

Kerstin König*

Undue influence als Fallgruppe der Sittenwidrigkeit? Ein rechtsvergleichender Ansatz unter besonderer Berücksichtigung des Kreditsicherungsrechts

Abstract

Ein Vertragsschluss sollte auf der freien Willensentscheidung jeder Vertragspartei beruhen. Der Privatautonomie kommt weitreichender Schutz zu. Doch gibt es Grenzen, bei deren Überschreiten Gerichte eingreifen müssen? Im englischen Recht zieht die Lehre der undue influence eine Grenze, ab wann eine zulässige Einflussnahme auf eine Vertragspartei in eine unzulässige umschlägt. Hauptanwendungsfeld sind dabei Kreditsicherungsverträge. Es wird untersucht, ob es einen vergleichbaren Ansatz im deutschen Recht gibt und aufgezeigt, worin die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen den beiden Rechtsordnungen in diesem Bereich liegen. Welche Erkenntnisse kann man aus diesem Vergleich gewinnen?

* Die Verfasserin studiert im siebten Semester Jura an der Universität Heidelberg. Die folgende Arbeit ist im Rahmen eines von Herrn *Dr. Piotr Tereszkień*, *M.Jur. (Oxford)* veranstalteten Seminars im Wintersemester 2012/13 entstanden und mit 15 Punkten bewertet worden. Herrn *Dr. Piotr Tereszkień* sei an dieser Stelle noch einmal herzlich für die Unterstützung gedankt.

I. Einleitung

“*In everyday life people constantly seek to influence the decisions of others*”, so Lord Nicholls.¹ Damit ist ein Grundproblem des alltäglichen Rechtsverkehrs schon grob umrissen: Im Alltag versuchen die Parteien häufig, die Entscheidungen anderer zu beeinflussen. Auch wenn dies den Eindruck der Alltäglichkeit hinterlässt, kann es doch Situationen geben, in denen die Einflussnahme so weit geht, dass die beeinflusste Partei keine eigene Entscheidung mehr trifft, sondern sich nur von der anderen Partei leiten lässt. Wo wird die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Einflussnahme gezogen? Wann sollte eine von der Gesellschaft verabschiedete Ordnung bei solchen Problemen einschreiten, wie geht sie damit um?

In einer Gesellschaft gibt es verschiedene Sollensordnungen: Neben der Rechtsordnung gibt es außerdem Sitten, Ethik und Moral.² Jedoch ist nur die Rechtsordnung derart in den Staat eingebunden, dass aus ihr Sanktionen hervor gehen können.³ Inwiefern dürfen oder müssen dann die Wertungen aus den anderen Ordnungen Berücksichtigung finden? Im hier aufgeworfenen Problem geht es im Kernbereich um die Privatautonomie. Auch wenn diese meist in den Rechtsordnungen fest verwurzelt ist, so ist sie dennoch nicht absolut, sondern durch weitere Werte der Gesellschaft beschränkt, um „die Geltung von Rechtsgeschäften zu verhindern, die für eine Rechtsgemeinschaft unerträglich sind“.⁴ Doch sowohl die Rechtsordnung als auch die weiteren Werte der genannten „Sollensordnungen“ sind von Gesellschaft zu Gesellschaft bzw. von Land zu Land unterschiedlich.

Die folgende Arbeit bezieht sich auf die deutsche und englische Rechtsordnung und darauf, wie in diesen beiden Ländern jeweils mit dem Problem der unzulässigen Einflussnahme umgegangen wird. Obwohl Deutschland und die Länder des englischen Rechtskreises (England und Wales) sowohl geographisch als auch politisch vergleichsweise nah beieinander liegen, ist doch die Rechtstradition denkbar unterschiedlich: Während Deutschland dem *Civil Law* zugeordnet werden kann, ist England das Ausgangsland des *Common Law*, das so auch in Wales Anwendung findet. Die grundlegenden Unterschiede zwischen diesen beiden Traditionen sind, dass im *Common Law* der Fall im Mittelpunkt steht und den Richtern mehr Ermessen eingeräumt wird, um auf die speziellen Probleme des einzelnen Falls eingehen zu können; das *Civil Law* beruht dagegen auf der

¹ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (794).

² *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar I, 6. Aufl. 2012, § 138 Rn. 11.

³ *Armbrüster* (Fn. 2), § 138 Rn. 11.

⁴ *Armbrüster* (Fn. 2), § 138 Rn. 1.

Kodifizierung abstrakter Prinzipien, die den Spielraum des Richters einschränken.⁵ Diese Unterscheidung verliert an Schärfe, im *Common Law* durch das System der Präzedenzfälle, das - je nach Ranghöhe - den Richter an vorangegangene Entscheidungen höherer Gerichte bindet und im *Civil Law* durch Generalklauseln, die auch hier den Richtern mehr Spielraum zugestehen.

Im Speziellen wird das Problem der unzulässigen Einflussnahme bzw. undue influence Gegenstand weiterer Ausführungen sein. Dabei führt eine Annäherung zunächst über die allgemeine Lehre der Sittenwidrigkeit und die Darstellung des Prinzips *Equity*, ehe die einzelnen Aspekte der *undue influence* mit Bezug zum Fallrecht und unter Vergleich mit dem deutschen Recht dargestellt werden. Besonderes Augenmerk wird auf *undue influence* bei Kreditsicherungsverträgen in Deutschland und in England und Wales gelegt. Abschließend sind im Fazit die herausgearbeiteten Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Regelungen in den unterschiedlichen Rechtsordnungen nochmals festgehalten und der Versuch einer Wertung wird unternommen, um so dem Ziel der Rechtsvergleichung nach *Rabel*, „Erkenntnis“, nahe zu kommen.

II. Annäherung an das Problem

Zuerst erfolgt eine Annäherung an das gesellschaftliche Problem der gegenseitigen Einflussnahme im Voraus von Verträgen. Zunächst im Rahmen der „bekannten“ deutschen Rechtsordnung, um anschließend die Rahmenbedingungen der „unbekannten“ englischen Rechtsordnung zu erläutern.

1. Allgemeine Lehre der Sittenwidrigkeit in Deutschland

Art. 2 Abs. 1 GG garantiert die allgemeine Handlungsfreiheit. Eine Ausprägung dieser ist die Vertragsfreiheit, mit dem Ziel, Privatautonomie zu schaffen.⁷ Prinzipiell sollte also jeder frei darin sein, ob (Abschlussfreiheit) und wie (Inhaltsfreiheit) er einen Vertrag schließt.⁸ Dieser Grundrechtsschutz gilt für alle Teilnehmer am Rechtsverkehr. Zwangsläufig kollidiert der Schutz des einen mit dem Schutz des anderen. Es ist nicht im Interesse des Staates, dass stets der Stärkere seine Vertragsfreiheit voll ausschöpfen kann und der andere sich dem anpassen muss. Daher kann aus Art. 2 Abs. 1 GG auch ein Gegenpol hergeleitet werden: Der Schutz vor Fremdbestimmung.⁹ Dieser findet seine Ausprägung

⁵ *Slapper/Kelly*, The English Legal System, 12. Aufl. 2011, S. 5.

⁶ *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, 1924, S. 6.

⁷ *Epping*, Grundrechte, 5. Aufl. 2012, Rn. 566 ff.

⁸ *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2007, § 1 Rn. 5.

⁹ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, 39. Lieferung 2001, Art. 2 Rn. 111.

insbesondere in den §§ 134, 138, 139, 142 BGB, die Wirksamkeitshindernisse von privaten Vereinbarungen darstellen.

Gemäß § 138 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Den Begriff der Sittenwidrigkeit zu definieren, ist äußerst schwierig, sodass man von der anfänglichen Formel, dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“¹⁰, mittlerweile weitgehend abgekommen ist und weitere Definitionsversuche unternommen hat, die aber vielmehr dazu führen, dass man „von einer Formel zur nächsten gelangt“¹¹. So hat sich nun in Deutschland in Bezug auf die Sittenwidrigkeit ein Fallgruppensystem durchgesetzt.

2. „Equity“ und allgemeine Lehre der Sittenwidrigkeit im englischen Recht

Wie bereits oben dargestellt, folgt das englische Recht einer anderen Rechtstradition. Es ist die Rechtsordnung, auf der das *Common Law* beruht. Dieses findet seinen Ursprung in der Mitte des 12. Jahrhunderts, als eine Gerichtsreform die an dem britischen Lehenswesen orientierten lokalen *Baron Courts* zurückdrängte und stattdessen königliche Gerichte einführte.¹² Dieses neue Rechtssystem war das erste einheitliche, nationale Rechtssystem unter der Leitung der zentralen Gewalt des Königs.¹³ Zu dieser Zeit reisten die Richter des Königs durch das Land, brachten das neue System zu den Bürgern und formten dabei die Basis des neuen Systems, indem sie sich die besten lokalen Gewohnheitsrechte zu eigen machten. Die Bezeichnung *Common Law* gibt es seit der Mitte des 13. Jahrhunderts, als sich das königliche Richterrecht endgültig durchgesetzt hat und auch durch das Präzedenzfallsystem funktionsfähig wurde.¹⁴ An den sodann etablierten Gerichtshöfen *Courts of Exchequer*, *Common Pleas* und *King's Bench* galten klare formelle Bedingungen, um erfolgreich über das Aktionenrecht einen Anspruch durchzusetzen.¹⁵ Um Recht gesprochen zu bekommen, musste die richtige Klageformel verwendet werden. Diese strengen formellen Voraussetzungen führten dazu, dass nicht in jedem Einzelfall Schutz geboten wurde. Um dieser Ungerechtigkeit zu entgehen, wurde parallel zum Aktionenrecht das flexiblere System der Equity entwickelt, das denjenigen, die mit ihren Klagen in keinem der genannten Gerichtshöfe Gehör fanden, die Möglichkeit bot, ihr Anliegen direkt an den Souverän bzw. den *Lord Chancellor* als dessen Vertreter zu richten.¹⁶

¹⁰ RGZ 48, 114 (124).

¹¹ *Armbrüster* (Fn. 2), Rn. 15, dort auch zum folgenden Text.

