

Ulrich Drobniġ, H. Irene Sagel-Grande, Henk J. Snijders (eds.), Neuere Entwicklungen im Recht der persönlichen Kreditsicherheiten in Deutschland und in den Niederlanden, Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2003, 114 blz.

Het boek is een bundeling van de voordrachten gehouden op een symposium over de persoonlijke kredietzekerheden volgens Duits en Nederlands recht, dat in 2001 in Leiden plaatsvond. Het symposium had ten doel om het recht van de persoonlijke kredietzekerheden in Duitsland en Nederland te analyseren en tot een oplossing bij te dragen van daaruit voortvloeiende problemen op juridisch en maatschappelijke gebied. Het boek is een vervolg van een reeds eerder verschenen bundeling van bijdragen aan een symposium uit 1999. Dit symposium had als thema de zakelijke kredietzekerheden op roerende goederen en nieuwe ontwikkelingen in het faillissementrecht in Duitsland en Nederland (U.Drobniġ/H.I.Sagel-Grande, H.J. Snijders, Neue Entwicklungen im deutsche und niederländischen Insolvenzrecht sowie Kreditsicherheiten an Mobilien, Rozenberg-Publishers, Amsterdam, 2001). Terwijl in de eerste bundel ter sprake kwamen: het eigendomsvoorbehoud, de fiduciaire overdracht, hun conversie naar het andere recht en hun werking in het faillissement, behandelt dit nieuwe werk voornamelijk de borgtocht. Voorafgegaan door een inleiding van professor dr. H. J. Snijders bevat deze bundel vijf Duitse en drie Nederlandse bijdragen. De bijdragen zijn overwegend in het Duits geschreven, met uitzonderingen van twee in het Engels.

In zijn bijdrage geeft professor Dr. Ulrich Drobniġ een inleidend overzicht over de recente Duitse jurisprudentie van de Bundesgerichtshof over de borgtocht. Daarbij merkt hij op dat de ontwikkeling in de Duitse jurisprudentie en de praktijk van de banken ertoe hebben geleid dat het Duits recht en de realiteit vandaag een volledig ander beeld geven dan ruim 100 jaar geleden, toen het Duits recht van borgtocht in de §§ 765-777 van de Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) werd geïntroduceerd. Kenmerkend in deze ontwikkeling zijn naar mening van Drobniġ twee tegenstrijdige tendensen. De ene tendens is de ontwikkeling van alternatieve persoonlijke zekerheden, zoals de abstracte garantie. Een andere tendens is de uitbreiding van de bescherming van de borg, in het bijzonder indien het gaat om naaste familieleden van de schuldenaar. Drobniġ geeft een kort verslag van de toenemende bescherming van de (consumenten-) borg door de Duitse rechtspraak en literatuur tegen financiële overvraging en misbruik van zakelijke onervarenheid. Aansluitend behandelt Drobniġ de alternatieve, wettelijk niet geregelde rechtsfiguur der garantie. De bijdrage is kenbaar bedacht op verstaanbaarheid zonder uitgebreide kennis van het Duitse recht. De geciteerde wetsartikelen worden inhoudelijk weergegeven en de onoverzichtelijke casuïstiek van de bescherming van de borg is in kort bestek uit elkaar gezet. Drobniġ maakt afsluitend ook enkele kritische kanttekeningen over de ontwikkeling van het recht door de rechtspraak in tegenstelling tot de daarvoor aangewezen wetgever. Een zodanige ontwikkeling wordt naar zijn mening met de slachtoffers van foute beslissingen duur betaald, maar leidt mogelijk tot een beter recht dan de wetgever ooit zou kunnen scheppen. Aangezien de fundamentele uitspraak van het Bundesverfassungsgericht omtrent de bescherming van de borg echter reeds van oktober 1993 dateert en de Duitse wetgever onlangs een omvattende wijziging van het Duitse verbintenissenrecht heeft doorgevoerd, heeft de wetgever mijn inziens echter voldoende gelegenheid tot herzieningen gehad. Een uitleg voor de passiviteit van de wetgever geeft Drobniġ niet.

