



DIE BÜRGSCHAFT UND DER PRIVATE BÜRGSCHAFTSVERTRAG

Semra Aydoğdu

Aksaray University, Turkey

Die Bürgschaft ist ein Schuldvertrag, in dem sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, für die Verbindlichkeit des Dritten einzustehen, § 765 I BGB. In Folge dieser Bürgschaft existiert ein vertraglich begründetes Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen, wobei auf die Sicherung einer Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner erzielt wird. Damit besteht eine Rechtsbeziehung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner. Der Bürgschaftsvertrag wird zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen abgeschlossen, wobei der Gläubiger der gesicherten Forderung und der Bürgschaftsgläubiger identisch, aber der Hauptschuldner und der Bürge nicht identisch sein müssen. Neben der Geschäftsgrundlage sind auch die Fälle wie Bedingungen, Befristung, Beendigung des Bürgschaftsvertrags für den Bürgschaftsvertrag relevant. Ausserdem müssen Wechsel und Wegfall eines Beteiligten und Rechten und Pflichten der Beteiligten für diesen Vertrag berücksichtigt werden. Die Bürgschaftsarten unterscheidet sich voneinander.

Schlüsselwörter: Die Bürgschaft, der Bürgschaftsvertrag, der Gläubiger, der Hauptschuldner und die Forderung.

The contract of suretyship is a debt contract, in which the surety himself by virtue of § 765 I BGB (German Civil Code) under a duty to the creditors of a third party puts so that the surety is responsible for discharging of third party's obligation. In consequence of this suretyship, there is a contractually vested legal relationship between the creditor and the surety, which is achieved in securing a creditor's claim against the principal obligor. Thus, there is a legal relationship between the surety and the principal obligor. The contract of the suretyship is concluded between the creditor and the surety, as the creditor of the secured debt and the creditor of the surety are identical, but the principal obligor and the surety need not be identical. In addition to the basis of the contract of the suretyship, conditions, limitations, and cessation are significant points for the contract of suretyship. Furthermore, changes and elimination of one of the parties and the rights and obligations of the parties should be considered for this kind of contract. The suretyship differs in the particular manifestations.

Keywords: The surety, The suretyship, The creditors, The principal obligor and the debt.

1. Einleitung

Heutzutage gehen im geschäftlichen Rechtsverkehr viele Menschen Bürgschaften ein, obwohl Sie nicht genau wissen, was überhaupt eine Bürgschaft ist und welche rechtlichen Nachfolgen eine Bürgschaft mit sich bringt.

Für viele ist es ein Versprechen sich an die Bürgschaft zu halten und für andere einfach eine Zusage ohne Kenntnis der rechtlichen Konsequenzen. Für diejenigen, die eine Bürgschaft eingehen und auch wissen was die Bürgschaft ist, ist es vor allem wichtig, dass der Schuldner die geforderte Zahlung leistet, damit sie nicht selber in Anspruch genommen werden.

Der nachfolgende Aufsatz soll eine Darstellung für diejenigen bieten, die eine privatrechtliche Bürgschaft eingehen und die rechtlichen Folgen nicht kennen.

2. Erläuterung des Begriffs "Bürgschaftsvertrag" und seiner Rechtsnatur

Die Bürgschaft ist ein Schuldvertrag, in dem sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, für die Verbindlichkeit des Dritten einzustehen, § 765 I BGB¹. Vertragspartner sind also der Bürge und der Gläubiger, nicht jedoch der Dritte². Der Gläubiger dieser Hauptforderung und der Bürgschaftsgläubiger müssen ein und dieselbe Person sein, d.h. es muss eine Gläubigeridentität³ vorliegen. In Folge dieser Bürgschaft existiert ein vertraglich begründetes Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen⁴, wobei auf die Sicherung einer Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner erzielt wird. Damit besteht eine Rechtsbeziehung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner.

Ein dingliches Vorzugsrecht gewährt jedoch die Realsicherheit⁵. Bei einer Realsicherheit wird der Kredit so gesichert, dass dem Kreditgeber ein Recht an einem Vermögensgegenstand des Kreditnehmers gewährt wird, wobei der Kreditgeber Befriedigung aus dem Vermögensgegenstand verlangen kann. Hier braucht der Kreditgeber nicht erst einen Anspruch gegen einen Dritten durchzusetzen. Der Vermögensgegenstand, auf den der Gläubiger zugreifen kann, wird zu Realsicherheit und ist in § 232 I geregelt.