¹² *Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 4. Aufl. 2011, S. 3 f.

¹³ *Slapper/Kelly* (Fn. 5), S. 6, dort auch zum folgenden Text.

¹⁴ *Graf von Bernstorff* (Fn. 12), S. 3.

¹⁵ *Graf von Bernstorff* (Fn. 12), S. 4 f., zum System der *writs* siehe S. 4.

¹⁶ *Slapper/Kelly* (Fn. 5), S. 6.

Mit der Zeit wurden die Formulierungen im Aktionenrecht komplexer und damit die Gerichtshöfe noch unzugänglicher für das breite, ungleichmäßige Spektrum an anfallenden Rechtsstreitigkeiten. Es wurden immer mehr Anliegen an den *Lord Chancellor* direkt gerichtet, sodass schon bald Gerichtshöfe für diese Sparte der Rechtsprechung geschaffen wurden, die mit einem vergleichbaren Präzedenzfallsystem arbeiteten, um so die Ermessensspielräume der Richter einzuschränken.¹⁷ *Equity* und *Common Law* bestanden lange Zeit unter der Grundentscheidung nebeneinander, dass beim Konflikt *Equity* Vorrang hatte (*equity shall prevail*).¹⁸ Mit dem *Judicature Act 1873* wurden die Gerichtsstränge erstmals vereint, sodass man sich nicht mehr im Voraus entscheiden musste, ob man seine Klage unter *Common Law* oder *Equity* erheben möchte, sondern dass nun jeder Gerichtshof beide Rechtssprechungsarten zur Anwendung bringen konnte.¹⁹ Über die Jahre hinweg haben sich diese beiden Stränge immer weiter angenähert und werden sich weiter annähern, sodass die ursprünglichen geschichtlichen Unterschiede immer unbedeutender werden.²⁰ Ein bleibender Unterschied ist der, dass die Verwendung der *Equity* im Ermessen des Richters steht und daher auch Fairness, Gleichheit und Sitten berücksichtigt werden, wohingegen das *Common Law* jedem Rechtssubjekt von Rechtswegen zur Verfügung steht.²¹ Von daher kommen bei sittenwidrigen Geschäften traditionell die Regeln der *Equity* zum Tragen.²²

3. Undue influence

Wie bereits erwähnt, waren früher das *Common Law* und die Regeln der *Equity* noch voneinander getrennt. Das *Common Law* gab bei Drohung gegen Leib und Leben (*duress*) dem Bedrohten die Möglichkeit, Klage zu erheben, bzw. den Vertrag anzufechten.²³ Daneben gibt es jedoch auch Situationen, in denen das bedrohte Gut zwar nicht Leib oder Leben, sondern ein wirtschaftliches Interesse, gegebenenfalls sogar die Existenzgrundlage ist. Solche Drohungen wurden zu Beginn nicht von *duress* erfasst.²⁴ Da aber in solchen Situationen die Drohung mindestens genauso sehr die freie Willensbildung ausschließt, wurden sie unter die

¹⁷ *Slapper/Kelly* (Fn. 5), S. 6.

¹⁸ *Graf von Bernstorff* (Fn. 12), S. 7.

¹⁹ *Slapper/Kelly* (Fn. 5), S. 6 f.

²⁰ *Mason*, The place of equity and equitable remedies in the contemporary common law world, LQR 1994, S. 258.

²¹ *Mason* (Fn. 20), S. 239; *Slapper/Kelly* (Fn. 5), S. 7.

²² *Angelo/Ellinger*, Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany and the United States, Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Journal 1992, S. 455 (460).

²³ *Barton v Armstrong* (1973) UKPC 2, (1976) A.C. 104.

²⁴ *Koffman/Macdonald*, The Law of Contract, 7. Aufl. 2010, Rn. 14.3.

Regel der *Equity* gefasst: *undue influence*²⁵. Mit diesem Mittel wurde dem Bedrohten Schutz geboten. In der neueren Rechtsprechung²⁶ wird *duress* jedoch weiter gefasst, sodass auch Drohung gegen wirtschaftliche Interessen (*economic duress*) darunter fällt. Was aus dieser Zeit bleibt, ist, dass *duress* und *undue influence* sich in solchen Bereichen überschneiden.²⁷ Doch soll dieser Teil der *undue influence*, bei der eine Partei bedroht wird, vorliegend außer Betracht gelassen werden. Denn neben der Anwendbarkeit bei Drohungen gibt es einen zweiten Teil²⁸ der *undue influence* als etabliertes Mittel der *Equity*, um bei sittenwidrigen Geschäften einzuschreiten.²⁹

Undue influence setzt hierbei stets voraus, dass zwischen zwei Parteien ein Vertrauensverhältnis besteht und dass dieses von der unterlegenen Partei in die andere Partei gesetzte Vertrauen ausgenutzt wird.³⁰ So zum Beispiel, wenn man entgegen seiner Erwartung von seiner Vertrauensperson nicht loyal beraten oder vollständig informiert wird.³¹ Je nach Beweislast werden zwei Gruppen unterschieden: *actual* und *presumed undue influence*.

Bei der *actual undue influence* hat der sich auf die Ausnutzung Berufende sowohl das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses als auch das Ausnutzen darzulegen und zu beweisen.³² Der Vertrag muss hierbei nicht zum Nachteil des Anfechtungsberechtigten gehen.³³ *Actual undue influence* ist somit vom Inhalt der getroffenen Regelung unabhängig. Als 1887 ein Fall von heimtückischer spiritueller Tyrannei vor die Gerichte kam, stellte man fest, dass man nicht immer die Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses beweisen kann.³⁴ Im Zuge dessen führte man eine zweite Kategorie der *undue influence* mit Beweiserleichterungen ein: *presumed undue influence*. Hierbei gibt es drei Voraussetzungen: Ein Vertrauensverhältnis muss vorliegen, es muss ausgenutzt worden sein und die Vereinbarung muss fragwürdig bzw. erklärungsbedürftig³⁵ sein. Es gibt dabei zwei Untergruppen, die sich in den Vermutungsregelungen unterscheiden.

²⁵ Vgl. *Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (794 f.).

²⁶ Vgl. *Adam Opel GmbH v Mitras Automotive (UK) Ltd* (2008) Bus. L.R. D55 (D56).

²⁷ Vgl. *Schindler*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung, 2005, S. 136 ff.

²⁸ Vgl. *Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (794).

²⁹ *McMurtry*, Unconscionability and undue influence: an interaction? *Conveyancer and Property Lawyer*, 2000, S. 573.

³⁰ *Hellwege*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 179.

³¹ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 322.

³² *Bank of Credit and Commerce International SA v Aboody* (1990) 1 QB 923 (924).

³³ *Virgo*, The principles of the Law of Restitution, 1999, S. 256.

³⁴ *Allcard v Skinner* (1887) 36 Ch D 145 (183 f.).

³⁵ “[C]alls for explanation” or “not readily explicable by the relationship of the parties” (*Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (796, 798)); *Allcard v Skinner* (1887) L.R. 36 Ch. D. 145 (185).

Die Kategorie 2a (*double presumption*) erfasst typisierte Vertrauensverhältnisse (Eltern-Kind; Vormund-Mündel; Arzt-Patient; Anwalt-Klient; „trustee“-Begünstigter; religiöser Berater-Gläubiger),³⁶ bei denen schon das Bestehen eines solchen Vertrauensverhältnisses nicht vom Anfechtungsberechtigten bewiesen werden muss, sondern unwiderlegbar von Rechts wegen vermutet wird. Das Ausnutzen des Vertrauensverhältnisses wird dann widerlegbar vermutet, wenn der abgeschlossene Vertrag erklärungsbedürftig ist.

Bei der Kategorie 2b (*single presumption*) muss das Vorliegen eines Vertrauensverhältnisses nachgewiesen werden. Ist der abgeschlossene Vertrag nicht aus diesem Vertrauensverhältnis zu erklären, wird auch hier das Ausnutzen des Vertrauensverhältnisses widerlegbar vermutet.³⁷

Auffällig ist, dass Ehegatten nicht in die Kategorie 2a fallen, also das Bestehen des Vertrauensverhältnisses nicht unwiderlegbar vermutet wird.³⁸ Das war nicht schon immer so.³⁹ Der Zweck der dahinter steckt, dass zwischen Ehemann und Ehefrau ein Vertrauensverhältnis bewiesen werden muss, ist der Schutz des der Ausnutzung beschuldigten Teils. Der Grund des Schutzes ist wohl darin zu sehen, dass zwischen Eheleuten im Vergleich zu den genannten Vertrauensverhältnissen hinzukommt, dass sie ein gemeinsames Schicksal teilen. Das heißt, nutzt beispielsweise der Ehemann das Vertrauen der Ehefrau aus, um für sich eine wirtschaftlich vorteilhafte Situation herbeizuführen, so kann dies unter Umständen auch für die Ehefrau gut sein, da sie im Normalfall ebenfalls ein Interesse an diesem Vorteil hat.⁴⁰ Deshalb soll hier kein Fall der *undue influence* 2a vorliegen. Diese Unterteilung in 2a und 2b wurde im Fall *Barclays Bank plc v O'Brien*⁴¹ eingeführt.

Die *presumption* der *undue influence* kann widerlegt werden, indem die Partei, die von dem abgeschlossenen Vertrag profitieren würde, darlegt, dass die vermeintlich beeinflusste Partei aus freiem Willen gehandelt hat: *free exercise of independent will*. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Partei unabhängigen, vollumfänglichen rechtlichen Rat vor Abschluss der Vertrags erhalten hat.⁴² Welche Vorkehrungen insbesondere Banken bei Sicherungsverträgen treffen

³⁶ *Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (797).

³⁷ Vgl. *Lloyd's Bank v Bundy* (1975) QB 326 (333).

³⁸ *Bank of Montreal v Stuart* (1911) A.C. 120 (123 ff.).

³⁹ Vgl. *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 263.

⁴⁰ *Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (799).

⁴¹ *Barclays Bank plc v O'Brien* (1994) 1 A.C. 180 (189).