De bijdrage van Hans-Peter Benckendorff, M.A. blijkt op de implementatie van de Duitse rechtspraak in de praktijk van de banken. Benckendorff geeft een korte schets van de in de praktijk gebruikelijke contractsclausules en de bijzondere aandachtspunten. De gestandaardiseerde borgtochten hebben de ontwikkeling van de Duitse rechtspraak door middel van aanpassingen stap voor stap opgevolgd. Zo werd bijvoorbeeld het onderwerp van de borgtocht, d.w.z. de verzekerde vordering, ingeperkt tot een overzienbare mate van aansprakelijkheid. Tevens werd de financiële situatie van de borg nauwkeuriger getoetst en gedocumenteerd. Hetzelfde geldt voor de actuele zekerheidsbehoefte van de

schuldeiser. De borg zal niet meer lasten op zich moeten nemen dan noodzakelijk en aanvaardbaar. De bijdrage is nogal onoverzichtelijk. De auteur komt kennelijk uit de praktijk; Benckendorff is bedrijfsjurist bij de Deutsche Bank AG. Weliswaar is het niet mogelijk om alle wijzigingen van formulieren en maatregelen in detail te bespreken. Niettemin zou het zo nu en dan voor de algemene begrijpelijkheid van de bijdrage wenselijk zijn geweest om uitvoeriger op de verschillende producten in te gaan, welke door banken tot het stellen van zekerheid worden gebruikt en die meer of minder aan de rechtspraak beantwoorden. Enkele onduidelijkheden worden door de drie voorbeelden aan het slot opgelost. Al met al laat de tweede bijdrage in dit boekje bij de lezer echter dezelfde indruk van zakelijke onervarenheid achter dat een familielid, die zich borg stelt, volgens de Duitse rechtspraak voor bescherming in aanmerking laat komen.

Mr. dr. Irene Sagel-Grande is verantwoordelijk voor twee bijdragen in deze bundel. In haar eerste bijdrage behandelt zij de onderlinge relaties van de verschillende gevers van zakelijke en persoonlijke zekerheden volgens Duits recht. De Duitse BGB voorziet slechts in regelingen voor de onderlinge compensatie tussen gevers van gelijksoortige zekerheden, bijvoorbeeld twee borgen. Problemen ontstaan echter indien een borg en een hypotheekgever voor dezelfde vordering zekerheid stellen. Sagel-Grande geeft een overzicht van de Duitse jurisprudentie en literatuur omtrent deze problemen. Centraal staat daarbij de vraag of de borg vergeleken met gevers van zakelijke zekerheden een privilegering verdient, omdat hij niet met een bepaalde zaak maar met zijn gehele (ook toekomstige) vermogen voor de schulden van een ander instaat. Het betoog van de bijzondere beknelling van de borg leidt Sagel-Grande tot een wat uitvoerige historische beschouwing over het recht van borgtocht sinds 2.000 vóór Christus, toen de borg nog met zijn persoon en zijn familie voor de vordering moest instaan. Deze zonder meer interessante uitweiding verdraagt zich helaas moeilijk met de betiteling en de context van haar bijdrage. Sagel-Grande toont vervolgens verschillende aanknopingspunten voor de bijzondere bescherming van de borg door de huidige BGB en de jurisprudentie, waarbij haar betoog en de bijdrage van Drobnič elkaar echter gedeeltelijk overlappen. Hoewel de dogmatische afleiding van haar standpunt niet altijd even duidelijk is, zoals bijvoorbeeld haar poging om verdere aanknopingspunten in de Duitse grondwet te zoeken, is haar pleidooi voor een bescherming van de zwakke borg niettemin geëngageerd. Ondanks de titel van haar bijdrage (“volgens Duits recht”) gaat Sagel-Grande tevens verkort in op het Nederlands recht van borgtocht en geeft enkele voorbeelden ter illustratie van Art. 6:151 lid 2 BW, waaruit geen privilegering van de borg blijkt. De bijdrage van Sagel-Grande strekt niet altijd met het vooropgestelde onderwerp en mist soms de rode draad. De geciteerde wetsartikelen zijn over het algemeen weergegeven, ofschoon niet altijd, evenals de vertalingen van Romeinse rechtsregels.