Es gibt zwei Arten von Realsicherheiten. Zum einen die Sachsicherheit und die Rechtssicherheit⁶. Werden die Realsicherheiten hinsichtlich der Art des zur Verfügung gestellten Gegenstandes wie bewegliche oder unbewegliche Sachen unterschieden, handelt es sich um Sachsicherheiten. Zu den Sachsicherheiten gehören die Grundpfandrechte, das Pfandrecht an beweglichen Sachen, die Sicherungsübereignung und der Eigentumsvorbehalt. Bei den Rechtssicherheiten geht es dagegen um die Rechte aller Art, z.B. Forderungen, dingliche und andere absolute Rechte. Hierzu zählen die Pfandrechte an Rechten und die Sicherungsabtretung. Im Gegensatz zu diesen Realsicherheiten stellt die Bürgschaft eine Personalsicherheit gem. § 232 II dar, wobei der Bürge persönlich verpflichtet ist, für den Umfang der Bürgschaftsschuld nach § 767 mit seinem gesamten Vermögen zu haften. Obwohl der Schuldbeitritt und die Garantie auch zu den Personalsicherheiten zählen, gibt es jedoch Unterschiede. Während der Bürge nur für eine fremde Schuld eintreten will, übernimmt der Beitretende beim Schuldbeitritt⁷ die Schuld als eigene, und seine Haftung ist außer in den Fällen der §§ 422 bis 424 nicht vom Fortbestand der Haftung des Schuldners abhängig, § 425. Demgegenüber gilt ein Garantievertrag nur dann als vereinbart, wenn der Dritte unabhängig von dem Bestehen einer Verbindlichkeit des Schuldners auf jeden Fall einen bestimmten Erfolg eintreten oder für einen künftigen Schaden haften will⁸.

¹ Alle Angaben ohne Gesetz sind die des BGB.

² BGH WM 68, 916.

³ BGHZ 115, 177, 183; BGH NJW 2003, 2231.

⁴ RGZ 59, 10,11 (RG, 22.September 1904, VI 542/03).

⁵ Bülow, Peter (2007) Recht der Kreditsicherheiten, Sachen und Rechte, Personen, 7.Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, Rn. 13.

⁶ Siehe Bülow (Fn.5), Rn. 13.

⁷ Sprau, Hartwig (2010). (Ed. Otto Palandt), BGB mit Nebengesetzen, 69. Auflage Band 7, C.H. Beck, München, vor § 765 Rn.15.

⁸ BGH NJW 99, 1542.

2.1 Akzessorietät

Die Verpflichtung des Bürgen ist akzessorischer Natur und damit in Entstehung, Fortbestand, Inhalt, Durchsetzbarkeit und Rechtszuständigkeit auf der Gläubigerseite von der Hauptschuld abhängig⁹.

Die Abhängigkeit der Bürgschaftsschuld von der gesicherten Hauptverbindlichkeit soll nur garantieren, dass der Gläubiger vom Bürgen das bekommt, was er vom Hauptschuldner nach dem jeweiligen Bestand der Hauptschuld verlangen kann, § 767 I 1. Der Grundsatz der "Akzessorietät" zielt somit auf den Schutz des Bürgen¹⁰.

2.2 Lockerung der Akzessorietät

Die Bürgschaft ist freilich nicht streng akzessorisch. „Lockerungen“ der Akzessorietät finden sich namentlich¹¹ in den durch § 765 II, 883 I 2, 1113 II, 1204 II eröffneten Möglichkeiten, eine künftige Schuld zu übernehmen, sowie in den § 767 I 3 zum Ausdruck kommenden Verbot der Fremddisposition¹².

Das Verbot der Fremddisposition bedeutet, dass der Bürge das von ihm übernommene Risiko vertraglich begrenzt und dass nach der Übernahme der Bürgschaft getroffenen haftungserweiternden Vereinbarungen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner nicht gem. § 328 zu Lasten des Bürgen fallen dürfen¹³. Die §§ 328 ff. räumen einem Dritten das Recht ein, ohne seine Mitwirkung vertragliche Leistungsansprüche, Schadensersatzansprüche oder Einreden zu beanspruchen. Vertragliche Vereinbarungen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, durch den der Bürge ohne seine Mitwirkung unmittelbar vertraglich verpflichtet wird, ist mit der Privatautonomie nicht vereinbar und im BGB nicht vorgesehen¹⁴.

Für eine Abänderung des Bürgschaftsvertrages im Hinblick auf die Haftungserweiterung des Bürgen muss der Bürge selber zustimmen. Seine Erklärung bedarf der schriftlichen Form, § 766¹⁵.

2.3 Ausnahmen zu § 767 I 3

Der Bürge kann gem. § 767 I 3 nur vor jeder nachträglichen Haftungserweiterung durch eine Absprache zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner geschützt werden. Jedoch gibt es hiervon einige Ausnahmen. Eine Ausnahme ist, dass die Hauptschuld kraft Gesetzes Schwankungen hat. Dies kommt bei den Unterhaltsverpflichtungen vor, wobei es durch Auslegung des Bürgschaftsvertrages zu ermitteln ist, ob die Unterhaltsverpflichtung für den zukünftigen Unterhaltsbedürftigen übernommen wird¹⁶. Eine weitere Ausnahme zu § 767 I 3 kommt dann in Betracht, wenn der Gläubiger gemäß dem ursprünglichen Vertrag im Rahmen einer Zinsänderungsklausel einen Anspruch auf die einseitige Änderung des Hauptschuldverhältnisses hat¹⁷. Unter Berücksichtigung dieser Fälle wird das Bürgschaftsrisiko somit erweitert¹⁸.