⁴² *Treitel*, The Law of Contract, 12. Aufl. 2007, Rn. 10.023.

müssen, wurde ausführlich in *Barclays Bank plc v O'Brien*⁴³ diskutiert und wird im Folgenden noch dargestellt.

Die Folge von *undue influence* ist, dass die beeinflusste Partei ein Recht zur Auflösung des Vertrags (*rescission*) hat. Also vergleichbar mit einer Berechtigung zur Anfechtung.⁴⁴

4. Undue influence als Untergruppe der Sittenwidrigkeit?

Bleibt die schon zu Beginn aufgeworfene und unter dem Aspekt der Rechtsvergleichung interessante Frage, ob *undue influence* als Mittel dafür, bei sittenwidrigen Verträgen einzuschreiten, Untergruppe eines Prinzips ist, das mit unserer Sittenwidrigkeit zu vergleichen ist.

Es wird ganz klar gesagt, dass das englische Recht gerade keine allgemeine Lehre der *unconscionability* kennt.⁴⁵ Grund hierfür ist wohl, dass das englische Recht als Grundgedanken, neben der Vertragsfreiheit, auch *objectivity*⁴⁶ ansieht: Die objektive Sicht auf Verträge. Dabei befasst sich das Gericht ausschließlich mit der verfahrensrechtlichen formellen Fairness, also mit den Rahmenbedingungen des Vertragsschlusses. Die materiell-rechtliche Fairness, also das, was tatsächlich innerhalb der Rahmenbedingungen vereinbart wurde, unterliegt nicht der Kontrolle.⁴⁷ Dennoch hat sich eine Lehre durchgesetzt, die es den Gerichten ermöglicht, gegen sittenwidrige Verträge einzuschreiten: *doctrine of the unconscionable bargain*.⁴⁸ Auch wenn diese nur selten bei Gericht Anwendung fand.⁴⁹ 1888 fasste Kay J hierzu zusammen: "*Where a purchase is made from a poor and ignorant man at a considerable undervalue, the vendor having no independent advice, a Court of Equity will set aside the transaction.*"⁵⁰ Damit umschreibt er die Voraussetzungen der *unconscionable bargain* Lehre, wie sie sich auch aus weiteren Fällen herausarbeiten lassen: Eine besondere Benachteiligung einer Partei (*poor and ignorant man*), eine erhebliche Unterbewertung (*considerable undervalue*) und das Fehlen einer unabhängigen Beratung (*no independent advice*).⁵¹

⁴³ *Barclays Bank plc v O'Brien* (1994) 1 A.C. 180 (196).

⁴⁴ *Hellwege* (Fn. 30), S. 180, 291 f.

⁴⁵ *Thames Trains Ltd v Adams* (2006) EWHC 3291 (QB) Rn. 31; *McMurtry* (Fn. 29), S. 573.

⁴⁶ *Lord Denning*, in: *Storer v Manchester City Council* (1974) 3 All ER 824 (828): "*In contracts you do not look into the actual intent in a man's mind. You look at what he said and did*".

⁴⁷ *Koffman/Macdonald* (Fn. 24), Rn. 16.2.

⁴⁸ *McMurtry* (Fn. 29), S. 573.

⁴⁹ *Capper*, *Undue influence and unconscionability: a rationalization*, *Law Quarterly Review* 1998, S. 479.

⁵⁰ *Fry v Lane* (1889) L.R. 40 Ch. D. 312 (312).

⁵¹ So auch *Devenny/Chandler*, *Unconscionability and the taxonomy of undue influence*, *Journal of Business Law* 2007, S. 543 (543 f.).

Wie bereits erwähnt, wurde die Lehre des *unconscionable bargain* nur selten von Gerichten angewandt - die Entscheidungen, in denen die Lehre zur Anwendung kam, sind zudem schon vor mehreren Jahrzehnten gefällt worden.⁵² Daher ist es nicht überraschend, dass in neueren Fällen die Idee einer allgemeinen Sittenwidrigkeitslehre wieder aufkam.⁵³ *Lord Denning* gab den Anstoß, als er die Meinung vertrat, dass mehrere Rechtsprinzipien im englischen Recht (z.B. *fraud, unconscionable transactions, misrepresentation, undue influence*) auf ein gemeinsames, übergreifendes Prinzip zu bringen sind: *inequality of power*. Nach *Lord Denning* wird dabei dem Schutz gewährt, der (1.) ohne unabhängige Beratung (2.) einen Vertrag unter unfairen Bedingungen schließt oder für eine unangemessene Gegenleistung ein Grundstück überträgt, (3.) in seiner Verhandlungsposition - aufgrund eigener Bedürfnisse oder Wünsche oder aufgrund seiner eigenen Ignoranz oder Schwäche - erheblich beeinträchtigt ist, und (4.) unter unzulässiger Einflussnahme oder Druck stand, der vom Geschäftspartner oder zu dessen Vorteil ausgeübt wurde.⁵⁴ Erstmals wurde von einem Richter das Augenmerk derart auf die Schutzbedürftigkeit der in der Verhandlungsposition unterlegenen Partei gelegt.⁵⁵ Jedoch vertrat nur *Lord Denning* diese Meinung, die anderen beiden Richter folgten ihm in diesem Punkt nicht, sodass seine Ansicht nicht zur *ratio decidendi* gehört und damit andere Gerichte nicht bindet. Doch im gleichen Jahr hat auch *Lord Diplock* eine vergleichbare Meinung vertreten.⁵⁶ Daher wurde in anderen Entscheidungen dazu Stellung genommen.

Im Fall *National Westminster Bank v Morgan*⁵⁷ hielt *Lord Scarman* fest, dass eine ungleiche Verhandlungsposition zwar bei *undue influence* von Bedeutung sein mag, aber keine Basis für eine allgemeine Sittenwidrigkeitslehre darstellen kann. Ebenso macht *Dillon LJ* klar, dass Gleichheit in den Verhandlungspositionen äußerst selten ist und damit lediglich als Indiz gelten kann und nur in Ausnahmefällen für gerichtliche Intervention ausreicht: Im Fall *Alec Lobb Garages Ltd v Total Oil (Great Britain) Ltd* war das Verhalten der einen Partei nicht schon sittenwidrig, weil die andere Partei aus wirtschaftlichen Gründen sich gezwungen sah, den Vertrag zu schließen. Vielmehr hätte noch Druck vonseiten der Vertragspartei oder fehlende unabhängige Beratung hinzu kommen müssen.⁵⁸ Zudem würde eine derart breit formulierte Lehre der *inequality of bargaining power* als übergreifende

⁵² *Chesterfield v Jansen* (1750) 95 ER 621 (622); *Fry v Lane* (1889) LR 40 Ch. D. 312 (312 ff.); *Dunnage v White* (1818) 36 ER 329 (334 ff.); *Wood v Abrey* (1818) 3 Madd. 417 (422 ff.).

⁵³ *Angelo/Ellinger* (Fn. 22), S. 466.

⁵⁴ *Lloyds Bank Ltd v Bundy* (1974) Q.B. 326 (339).

⁵⁵ *Koffman/Macdonald* (Fn. 24), Rn. 16.24.

⁵⁶ *Schroeder Music Publishing Co. v Macaulay* (1974) 3 All ER 616 (623), ebenfalls zur Schutzbedürftigkeit der schwächeren oder gefährdeten Partei.

⁵⁷ *National Westminster Bank v Morgan* (1985) 1 All ER 821 (830).

⁵⁸ *Alec Lobb (Garages) Ltd. v Total Oil (Great Britain) Ltd* (1985) 1 W.L.R. 173 (183).

Sittenwidrigkeitslehre zu viel Entscheidungsspielraum und Eingriffsmöglichkeiten für die Richter darstellen und damit die Vertragsfreiheit gefährden.⁵⁹

Dies macht deutlich, dass sich die Richter im englischen Recht heutzutage mit dem Formulieren einer allgemeinen Sittenwidrigkeitslehre schwer tun, auch um der Bestimmtheit und Einzelfallgerechtigkeit wegen. Stattdessen wird auf die verschiedenen einzelnen Lehren (z.B. *fraud*, *unconscionable transactions*, *misrepresentation*, *undue influence*) zurückgegriffen und nur vereinzelt wird in einer Urteilsbegründung auf Sittenwidrigkeit Bezug genommen.⁶⁰ Zu erwähnen bleibt, dass *Lord Denning's* Meinung in anderen Teilen des Commonwealth (z.B. Australien und Nordirland) auf mehr Gehör stieß und sich eine allgemeine Lehre der Sittenwidrigkeit etablierte.⁶¹

In diesen Staaten stellt sich die Frage, wie sich *undue influence* und *unconscionability* zueinander verhalten. Vereinzelt wird hierbei vertreten, dass *undue influence* der *unconscionability* keinen eigenen Anwendungsbereich mehr lässt und sie somit verdrängt.⁶² Einflussreicher ist wohl die Meinung, dass die beiden Lehren nebeneinander stehen, da *undue influence* Kläger-bezogen, *unconscionability* hingegen beklagtenbezogen sei.⁶³ Diese Unterteilung wird jedoch kritisiert,⁶⁴ sodass die wohl vorherrschende Meinung in der *unconscionability* ein übergreifendes Prinzip erachtet, das *undue influence* umfasst.⁶⁵ Dieser Meinungsstreit hat jedoch, mangels allgemeiner Sittenwidrigkeitslehre, in England keine Bedeutung, sodass dieses Verhältnis vorliegend nicht geklärt werden muss. Zudem ist fraglich, ob es eine praktische Auswirkung auf die Regelung der *undue influence* hätte. Denn bereits die Tatsache, dass *undue influence* eine Regelung der *Equity* ist, macht deutlich, dass den Richtern hierbei Ermessen zusteht und Aspekte der Fairness, Gleichheit und Sitten berücksichtigt werden. Ob es ein übergreifendes Prinzip der *unconscionability* gibt, stellt daher vielmehr eine dogmatische als eine die Praxis betreffende Frage dar.

⁵⁹ *Koffman/Macdonald* (Fn. 24), Rn. 16.26.