Annette Schmedt van het Berlijnse project “Initiative für bürgerschaftsgeschädigte Frauen” (IBF) vraagt om aandacht voor het feit dat de borg vaak vrouwelijk is. Nog in de 18^{de} eeuw was het voor vrouwen verboden om geldleningen of borgtochten af te sluiten. Sinds de inwerkingtreding van de BGB kunnen ook vrouwen deelnemen in het economische leven door leningen af te sluiten en zekerheden te stellen. Via hun algemene voorwaarden eisen banken en kredietgevers zelfs regelmatig dat de echtgenoten en partners “meeondertekenen”, om in het geval van wanbetaling vermogensverschuivingen te voorkomen. Het IBF voorziet in advies aan vrouwen die door de overname van een te hoge schuldenlast in een conflictsituatie verzeild raken. Het IBF kan vrouwen bijvoorbeeld na een echtscheiding helpen, om zich ook van hun contractuele verplichtingen jegens de bank te ontdoen, en tegelijkertijd psychische ondersteuning verlenen. Schmedt belicht de praktijk van kredietgevers en jurisprudentie vanuit het perspectief van de borg en laat terecht ook het persoonlijke leed niet onopgemerkt dat door zakelijke onervarenheid, afhankelijkheid en de verstrengeling van persoonlijke en economische beslissingen wordt veroorzaakt. Een crisissituatie dat niet uitsluitend, maar wel vaak vrouwen betreft, en dat even veel aandacht verdient als het beginsel van *pacta sunt servanda*.

In haar tweede bijdrage sluit Mr. dr. Irene Sagel-Grande aan op de door Schmedt beschreven problematiek van de vrouwelijke borg en de inzet van het IBF. Zij gaat in op een door de IBF gevoerde enquête onder de door hen geadviseerde vrouwen, waarin de motieven en omstandigheden voor het aangaan van de borgtocht, alsmede de actuele persoonlijke situatie van de vrouwen zijn onderzocht. Verder behandelt zij enkele wetswijzigingen die op een conferentie in April 2000 in Berlijn met het thema "Schulden voor andere – een vrouwenspecifiek probleem?" werden voorgesteld. De wijzigingen doelen met name op de in de praktijk gebruikelijke uitsluitingen van verweren van de borg jegens de schuldeiser. Tevens wordt gepleit om voor een geldige borgtocht het vereiste van het financiële prestatievermogen van de borg te introduceren. De banken zouden dan bij een borgtocht het vermogen en inkomen van de borg moeten toetsen. Sagel-Grande betwijfelt dat de voorgestelde wetswijzigingen een oplossing brengen voor vrouwen, omdat de problematiek van de vrouwelijke borg volgens haar zijn grondslag in het persoonlijke relatiegedrag en een onvolledige emancipatie van vrouwen heeft. Als garant tegen onrechtvaardigheden ziet Sagel-Grande de rechter en niet de wetgever. Zij wijst er terecht op dat de problematiek van de vrouwelijke borg een maatschappelijk probleem is en niet alleen door informatieplichten van banken kan worden opgelost, maar tevens de bevordering van de (economische) emancipatie van vrouwen door toelichting en public relations in de maatschappij vereist. De vaststelling van Sagel-Grande, dat vrouwen zich de verantwoording, die de wetgever hen met inwerkingtreden van de BGB heeft opgelegd, naar uit de ervaring blijkt, (nog steeds) niet realiseren en financiële kwesties aan hun mannen overlaten, is mijn inziens echter geen vrouwenspecifiek probleem. Het fenomeen kan zonder meer worden teruggebracht tot een meer basale vraag: dient de wetgever de borg ongeacht diens persoonlijke beweegredenen aan zijn verklaring te houden of moet hij, gelet op het bijzonder hoge risico van de borgtocht, de borg tegen zichzelf beschermen indien deze onervaren, onvermogen en/of onverstandig is? Het is het uitgangspunt van de BGB de burger aan zijn vrije wil te houden; het recht beschermt niet of nauwelijks tegen domheid of onervarenheid. Dit sluit echter een bescherming tegen zichzelf niet uit indien het om bijzonder kostbare transacties gaat. Het lijkt mij wel een terugkeer naar het wettelijke verbodregime vanuit de tijd vóór de inwerkingtreding van de BGB om een vrouwenspecifieke bescherming door de wet te vorderen.

