehmen aber ganz offensichtlich nichts zu tun. Sie hatte die Kreditverbindlichkeit also als Verbraucherin (mit)übernommen. Was nun? Glücklicherweise stellt sich das Problem nicht, wenn man von vornherein den richtigen Ansatz wählt.

⁸⁰ Leider hat der BGH diese Konsequenz nicht gezogen: In seinem kurz vor Drucklegung dieses Heftes ergangenen Urteil vom 14.5.1998, ZIP 1998, 1144 (Zurückverweisung der Sache), hat er die mißglückte Auslegung der Richtlinie 85/577/EWG durch den EuGH deckungsgleich auf das HWiG übertragen und festgestellt: „Ein Bürgschaftsvertrag, der zur Absicherung einer Verbindlichkeit geschlossen wird, die der Hauptschuldner im Rahmen seiner Erwerbstätigkeit eingegangen ist, ist kein Geschäft im Sinne des § 1 Abs.1 HWiG. Dasselbe gilt, wenn der Hauptschuldner die durch die Bürgschaft gesicherte Verbindlichkeit zwar als Verbraucher, jedoch nicht im Rahmen eines Haustürgeschäfts eingegangen ist“.

⁸¹ Art.177 EGV begründet keine Zuständigkeit des EuGH zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf den konkreten Fall; der EuGH ist im Vorabentscheidungsverfahren bloß dazu befugt, die fragliche EG-Rechtsvorschrift ohne Bezug auf den konkreten Einzelfall auszulegen: *EuGH, da Costa/Niederländische Finanzverwaltung* (Fn.73); *Geiger* (Fn.16) Art.177, Rn.5; *Krück* (Fn.16) Art.177, Rn.36, 43.

VIII. Ein (unerfreuliches) Resümee

Was bleibt als Resümee? Der zu Art.177 EGV viel zitierte „Dialog der Richter“⁸² ist im vorliegenden Fall gründlich mißlungen. Die Gerichte diskutierten völlig unterschiedliche Kriterien. Zugleich hat sich gezeigt (was BGH-Richter auch im persönlichen Gespräch beklagen), daß es dem EuGH und den nationalen Gerichten offenbar noch an einer gemeinsamen „Sprache“ fehlt.

Mindestens ebenso schlimm erscheint das fast vollständige Negieren der Teleologie der auszulegenden Vorschriften durch das europäische Höchstgericht⁸³; und das gerade bei Richtlinien, die den Mitgliedstaaten Grundsätze zur Erreichung ganz bestimmter Zwecke vorgeben sollen! Es ist sehr zu hoffen, daß sich in beiderlei Hinsicht schon in naher Zukunft Änderungen zum Positiven zeigen!

⁸² Vergleiche *Geiger* (Fn.16) Art.177, Rn.1.

⁸³ Daß der EuGH das Prinzip teleologischer Interpretation nicht nur anwenden darf, sondern auch tatsächlich regelmäßig anwendet, ist ausführlich nachgewiesen bei *Jochen Auweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, S.198 ff.

aufgespießt

“The gap between educated laymen and academic specialists constantly grows. I do not think the gap is attributable to the speed with which the frontiers of knowledge are being pushed back; instead, it reflects the desire by academics to be thought part of a special, elite, intellectually rigorous world and the fear that, if what we wrote was intelligible, the claim would be more easily dismissed”

(Quelle: Daniel A. Cohen, *Toil of the Firestarters*, (1994) 92 Michigan Law Review 1714).