⁶⁰ Vgl. *Alec Lobb (Garages) Ltd v. Total Oil (Great Britain) Ltd* (1985) 1 W.L.R. 173 (182 ff.), auch wenn hier Sittenwidrigkeit verneint wurde.

⁶¹ *Mason* (Fn. 20), S. 250; Vgl. auch für Ghana: *CFC Construction Co (WA) Ltd and Another v Attisogbe* (2006) 3 LRC 1 (17).

⁶² *Thompson*, in: *Morriss v Wonham* (1994) Conv. 233.

⁶³ *Birks/Chin*, On the Nature of 'undue influence', in: *Beatson/Friedmann, Good Faith and Fault in Contract Law*, 1995, S. 76.

⁶⁴ *Virgo* (Fn. 33), S. 253: „*undue influence* ist sowohl Kläger-, als auch Beklagten-bezogen, weil zum einen zwar grundsätzliches Merkmal ist, dass der Kläger keinen freien Willen betätigt, doch zum anderen dies nicht vom Beklagtenverhalten getrennt beurteilt werden kann und somit auch zu ihm Bezug besteht.“

⁶⁵ *Phang*, Undue influence methodology, sources and linkages, *Journal of Business Law* 1995, S. 552 (567 ff.); *Capper* (Fn. 49), S. 480 ff.

III. Undue influence bei Kreditsicherungsleistungen am Fall *Royal Bank of Scotland v Etridge*

Bei Kreditsicherungsverträgen wie Bürgschaften liegt meistens ein Dreipersonenverhältnis vor. Im Zusammenhang mit *undue influence* sieht diese Konstellation folgendermaßen aus: Der Sicherungsgeber sichert bei einer Bank (Kreditgeber) eine Forderung, die sie gegen den Kreditnehmer hat, zu dem der Sicherungsgeber ein Vertrauensverhältnis hat. Wirkt nun der Kreditnehmer in unzulässiger Weise auf den Sicherungsgeber ein, entsteht das Problem, dass es zwei unschuldige und somit schutzbedürftige Parteien (die Bank und den Bürgen) gibt. Wie wirkt sich die Beeinflussung eines Dritten also aus?

Zur besseren Verdeutlichung ist ein Fallbeispiel (*Royal Bank of Scotland plc v Etridge*⁶⁶) hilfreich: Der Ehemann hat geschäftliche Kreditverpflichtungen gegenüber einer Bank, die hierfür eine zusätzliche Sicherung verlangt. Die Ehefrau war alleinige Eigentümerin des gemeinsamen Hauses, das nun verkauft wird. Das neu zu kaufende Haus wird auch in ihrem alleinigen Eigentum stehen. Als Sicherung des Kredits des Ehemanns will die Bank das neue Haus hypothekarisch belasten. Der Kaufvertrag für das neue Haus und auch die Bestellung der Hypothek werden bei einer Anwaltskanzlei von der Ehefrau unterschrieben. Die Hypothek dient nicht ausschließlich der Sicherung des Kredits des Ehemanns, sondern auch als finanzieller Vorschuss, der erst den Kauf des Hauses möglich macht. Der Anwalt fügt dem Bestellsdokument noch den Hinweis hinzu, dass er der Ehefrau das Dokument erklärt habe und sie bestätigt habe, alles verstanden zu haben. Jedoch wurde die Ehefrau entgegen dieses Schreibens des Anwalts zu keiner Zeit von ihm beraten und auch nicht über den Inhalt der Dokumente, die sie unterzeichnete, aufgeklärt.

Als der Ehemann zahlungsunfähig wird und die Bank in das Grundstück vollstrecken will, trägt die Ehefrau jedoch vor, dass sie von ihrem Ehemann beeinflusst worden wäre. Sie habe nicht gewusst, dass sie einer Hypothek zustimme. Jedenfalls habe aber die Bank Kenntnis von der Beeinflussung gehabt, sodass die Ehefrau nicht an die Bestellung der Hypothek gebunden sein könne.⁶⁷

1. Lösungsansatz in Deutschland

Zunächst ist zu klären, wie in Deutschland mit einem solchen Kreditsicherungsvertrag umgegangen wird. Als mögliche Wirksamkeitshindernisse kommen in der vorliegenden Situation vor allem eine Anfechtung wegen arglistiger

⁶⁶ Vgl. *Royal Bank of Scotland plc v. Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (851 ff.).

⁶⁷ Vgl. *Royal Bank of Scotland plc v. Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (853).

Täuschung oder Drohung, Unwirksamkeit wegen Wuchers oder Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit in Betracht.

a. Arglistige Täuschung und Drohung § 123 BGB

§ 123 BGB schützt die Entscheidungsfreiheit, sobald die andere Partei vorsätzlich täuscht oder droht und sich der Beeinflussung bewusst ist.⁶⁸ Auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts kommt es nicht an.

Die Tatsache, dass sich die Ehefrau auf die hypothekarische Belastung einlässt, ist nicht darauf zurück zu führen, dass in ihr vorsätzlich ein Irrtum erregt wurde oder der Ehemann sie gar bedroht hat, sondern darauf, dass sie wahrscheinlich in der Situation so gefühlt hat, als ob sie sich gar nicht anders entscheiden könnte. Diese Art der Beeinflussung durch den Ehemann genügt nicht, um den Tatbestand des § 123 BGB zu erfüllen.

b. Wucher § 138 Abs. 2 BGB

Wucher schützt vor wirtschaftlicher Ausbeutung bei gegenseitigen Geschäften, also vor einem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.⁶⁹

Die hypothekarische Belastung stellt eine Sicherungsabrede dar. Eine solche ist einseitig verpflichtend, da nur die Ehefrau leisten muss (Zahlung der Geldsumme, vgl. § 1113 Abs. 1 BGB), hierfür aber keine Gegenleistung erhält. Mangels Gegenleistung kommt eine Unwirksamkeit wegen Wuchers also nicht in Betracht.⁷⁰

c. Sittenwidrigkeit

Anfang der 90er Jahre legte der BGH bei Bürgschaften naher Angehöriger das Hauptaugenmerk darauf, dass die Privatautonomie geschützt wird: Jeder trage für sich selbst Verantwortung und es sei nicht Aufgabe der Rechtsordnung, vor der Übernahme überfordernder Verpflichtungen zu schützen.⁷¹ Der Inhalt des abgeschlossenen Bürgschaftsvertrages bleibt unberücksichtigt. Das *BVerfG* wurde im Anschluss mit einer Verfassungsbeschwerde konfrontiert, in deren Urteilsbegründung das Gericht den Schutz der Privatautonomie des Bürgen unter einem weiteren Gesichtspunkt betonte: Bei der Bürgschaft naher Angehöriger kann ein Vertragspartner ungewöhnlich stark belastet werden und daher in Bezug auf seine Verhandlungsstärke so unterlegen sein, dass er in der grundrechtlich

⁶⁸ *Wendland*, in: Bamberger/Roth, 3. Aufl. 2012, § 123 Rn. 17 ff.

⁶⁹ *Wendland* (Fn. 68), § 138 Rn. 40; *Armbrüster* (Fn. 2), § 138 Rn. 144.

⁷⁰ *Horn*, in: Staudinger, §§ 765 - 778 Bürgschaft 2012, § 765 Rn. 176.

⁷¹ BGH, NJW 1989, 830 (831).

gewährleisteten Privatautonomie eingeschränkt ist. Somit bestehe für das Gericht in diesem Fall eine Pflicht zur Inhaltskontrolle des Bürgschaftsvertrags, um festzustellen, ob der Angehörige ungewöhnlich stark belastet wird.⁷²

In der Folge hat auch der *BGH* die Gefahr erkannt, dass nahe Angehörige aus emotionaler Bindung zum Kreditnehmer oder einer finanziellen Abhängigkeit von ihm oft „Inhalt, Tragweite und Risiko der verlangten Mitverpflichtung“ nicht erkennen und so Verpflichtungen eingehen, die sie im Nachhinein bereuen und sie finanziell überfordern.⁷³ Deshalb hat er seither in ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass solche Personalsicherheiten aufgrund von Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB unwirksam sein können.⁷⁴ Hierfür genügen ein bloßes Näheverhältnis und kein eigener unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil jedoch noch nicht.⁷⁵ Vielmehr sei die Sittenwidrigkeit im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu beurteilen: Zentraler Punkt ist die finanzielle Überforderung, die anhand einer Zukunftsprognose zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses beurteilt wird.⁷⁶ Diese Inhaltskontrolle wurde ja so auch vom *BVerfG* gefordert. Zusätzlich zur finanziellen Überforderung müssen noch weitere sittenwidrigkeitsbegründende Umstände hinzukommen, die sich zumeist aus der Art und Weise der Vertragsanbahnung ergeben, wie zum Beispiel „Alter, Schul- und Berufsausbildung sowie etwaige besondere familiäre oder vergleichbare Belastungen“.⁷⁷ Im Zusammenhang mit Ehegatten hat der *BGH* Sittenwidrigkeit angenommen, wenn die Ehefrau einkommens- und vermögenslos⁷⁸ ist, bzw. „nur den Haushalt und die Kinder“ betreut⁷⁹.

Zusammenfassend lässt sich in Bezug auf Bürgschaften sagen: Bürgt ein naher Angehöriger ohne eigenes wirtschaftliches Interesse und lässt sich dabei auf eine krasse finanzielle Überforderung ein, besteht - vor allem wegen der finanziellen Überforderung⁸⁰ - eine widerlegbare Vermutung dafür, dass die Bürgschaft ausschließlich aufgrund der emotionalen Bindung eingegangen wurde, diese Bindung also ausgenutzt wurde und daher der Vertrag als sittenwidrig einzustufen ist.⁸¹

⁷² *BVerfG*, NJW 1994, 36 (38).

⁷³ *BGH*, DStR 1994, 911 (912).

⁷⁴ *BGH*, NJW 2005, 971 (972).

⁷⁵ *BGH*, NJW 2001, 2466 (2467).

⁷⁶ *BGH*, NJW 1993, 322 (323).

⁷⁷ *BGH*, NJW 2005, 971 (972), m. w. n.