Professor dr. H.J. Snijders behandelt in zijn bijdrage summier het Nederlandse recht van borgtocht in art. 7:850 e.v. BW. Hij besteedt aandacht aan de beschermende regeling voor borgtochten, aangegaan buiten beroep of bedrijf, ten behoeve van de borg (art. 7:857 BW) alsmede zijn echtgenoot (art. 1:88 BW). Snijders vergelijkt overeenkomstige ontwikkelingen in Duitsland, Frankrijk, België en het Europees privaatrecht. Hij pleit voor een verdere bescherming door de wetgever in plaats van een verdere ontwikkeling door de rechtspraak. De Duitse rechtspraak omtrent de nietigheid van borgtochten doet de rechtszekerheid volgens Snijders echter geen afbreuk, omdat het hierbij om afzonderlijke gevallen gaat. Vervolgens behandelt Snijders de hoofdelijke verbondenheid van borg en hoofdschuldenaar in het oude en nieuwe BW, en de betekenis van contractuele clausules die nog aan de oude regeling beantwoorden. Verder wijst hij erop dat de subsidiariteit in het nieuwe Nederlandse recht van borgtocht minder sterk staat, dan in het Duits recht. Ten behoeve van de niet-Nederlandse lezer zijn de wetsartikelen summier samengevat. Voor de Duitse lezer is de rechtspraak van de Hoge Raad van bijzonder belang m.b.t. de vernietiging van borgtochten wegens dwaling omtrent de financiële situatie van de hoofdschuldenaar en de mededelingsplichten van de bank hierover jegens de borg. Naar Duits recht is voor een beroep op dwaling vereist dat er sprake is van bedrog of samenspanning van de bank en de hoofdschuldenaar. Terecht constateert Snijders dat het recht van borgtochten van ondernemers en van consumenten in Nederland en andere landen onder de invloed van het algemeen verbintenissenrecht een uiteenlopende ontwikkeling heeft genomen.

Mr. Kleis Broekhuizen behandelt evenals de bijdrage van Snijders het Nederlands recht van borgtocht, hetgeen overlappingen met zich meebrengt. Broekhuizen gaat wat

uitgebreider in op de in de praktijk vaak voorkomende bankgarantie en beschrijft de verschillen tussen een borgtocht en een garantie. Broekhuizens bijdrage is één van de twee Engels geschreven bijdragen in dit boek. De tekst van de wetsartikelen is echter niet aangegeven. Inhoudelijk is de bijdrage nogal descriptief en besteedt minder aandacht aan rechtsvergelijkende aspecten, aan de verdere ontwikkeling van het recht van borgtocht of een inschatting van de invloed, die de opkomst van de garantie op de bescherming van de borg kan hebben.

De tweede Engels geschreven bijdrage stamt van professor dr. Maurice V. Polak en boeit de lezer met een klassieke kapstok: *The Merchant of Venice* van Shakespeare. De transacties tussen Shylock, Antonio en Bassanio behoeven weliswaar een aantal aanpassingen om een borgtocht op te leveren. Door de drie partijen echter in drie verschillende landen te plaatsen (Italië, Duitsland en Nederland) lukt het Polak met deze herziene versie van Shakespeare een geslaagde en gemakkelijke demonstratie van de problemen van het internationaal privaatrecht bij grensoverschrijdende leningen en borgtochten te geven, hetgeen in een rechtsvergelijkend onderzoek mijn inziens niet mag ontbreken. Polak werkt het toepasselijke recht voor iedere rechtsverhouding in de driehoek schuldeiser – hoofdelijke schuldenaar – borg uit. Hij onderzoekt daarbij onder meer de vraag of de dwingende bepalingen ter bescherming van de borg ook van dwingend recht in de zin van art. 7 EEG-Verbintenissenverdrag behoren te zijn en dientengevolge niet kunnen worden ontdoken door een rechtskeuze.

Rechtsanwältin & advocaat Dr. mr. A.U. Schimansky,
Duits-Nederlandse rechtspraktijk
www.schimansky.nl