⁷⁸ *BGH*, NJW 1993, 322 (323 f.); mit Anmerkungen *Reinicke*, NJW 1995 S. 1449 (1451).

⁷⁹ *BGH*, NJW 1991, 923 (925).

⁸⁰ *BGH*, NJW 2009, 2671 (2672 ff.).

⁸¹ Vgl. insbesondere: *Horn* (Fn. 70), § 765 Rn. 177 m.w.N.

Im genannten Beispiel handelt es sich jedoch nicht um einen Fall, in dem die Ehefrau mit ihrem gesamten Privatvermögen haftet. Sie hat aus dem Vertrauensverhältnis heraus einer hypothekarischen Belastung des Hauses zugestimmt. Die Ehefrau haftet also ausschließlich dinglich mit dem Haus als Haftungsgegenstand. Ein vergleichbares krasses Übersteigen der finanziellen Verhältnisse der Ehefrau zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, wie oben bei der Bürgschaft als wichtigstes Element vorausgesetzt, kann hier also nicht vorliegen. Aus diesem Grund hat der BGH in Bezug auf Realsicherheiten festgelegt, dass die zur Bürgschaft von nahen Angehörigen entwickelten Grundsätze der Sittenwidrigkeit nicht übertragbar sind.⁸² Denn schließlich soll im Zusammenhang mit Bürgschaften § 138 Abs. 1 BGB eingreifen, um den Bürgen vor einer zukünftigen Verschuldung zu schützen, und nicht zum Schutze seines bereits vorhandenen Vermögens.⁸³ Somit wäre im vorliegenden Fall einer hypothekarischen Bestellung des Wohnhauses nach deutschem Recht nicht sittenwidrig.

2. Lösung im englischen Recht

Das oben genannte Fallbeispiel wurde so, zusammen mit sieben vergleichbaren Sachverhalten, dem *House of Lords* zur Entscheidung vorgelegt.⁸⁴ Grundsätze dafür, wie ein Sicherungsvertrag eines nahen Angehörigen zu beurteilen ist, wurden aber auch bereits zuvor von der Rechtsprechung entwickelt.

a. *Undue influence*

Wie oben dargestellt, gibt es verschiedene Kategorien dafür, die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Einflussnahme zu ziehen. Bei Ehegatten, wie im vorliegenden Fall, kommt presumed *undue influence* der Kategorie 2b in Betracht. Die erste Voraussetzung ist das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses. Ein ausreichendes Verhältnis liegt dabei dann vor, wenn zwischen den Parteien *trust and confidence*⁸⁵ besteht. *Lord Scott* sagt in dem Zusammenhang auch, dass dies bei zusammenlebenden Eheleuten in der Regel der Fall ist. Es sind hier keine entgegenstehenden Anhaltspunkte gegeben. Ein Vertrauensverhältnis besteht also. Damit die widerlegbare Vermutung für die zweite Voraussetzung, das Ausnutzen des Vertrauensverhältnisses, greift, muss die eingegangene Verbindlichkeit rein aus

⁸² Insbesondere in Bezug auf Grundschulden: BGH, NJW 2002, 2633 (2633 f.); *Clemente*, Neuere Entwicklungen im Recht der Grundschulden, BKR 2002, 975 (976).

⁸³ *Clemente* (Fn. 82), S. 976 m. w. n.

⁸⁴ *Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (773).

⁸⁵ Vgl. auch *Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (842).

dem Vertrauensverhältnis nicht erklärbar sein.⁸⁶ Dies hat *Lord Bingham* klar gestellt und im Zuge dessen der Forderung nach einem *manifest disadvantage* widersprochen, weil ein solcher Nachteil nicht eindeutig zu bestimmen sei: Zum einen könnte man argumentieren, dass es nachteilig für die Ehefrau ist, eine ernstzunehmende finanzielle Verpflichtung einzugehen, ohne im Gegenzug etwas unmittelbar dafür zu erhalten. Andererseits könnte man aber auch sagen, dass die Schicksale der Ehegatten so sehr zusammenhängen, insbesondere wenn der Ehemann durch dieses Unternehmen die Familie ernährt, dass die Ehefrau dadurch automatisch auch ein eigenes Interesse an der Kreditgewährung hat und die Verpflichtung somit nicht nachteilig ist.⁸⁷

Nach *Lord Bingham* ist deshalb zu fragen, ob die hypothekarische Bestellung im vorliegenden Fall allein aus dem Ehegattenverhältnis heraus erklärbar ist. Die Ehefrau unterschreibt die Kreditsicherung, die zum einen dem Unternehmen des Ehemanns zugutekommt und zum anderen auch den Kauf des gemeinsamen Hauses erst ermöglicht hat. Beide diese Zwecke können sowohl vorteilhaft als auch unvorteilhaft sein. Sie sind jedoch nicht so unvorteilhaft, dass sie nicht aus dem Ehegattenverhältnis allein zu erklären sind. Demnach liegt keine *undue influence* vor. Auch im englischen Recht wäre diese Sicherungsbestellung wirksam.⁸⁸

In der Entscheidung des als Beispiel genannten Falles endeten die Ausführungen jedoch nicht damit, dass das Nichtvorliegen von *undue influence* festgestellt wurde. Zum einen wurde noch eine mögliche *misrepresentation* angesprochen und abgelehnt und zum anderen wurde der Fall unter der Annahme, es läge *undue influence* vor, weitergedacht.

b. Agency Theory

Wie bereits erwähnt gibt es bei solchen Mehrpersonenverhältnissen immer zwei schutzbedürftige Parteien: Die Ehefrau, die vor der unzulässigen Einflussnahme des Ehemanns geschützt werden soll und die Bank, die auf die Sicherungsbestellung vertrauen können soll. Einzig der Dritte, der beeinflussende Ehemann, ist nicht schutzbedürftig. Fraglich ist, inwiefern sein Verhalten zur Unwirksamkeit der Sicherungsbestellung führen kann, sodass die Ehefrau geschützt wird, aber ohne dass es für die Bank unverhältnismäßig wäre.

⁸⁶ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (796, 798); *Allcard v Skinner* (1887) L.R. 36 Ch. D. 145 (185).

⁸⁷ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (797).

⁸⁸ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (854).

In *Barclays Bank plc v O'Brien* wurde hierzu die *agency theory* entwickelt.⁸⁹ Hiernach wirkt sich das Verhalten des Ehemanns auf die Wirksamkeit der Sicherungsbestellung aus, wenn entweder die Bank das Verhalten des Ehemanns zu verantworten hat, oder die Bank von seiner Einflussnahme wusste bzw. fahrlässig nicht wusste (*actual oder constructive notice*).

Die erste Variante, dass die Bank für den Dritten, hier den Ehemann, verantwortlich war, ist einleuchtend, da ein Geschäftsherr stets für seine *agents* verantwortlich ist.⁹⁰ Unsicher ist jedoch, wann genau jemand agent der Bank ist. Mag das für solche Personen, die bewusst und gewollt eingesetzt und mit Aufgaben betreut wurden noch unproblematisch der Fall sein, so herrscht darüber hinaus wenig Einigkeit. Deshalb wurde die *agency theory* heftig kritisiert und schließlich vom *House of Lords*⁹¹ für Fälle wie der vorliegende weitgehend abgeschafft.⁹²

Bei tatsächlicher Kenntnis von der Einflussnahme des Ehemanns, *actual notice*, wäre die Bank nicht mehr schutzwürdig und die Ehefrau wäre demnach voll geschützt, indem die Bestellung unwirksam wäre.⁹³

Constructive notice greift ein, so *Lord Scott*, wenn die Bank von der Einflussnahme durch den Ehemann hätte wissen müssen.⁹⁴ Sobald Anhaltspunkte für eine möglicherweise bestehende Einflussnahme vorliegen, muss die Bank zusätzliche Schritte einleiten (*put on inquiry*).⁹⁵ Da die Bank, wie gesehen, auch schutzbedürftig ist, kann diese Pflicht zu weiteren Schritten nicht so weit gehen, dass sie eigene Nachforschungen anstellen muss. Vielmehr werden *reasonable steps* von ihr erwartet. Reasonable sind für die Bank solche Schritte, die erforderlich sind, um sicher zu gehen, dass die Ehefrau verstanden hat, auf was sie sich bei dem Vertrag einlässt.⁹⁶ Seit *Barclays Bank plc v O'Brien* steht fest, dass die Bank der Ehefrau das Risiko, das sie eingeht, nahe bringen muss, ihr also die anstehende Verpflichtung und ihre Wirkungen erläutern und vor allem ihr raten muss, unabhängigen Rat aufzusuchen, insbesondere ohne Anwesenheit des Ehemanns.⁹⁷ Nur so entgeht sie einer *constructive notice*, die zur Unwirksamkeit der Kreditsicherung führen könnte.

⁸⁹ *Barclays Bank plc v O'Brien* (1994) 1 A.C. 180 (187).

⁹⁰ Vgl. *Martens* (Fn. 39), S. 293, dort auch zum Folgenden.

⁹¹ *Barclays Bank plc v O'Brien* (1994) 1 A.C. 180 (194).

⁹² *Martens* (Fn. 39), S. 294 f. m. w. n.

⁹³ *Banco Exterior Internacional SA v Thomas* (1997) 1 W.L.R. 221 (229).

⁹⁴ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (838).

⁹⁵ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (838).

⁹⁶ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (838 f.).

⁹⁷ Vgl. *Barclays Bank plc v O'Brien* (1994) 1 A.C. 180 (196).

Der Fall *Royal Bank of Scotland v Etridge* ereignete sich bereits vor der *O'Brien*-Entscheidung, sodass die eben genannten Maßstäbe noch keine Anwendung fanden, sondern vielmehr die *reasonability* von den Umständen des Falls abhing.⁹⁸

c. Einschaltung eines Anwalts

Bei *Royal Bank of Scotland v Etridge* kam zur Beurteilung, ob die Bank gegebenenfalls constructive notice gehabt hätte, erschwerend hinzu, dass sie zwar grundsätzlich das Risiko einer Beeinflussung durch den Ehemann gesehen hat, aber auf die Anmerkung des Anwalts des Ehepaars, dass er beide aufgeklärt habe, vertraute. Aus der Sicht der Bank liegt ein Schreiben des Anwalts vor, dass die Ehefrau anwaltlich beraten wurde, sodass das Risiko der Beeinflussung in ihren Augen erheblich verringert wurde. Die Ehefrau entgegnet dem, dass sie nie beraten wurde. Doch dies steht der Annahme des Gerichts, die Bank habe damit reasonable steps erfüllt, nicht entgegen: Das Wissen um die anwaltliche Vertretung des Ehepaars und zusätzlich die Bescheinigung des Anwalts, dass er die Ehefrau beraten habe, sorgen dafür, dass die Bank schutzwürdig ist und es nicht reasonable wäre, in dieser Situation noch weitere Schritte zu unternehmen.⁹⁹ *Lord Scott* hat in seiner Urteilsbegründung auch ganz allgemein festgehalten, dass es reasonable für die Bank ist, auf pflichtgetreue Ausführungen der Aufgaben durch Anwälte zu vertrauen.¹⁰⁰

3. Zusammenfassung

Bei der Bürgschaft naher Angehöriger im deutschen Recht greift § 138 Abs. 1 BGB ein, sodass das Rechtsgeschäft gegebenenfalls nichtig ist. Ausgangspunkt ist hierbei eine finanzielle Überforderung, also ein auf den Inhalt des Vertrages bezogenes Kriterium. Überfordert sich ein naher Angehöriger in einer Bürgschaft finanziell, spricht eine Vermutung dafür, dass er dies nur aus emotionaler Verbundenheit tat und diese Verbundenheit vom Kreditgeber ausgenutzt wurde.¹⁰¹ Diese Vermutung wird durch Umstände, die in der Art und Weise der Vertragsanbahnung liegen, gestützt und kann dadurch widerlegt werden, dass das Kreditinstitut darlegt, der Bürge habe aus freiem Willensentschluss gehandelt.¹⁰² Diese Grundsätze sind nicht auf Realsicherheiten übertragbar.

Im englischen Recht kommt vorliegend *presumed undue influence* zur Anwendung: Kann zwar das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses, aber nicht das Ausnutzen

⁹⁸ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (843 f.).

⁹⁹ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (855).

¹⁰⁰ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (846).

¹⁰¹ Vgl. zusammenfassend auch: BGH, NJW 2005, S. 971 (972 f.).

¹⁰² Vgl. BGH, NJW 2009, S. 2671 (2672).

nachgewiesen werden, kommt der Ehefrau, wenn der Vertrag inhaltlich erklärungsbedürftig ist (nicht zwingend offensichtlich nachteilig), eine Beweiserleichterung in Form der widerlegbaren Vermutung der Einflussnahme zugute. Das beeinflussende Verhalten des Ehemanns, das zur Auflösung des Vertrages berechtigt, geht zu Lasten der Bank, solange sie *actual* oder *constructive notice* hatte. Seit *O'Brien* kann die Bank dem entgegen, indem sie die Ehefrau über die Risiken aufklärt, ihr alles erklärt und ihr empfiehlt, sich unabhängigen Rat einzuholen. Sie muss dies nicht selbst durchführen: Wenn ein Anwalt ihr versichert, die Frau aufgeklärt zu haben, darf sie sich darauf verlassen.

Die Klage der Ehefrau in *Royal Bank of Scotland plc v Etridge* wurde im englischen Recht abgewiesen, da die eingegangene Verpflichtung nicht so erklärungsbedürftig war, dass sie *undue influence* auslösen würde. Im deutschen Recht wäre der Fall am mangelnden krassen Missverhältnis gescheitert.

IV. Abschließender Vergleich

Während sich die Ausführungen in den vorangegangenen Abschnitten auf eine Darstellung des in der Einleitung aufgeworfenen Problems in der englischen bzw. deutschen Rechtsordnung begrenzt, wird nun der Versuch unternommen, die gefundenen Ergebnisse zu vergleichen und zu bewerten .

1. Vergleich der gefundenen Ergebnisse

Auch in diesem Bereich erfolgt die Annäherung vom Allgemeinen zum Speziellen. Im Grunde genommen müsste man nun beim Vergleich des englischen und des deutschen Rechtssystems beginnen. Dies würde jedoch zum einen den Rahmen dieser Arbeit sprengen und zum anderen ließe dies auch den Bezug zum Problem ein wenig vermissen.

2. Rechtsquellen der Rechtssysteme

Bezug zur Sittenwidrigkeit bei Kreditsicherungsverträgen besteht jedoch, wenn man die Rechtsquellen der Systeme betrachtet. Wie bereits dargestellt, stehen im englischen Recht *case law* und *Equity* nebeneinander. Zudem sind auch noch Statutes zu erwähnen, denen jedoch eine eher untergeordnete Rolle zukommt.¹⁰³ Im deutschen Recht hingegen stehen die Gesetze, also *statutes*, im Vordergrund, das *case law* ist weniger bedeutend. Fraglich ist, inwiefern das Prinzip der *Equity* im deutschen Rechtssystem einen Gegenpart findet. Begreift man *Equity* als Recht der Billigkeit und Moral,¹⁰⁴ so findet man diesen Einfluss auch im deutschen Rechtssystem: Vor allem Generalklauseln in den Gesetzen, insbesondere die

¹⁰³ Graf von Bernstorff (Fn. 12), S. 9.

¹⁰⁴ Vgl. Zweigert/Kötz (Fn. 31), S. 184.

Sittenwidrigkeit, geregelt in § 138 Abs. 1 BGB, gestehen dem Richter einen Ermessensspielraum zu, innerhalb dessen Billigkeit und Moral Berücksichtigung finden. Hierzu hat die Rechtsprechung Fallgruppen entwickelt,¹⁰⁵ um dem Erfordernis nach Rechtssicherheit gemäß Art. 20 Abs. 3 GG gerecht zu werden.¹⁰⁶ Hiermit ist der erste grundlegende Unterschied in Bezug auf die Basis der *undue influence* oder einer vergleichbaren Lehre in den Rechtsordnungen aufgezeigt: Undue influence konnte aus dem Bedürfnis nach Gerechtigkeit, das Aufgabe der equity ist, entwickelt werden. Im deutschen Recht sind den Richtern im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB festere Grenzen aufgezeigt.¹⁰⁷ Dieser Unterschied ist historisch bedingt und auf die ganz allgemeinen Grundsätze des *common law*-Systems bzw. *civil law*-Systems (Rolle des Richters, geschriebenes Gesetz, usw.) zurückzuführen.

a. Grund des Einschreitens der Gerichte bei dieser Fallkonstellation

Im englischen Recht ist hier zwischen *actual* und *presumed undue influence* zu unterscheiden. Wie gezeigt schreitet ein englisches Gericht bei *actual undue influence* allein aufgrund der beeinflussten Entscheidungsfreiheit der unterlegenen Partei im Rahmen der Vertragsanbahnung ein, ohne dass es auf den Inhalt der eingegangenen Verpflichtung ankommt. Bei der *presumed undue influence* wird bei Bestehen eines Vertrauensverhältnisses und einer erklärungsbedürftigen Verpflichtung eine Beeinflussung vermutet. Demnach wird zwar der Inhalt der Verpflichtung berücksichtigt, der eigentliche Grund des Einschreitens ist aber vielmehr prophylaktischer Art: Typisierte Personenkonstellationen scheinen prädestiniert dafür zu sein, dass, wenn sie zu einem erklärungsbedürftigen Vertragsschluss führen, in der Vertragsanbahnung unzulässig Einflussnahme vorlag.¹⁰⁸ Der Grund des Einschreitens ist also der Schutz einer Partei bei typisierten Personenverhältnissen vor Beschränkung ihrer Entscheidungsfreiheit. Im deutschen Recht hingegen wird im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB entscheidend auf die wirtschaftliche Überforderung, also den Inhalt der eingegangenen Verpflichtung abgestellt. Der vorliegend nicht einschlägige § 123 BGB stellt hingegen allein auf die Art und Weise des Zustandekommens des Vertrages ab, fordert hierfür aber bei der Täuschung Vorsatz und bei der Drohung das Bewusstsein des Täters über den ausgeübten Druck, sowie den Willen, die Erklärung des Beeinflussten zu erzwingen.¹⁰⁹ Verwirklicht der die

¹⁰⁵ Jauernig, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. 2011, § 138 Rn. 12 ff.

¹⁰⁶ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 51. Erg.-Lieferung 2007, Art. 20 III, Rn. 50 ff., insbesondere Rn. 62.

¹⁰⁷ Vor allem ist die Bindung an Recht und Gesetz zu berücksichtigen, Art. 20 III GG.

¹⁰⁸ So auch Schindler (Fn. 27), S. 187.

¹⁰⁹ Faust (Fn. 8), § 22 Rn. 18.

Entscheidungsfreiheit Beeinträchtigung jedoch kein solches subjektives Tatbestandsmerkmal, sondern beruht die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit auf der Situation, insbesondere dem Vertrauensverhältnis zum Dritten, und führt zu keiner finanziellen Überforderung, bietet das deutsche Recht keinen Schutz. Insbesondere kann § 138 Abs. 1 BGB nicht auf die Sittenwidrigkeit allein in der Vertragsanbahnung angewandt werden, weil dies systematisch nicht mit § 123 BGB vereinbar wäre: Die nicht vorsätzliche oder fahrlässige Beeinflussung wäre nicht ausreichend, um § 123 BGB zu erfüllen, aber im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB würde an sie, mit der Nichtigkeit des Vertrages, eine strengere Rechtsfolge geknüpft.¹¹⁰

Insofern besteht im deutschen Recht eine Lücke.¹¹¹ Die *undue influence* sorgt für besseren Schutz solcher Parteien, die aus dem Vertrauensverhältnis heraus eine Verpflichtung eingehen. Darauf, ob diese Lücke im deutschen Recht unter Heranziehung der im englischen Recht entwickelten Grundsätze zu schließen ist, wird unten Bezug genommen werden.

b. Zurechnung des Verhaltens des Dritten

Unter dem Hinweis, dass es ja schließlich zwei schutzwürdige Parteien in der vorliegenden Konstellation gebe, wurde im englischen Recht nach einem *balance point* zwischen diesen beiden bestehenden Schutzbedürfnissen gesucht. Dieser wurde in der *constructive notice* gefunden.¹¹² Denn bei *actual notice* der Einflussnahme ist die Bank in der vorliegenden Konstellation nicht schutzwürdig. Bei der *constructive notice* hat es die Bank selbst in der Hand: Wenn sie mit einer Einflussnahme rechnen musste und nichts dagegen unternommen hat (*reasonable steps*), ist ihr Schutzinteresse im Vergleich zu dem der Ehefrau geringer. Damit haben die Banken für die Zukunft einen guten Leitfadens, der dafür sorgen soll, dass die Banken ihr Schutzbedürfnis nicht verlieren und auf das Bestehen der Verpflichtung vertrauen können.

Im deutschen Recht wurde von der Rechtsprechung nicht ausdrücklich angesprochen, warum das Verhalten des Ehemanns zum Nachteil der Bank den Kreditsicherungsvertrag unwirksam macht. Ihr Schutzbedürfnis wird nicht erwähnt. Die Zurechnung erfolgt wohl aus der Mitwirkung der Bank.¹¹³ Inwiefern die Bank dem entgegen kann, wird ebenfalls nicht angesprochen. Der *BGH* sagt

¹¹⁰ BAG, NJW 2005, 3164 (3167).

¹¹¹ Lorenz, Sittenwidrigkeit und Vertragsanbahnung - „procedural unconscionability“ im deutschen Recht?, in: FS für Canaris, 2007, S. 777, 779, 782.

¹¹² Koffman/Macdonald (Fn. 24), Rn. 14.51.

¹¹³ Blaurock, Nahe Angehörige als Sicherheitgeber, ZEuP 1996, S. 314 (323).

vielmehr, dass die Bank keine Aufklärungspflicht treffe.¹¹⁴ Aus diesem Urteil des *BGH* schließt ein Teil der Lehre jedoch, dass die Bank über Haftungsrisiken aufklären muss. Denn wie sonst soll die Bank einer Sittenwidrigkeit in der Form, dass die Ehefrau die Risiken nicht kannte und nicht unabhängig beraten wurde, und der widerlegbaren Vermutung für eine Beeinflussung entgegenwirken?¹¹⁵

Es wäre erstrebenswert, dass auch in der Entscheidung im deutschen Recht die Grundlage der Zurechnung und die Möglichkeiten die Zurechnung zu verhindern, besser dargestellt werden würden. Die Annäherung des Problems aus Sicht der Schutzwürdigkeit und der Suche nach einem Ausgleich der Interessen, wie im englischen Recht, ist gelungen. Ist es für den *BGH* zu selbstverständlich und gedankenlogisch, um erwähnt zu werden? Jedenfalls wären unter dem Aspekt der Rechtssicherheit genauere Ausführungen wünschenswert.

c. Rechtsfolge

Der letzte zu vergleichende Aspekt ist die Rechtsfolge. Im englischen Recht ist die Folge der *undue influence* das Recht zur Auflösung des Vertrages (*rescission*). Dies ist gleichzusetzen mit dem deutschen Rechtsinstitut der Anfechtung.¹¹⁶ Grund für diese Rechtsfolge ist, dass selbst wenn die Ehefrau in der Vertragsanbahnung in ihrer Entscheidungsfreiheit beschränkt wurde (vor allem bei der *actual undue influence*), das nicht bedeuten muss, dass der Vertrag nicht für sie wünschenswert ist. In dieser Situation bietet die *rescission* die Möglichkeit, von ihrem Recht der Auflösung des Vertrages keinen Gebrauch zu machen. Im deutschen Recht folgt auf § 138 Abs. 1 BGB die Nichtigkeit. Die Ehefrau kann sich also nicht aussuchen, ob sie an den Vertrag gebunden sein will oder nicht. Dies folgt daraus, dass, wie oben bereits gezeigt, die Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB ja schon als solche die krasse finanzielle Überforderung voraussetzt, sodass die Ehefrau jedenfalls kein Interesse am Vertrag haben wird. Die Rechtsfolgen sind zwar unterschiedlich, dies ist aber dem unter 2. aufgeführten unterschiedlichen Grund für das Einschreiten des Gerichts geschuldet.

3. Möglichkeit *undue influence* in das deutsche Recht zu übertragen

Eine weitere Bewertung der beiden Lösungswege kann erfolgen, indem man bei einem von ihm Schwachstellen findet und diese versucht, anhand der Erkenntnisse des anderen Lösungswegs auszubessern. Das deutsche Recht bietet keinen Schutz, wenn die einflussnehmende Partei kein subjektives Tatbestandsmerkmal des § 123 BGB verwirklicht und sich die beeinflusste Partei nicht finanziell überfordert.

¹¹⁴ *BGH*, NJW 1994, 1278 (1281).

¹¹⁵ *Blaurock* (Fn. 113), S. 314 (323).

¹¹⁶ *Martens* (Fn. 39), S. 270.

Fraglich ist, ob diese Lücke durch Heranziehung der Grundsätze der *undue influence* geschlossen werden kann bzw. muss.

a. Culpa in contrahendo

Teilweise wird angenommen, *undue influence* knüpfe an die Vertragsanbahnung an und man könne deshalb ihre Grundsätze im deutschen Recht im Rahmen der culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) berücksichtigen.¹¹⁷ Voraussetzung für die culpa in contrahendo ist die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht. Die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit durch eine einschüchternde Atmosphäre wurde vom Bundesarbeitsgericht nicht als sittenwidrig eingestuft, sondern es verstoße allenfalls gegen ein „Gebot fairen Verhandeln“.¹¹⁸ Fraglich ist, ob ein solches Gebot von der culpa in contrahendo erfasst ist. Spätestens seit der Schuldrechtsreform (und der Einfügung des „Interesses“ in § 311 Abs. 2 BGB) geht die Lehre davon aus, dass die Entscheidungsfreiheit auch im Zeitraum der Vertragsanbahnung geschützt wird und ein Verstoß hiergegen im Wege der Naturalrestitution gemäß § 249 BGB einen Anspruch auf Vertragsaufhebung gewährt.¹¹⁹

Diesem Ansatz zufolge könnte bei einem Verstoß gegen das faire Verhandeln in Form der Beeinträchtigung der freien Entschließungsfreiheit die beeinträchtigte Partei gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 BGB im Wege der Naturalrestitution einen Anspruch auf Vertragsaufhebung haben. In diesem Rahmen könnten dann die im englischen Fallrecht entwickelten Grundsätze der *undue influence* auf das deutsche Recht übertragen werden.

Wie gezeigt, geht dieser Ansatz davon aus, dass *undue influence* an der Vertragsanbahnung ansetzt. Dem ist zu widersprechen: Bei der Bürgschaft naher Angehöriger, also bei *presumed undue influence*, knüpft die Haftung nicht an eine Einflussnahme des Ehegatten und der mangelnden Eigenverantwortlichkeit der Ehefrau an, sondern bereits prophylaktisch an der Gefahr dieser Einflussnahme. Liegt eines der typisierten Vertrauensverhältnisse vor, schützt *undue influence* vor dieser Gefahr und nicht vor der tatsächlichen Einflussnahme bei der Vertragsanbahnung. Schon dieser Anknüpfungspunkt ist zu kritisieren.

Weiter ist zwar zuzustimmen, dass seit der Einführung des „Interesses“ in § 311 Abs. 2 BGB die Entscheidungsfreiheit von der culpa in contrahendo geschützt wird, doch ist fraglich, ob dies losgelöst von einem Vermögensschaden der Fall ist.

¹¹⁷ Vgl. Lorenz (Fn. 111), S. 777.

¹¹⁸ BAG, NJW 2005, 3164 (3167): Hier ging es um ein Arbeitsverhältnis. Dieses wird auch von *undue influence* erfasst: *Credit Lyonnais Bank Nederland NV v Burch* (1997) 29 H.L.R. 513 (514 ff.).

¹¹⁹ Lorenz (Fn. 111), S. 786 f. m.w.N.

Bei *undue influence* ist der Eintritt eines Vermögensschadens nicht Voraussetzung. *Culpa in contrahendo* ist hingegen ein Rechtsinstitut der schadensrechtlichen Rückabwicklung und zielt somit auf den Vermögensschutz ab.¹²⁰ Fraglich ist, ob durch die Neueinfügung des „Interesses“ ein Vermögensschaden nicht mehr erforderlich ist. Zum einen sah der Gesetzgeber im Vorfeld der Neueinfügung keinen Reformbedarf und zum anderen kann durch die Einfügung nicht automatisch die bisherige Argumentation des *BGH*, dass ein Vermögensschaden erforderlich ist, unbeachtet bleiben.¹²¹ Zudem sollte durch die Einfügung hauptsächlich festgehalten werden, dass *culpa in contrahendo* nicht auf die absoluten Rechte des § 823 Abs. 1 beschränkt ist, sondern auch das Vermögen schützt.¹²² Zwar wird vom Gesetzgeber hier auch die Entscheidungsfreiheit aufgeführt, doch ist dies im Widerspruch zur eigentlichen Ansicht des Gesetzgebers, dass die *culpa in contrahendo* keine „erkennbare und reformbedürftige Mängel“¹²³ habe und somit keine weitreichende Neuregelung durch die Einfügung eines weiten Begriffes des Interesses beabsichtigt sein kann. Vielmehr ist der Begriff einschränkend auszulegen.¹²⁴ Der bisherigen Rechtsprechung, die einen Vermögensschaden fordert, ist also trotz Einfügung des „Interesses“ zu folgen: *Culpa in contrahendo* dient in erster Linie dem Schutz des Vermögens, sodass ein Vermögensschaden Grundvoraussetzung für eine Haftung bei Vertragsanbahnungen ist.¹²⁵ Die bloße Entscheidungsfreiheit wird nicht geschützt. Insofern können die Grundsätze der *undue influence* nicht im Rahmen der *culpa in contrahendo* Einfluss auf das deutsche Recht entwickeln.

b. Bedarf es überhaupt des weitergehenden Schutzes des Bürgen?

Dennoch gibt es im deutschen Recht eine Lücke. Wie kann man dem Bürgen diesen Schutz, den er im englischen Recht durch die *undue influence* erfährt, gewähren?

Wie gezeigt, setzt *undue influence* an typisierte Vertrauensverhältnisse an. Diese emotionale Zwangslage könnte man einer Überrumpelung gleich setzen, bei der man auch das Gefühl hat, sich nicht anders entscheiden zu können. Insofern könnte man, in vergleichbarer Art wie § 312 Abs. 1 S. 1 BGB, an diese bestimmten Vertrauensverhältnisse anknüpfend, den Beeinflussten vertragstypbezogenen Widerrufsrechte zugestehen.

¹²⁰ *BGH*, NJW 1998, 302 (303 f.).

¹²¹ *Schindler* (Fn. 27), S. 191 m.w.N.

¹²² BT-Drucks. 14/6040, S. 163.

¹²³ BT-Drucks. 14/6040, S. 161.

¹²⁴ *Schindler* (Fn. 27), S. 191; *Mankowski*, Beseitigungsrecht - Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute, 2003 S. 198 f.

¹²⁵ *Schindler* (Fn. 27), S. 192 m.w.N.

Doch selbst wenn man einen Weg finden würde, im deutschen Recht den unzulässig Beeinflussten wie im englischen Recht zu schützen, bliebe immer noch die Frage offen, ob dies mit der Schutzbedürftigkeit der Bank in Einklang zu bringen ist. Denn die Einflussnahme auf den Bürgen ist nicht so ausgeprägt, dass sie in den Tatbestand des § 123 BGB oder § 138 BGB fällt. Der Wertung unserer geltenden Normen entsprechend, ist das Schutzbedürfnis des Beeinflussten also nicht groß genug, um Schutz zu erfahren. Insofern trifft unsere Rechtsordnung im Ausgleich der aufeinandertreffenden Schutzinteressen der Bank und des Bürgen keine eindeutige Entscheidung für den Schutz des Bürgen. Fraglich ist, ob somit überhaupt eine Lücke vorliegt, oder ob dies genau so gewollt ist.

Die Voraussetzung der finanziellen Überforderung mag zwar das Gefühl vermitteln, dass Mittellose dadurch mehr geschützt werden und diejenigen, die die nötigen Mittel haben, in ihrer Entscheidungsfreiheit geringer geschützt werden. Jedoch ist dies zum einen daraus zu erklären, dass bei Bürgen, die sich nicht finanziell überfordern, sondern über die nötigen Mittel verfügen, um den Vertrag zu erfüllen, die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichem Interesse und emotionalen Beweggründen schwerer fällt. Denn wenn die finanziellen Mittel gegeben sind, kann es auch durchaus sein, dass man sich bewusst wirtschaftlich dafür entschieden hat, den nahen Angehörigen zu unterstützen. Die vom *BGH* aufgestellte Vermutung für ein Handeln aus emotionaler Zwangslage heraus würde sich hier also nicht so leicht begründen lassen.

Zum anderen schützt die Privatautonomie in erster Linie die Freiheit zum Abschluss jeder Vertragsart. Man kann also finanziell nachteilige Verträge schließen und ist dafür selbst verantwortlich. Es ist nicht die Aufgabe des Gerichts schon hier einzugreifen. Nach dem *BVerfG* soll erst bei einem strukturellen Ungleichgewicht in der Vertragsanbahnung eingegriffen werden. Also wenn die Entscheidungsfreiheit durch Ungleichheit in den Verhandlungsstärken beschränkt wird. Verhandlungsstärken sind äußerst selten gleich. Wann sind sie also so ungleich, dass die Entscheidungsfreiheit einer Partei beschränkt wird? Wie groß die Stärke einer Partei, bzw. die Schwäche der anderen war, sieht man am Ausgang der Vertragsverhandlungen, also dem Inhalt der eingegangenen Verpflichtung. Die Verhandlungsstärke einer Partei war sehr schwach, wenn sie eine sehr nachteilige Verpflichtung, also z.B. eine krasse finanzielle Überforderung eingeht. Ist jedoch keine derartige Überforderung vorhanden, mag zwar die Verhandlungsstärke dieser Partei der Verhandlungsstärke der anderen unterlegen sein, doch das kommt tagtäglich vor. Um den Grundsatz *pacta sunt servanda* nicht erheblich einzuschränken, soll ein Gericht also nur dann eingreifen, wenn tatsächliche Anzeichen (finanzielle Überforderung) dafür vorliegen, dass eine Partei dermaßen

in ihrer Verhandlungsstärke unterlegen war, dass in ihre Entscheidungsfreiheit eingegriffen wurde.

Insofern bin ich der Meinung, dass im deutschen Recht keine Lücke besteht, sondern der fehlende Schutz aus dem Grundsatz der Privatautonomie erklärbar ist.

c. Pflichten für die Bank

In den Erwägungen deutscher Gericht wurde die Bank als beteiligte Partei meistens nicht weiter berücksichtigt. Insofern sollten die im englischen Recht entwickelten Grundsätze im deutschen Recht berücksichtigt werden.

Anstatt weiter nach einer Norm zu suchen, die sich eindeutig für den Schutz des Bürgen ausspricht, könnte man sich stattdessen dem „Problem“ auch aus einer anderen Richtung nähern, indem man den *balancing point* der *constructive notice* aus dem englischen Recht zu Hilfe zieht. So könnte der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der Vorschriften für Verbraucherdarlehensverträge (§§ 491 ff. BGB) tätig werden und diese auch auf Kreditsicherungsverträge bei typisierten Vertrauensverhältnissen für anwendbar erklären. Ein Teil der *reasonable steps* der *undue influence* ist hier bereits zu finden: Gemäß § 491a Abs. 3 BGB muss der Darlehensgeber den Darlehensnehmer so aufklären, dass er den Darlehensvertrag versteht und beurteilen kann. Um weiter die Gefahr des Abschlusses eines Kreditsicherungsvertrages mit beschränkter Entscheidungsfreiheit zu verkleinern, könnte der Bank eine weitere Pflicht der *reasonable steps* auferlegt werden: In der Konstellation der Bürgschaft naher Angehöriger oder sonstiger im Vertrauensverhältnis zueinander Stehender soll die Bank dem Darlehensnehmer zur unabhängigen anwaltlichen Beratung raten.

Erfüllt die Bank diese Pflichten, überwiegt ihr Schutzinteresse gegenüber dem des vollaufgeklärten, unabhängig beratenen Darlehensnehmers, solange dieser sich nicht aufgrund vorsätzlicher oder fahrlässiger Beeinflussung auf § 123 BGB berufen kann. Auf § 138 BGB könnte er sich bei Pflichterfüllung der Bank nicht berufen, weil durch die Aufklärung und Beratung jedenfalls die Vermutung für den Abschluss des Kreditsicherungsvertrages ausschließlich aufgrund der emotionalen Zwangslage widerlegt wäre.

4. Fazit

Wie gesehen, unterscheiden sich das englische und das deutsche Recht bei der Regelung der unzulässigen Einflussnahme schon in der Herleitung des Prinzips: Während *Equity* im englischen Recht eine Rechtsordnung neben dem eigentlichen *case law* darstellt und *undue influence* darunter fällt, es aber keine allgemeine Sittenwidrigkeitslehre gibt, kommt im deutschen Recht die in § 138 BGB geregelte

Sittenwidrigkeit als Generalklausel mit herausgearbeiteten Fallgruppen am nächsten. Um auf die in der Überschrift aufgeworfene Frage zurückzukommen, kann man also sagen, dass *undue influence* im englischen Recht eine Untergruppe der durch Sitten, Fairness und Gleichheit geprägten *Equity* Rechtsprechung ist, es jedoch keine Sittenwidrigkeitslehre gibt. Im deutschen Recht werden entsprechende Fälle hauptsächlich im Rahmen der Sittenwidrigkeit aufgegriffen. Jedoch kann man auch hier nicht pauschal sagen, dass die *undue influence* eine Fallgruppe des § 138 Abs. 1 BGB wäre: § 138 BGB greift nämlich nur ein, wenn ein Kreditsicherungsvertrag inhaltlich sittenwidrig ist. Die *undue influence* bietet also, wie gezeigt, weitreichenden Schutz und wurde im Fallrecht so ausgiebig besprochen, dass auch die Zurechnung des Verhaltens des Dritten zur Bank und mögliche Schritte der Bank, diese Zurechnung zu verhindern, dargestellt sind. Im deutschen Recht sind die Ausführungen der Gerichte zum Grund der Zurechnung und zu möglichen Gegenschritten der Bank eher dürftig.

Zusammenfassend scheint hier die Lösung des englischen Rechtssystems also vorzugswürdig. Die vermeintliche Lücke im deutschen Recht ist aus dem Grundsatz der Privatautonomie erklärbar, sodass man nicht nach einer Erweiterung des Schutzes des Sicherungsgebers suchen muss, sondern sich der Gefahr der beschränkten Entschließungsfreiheit von der anderen Seite nähern sollte: Man sollte dem Sicherungsgeber weitere Pflichten, angelehnt an die *reasonable steps* der *undue influence*-Lehre, auferlegen. Das dient vor allem dem eigenen Interesse des Sicherungsnehmers, da er bei Erfüllung dieser Pflichten auf das Bestehen des Sicherungsvertrages vertrauen kann.

Die Rechtsvergleichung des deutschen und englischen Rechts hat im vorliegenden Fall also zu der Erkenntnis geführt, dass der Schutz in der englischen Lösung des aufgeworfenen gesellschaftlichen Problems weiter reicht als der in der deutschen. Auch wenn das englische Recht aus einer völlig anderen Rechtstradition kommt und daraus entwickelte Grundsätze hat, die man so im deutschen Recht nicht kennt, kann man sich trotzdem an diesen Grundsätzen orientieren und sie als Modell für mögliche Verbesserung im deutschen Recht heranziehen.