⁹ Habersack, Mathias (2009). (Ed. Kurt Rebmann, Franz J. Säcker, Roland Rixecker), Münchener Kommentar zum BGB

Schuldrecht Besonderer Teil III, 5. Auflage, Band 5, §§ 705-853, C.H. Beck, München, § 765 Rn. 61.

¹⁰ BGH NJW 1998, 2972, 2973; Fischer, Gero (2001). "Aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zur Bürgschaft und zum Schuldbeitritt Teil I", WM, s.1049, 1051f.

¹¹ Siehe Habersack (Fn.9), § 767 Rn.6 und Rn. 7.

¹² Beckmann, Roland Michael (2005). (Ed. Barbara Dauner-Lieb, Werner Langen), Anwaltkommentar BGB, Band 2: Schuldrecht, §§ 611 bis 853, DeutscherAnwaltVerlag, Bonn, § 765 Rn. 39.

¹³ Siehe Habersack (Fn.9), § 767 Rn. 10.

¹⁴ BGH NJW 1995, 3183, 3184; NJW 1974, 96.

¹⁵ Siehe Habersack (Fn.9), § 767 Rn. 10.

¹⁶ Horn, Norbert (1997). J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 765-778), 13. Bearbeitung, Sellier de Gruyter, Berlin, § 767 Rn. 35.

¹⁷ BGH NJW 2000, 2580, 2581 f.

¹⁸ Siehe Habersack (Fn.9), § 767 Rn. 10.

2.4 Subsidiarität

Nach § 771 kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Der Bürge steht daher haftungsmäßig hinter, nicht neben dem Hauptschuldner¹⁹. Er haftet somit subsidiär²⁰. Auf diese „Einrede der Vorausklage“ gem. § 771 kann der Bürge aber auch verzichten und in der Regel wird er hierzu auch durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Gläubigers, z.B. bei Banken und Sparkassen, gezwungen. Der Bürge haftet in diesem Fall gem. § 773 I Nr. 1 selbstschuldnerisch. Der Bürge steht zwar dann haftungsmäßig neben dem Hauptschuldner, ohne aber als Gesamtschuldner mit ihm zu haften²¹. Der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage beseitigt nur die Subsidiarität seiner Verpflichtung, er begründet keine gesamtschuldnerische Haftung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner. Die selbstschuldnerische Bürgschaft verschafft dem Gläubiger vielmehr ein dreifaches Wahlrecht. Der Gläubiger kann unmittelbar entweder den Hauptschuldner, den Bürgen oder beide gleichzeitig gegebenenfalls durch Klage in Anspruch nehmen²².

2.5 Rechtscharakter und Rechtsgrund der Bürgschaft

Eine Bürgschaft ist keine bloße Haftungsmitübernahme, sondern stellt eine von der Verbindlichkeit des Hauptschuldners verschiedene, einseitig übernommene, eigene Verbindlichkeit, bzw. rechtlich selbständige Verpflichtung des Bürgen dar, für die Erfüllung durch den Hauptschuldner zu haften²³. Der Rechtscharakter der Bürgschaft bestimmt sich nicht aus der Art der Hauptschuld, d.h. die Rechtsnatur der Bürgschaft wird nicht durch die Akzessorietät bestimmt²⁴. Die Bürgschaft beinhaltet ihren Rechtsgrund in sich²⁵, so dass es nicht nötig ist, wie bei den Realsicherheiten eine Sicherungsabrede zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen zu vereinbaren²⁶.

Das Zustandekommen des Bürgschaftsvertrags ist weder von dem Inhalt noch von der Wirksamkeit der Hauptschuld abhängig²⁷. Im Vergleich zu dem in § 780 geregelten abstrakten Schuldversprechen stellt die Bürgschaft mit ihrem Geschäftszweck eine kausale Verbindlichkeit dar.

3. Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten der Bürgschaft

3.1 Rechtsverhältnisse zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger

Durch den Abschluss des Bürgschaftsvertrages entsteht ein Schuldverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen. Die Bürgschaft hat somit grundsätzlich einseitig verpflichtende Natur²⁸ jedoch ist diese nicht zwangsläufig²⁹. Die Verpflichtungen des Bürgen zur Leistung und zur Abgabe des Bürgschaftsversprechens kann auch der Bestandteil eines zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden ein unvollkommen zweiseitig verpflichtender oder gar gegenseitiger Vertrag³⁰ sein, so dass der Gläubiger auch gegenüber dem Bürgen Verpflichtungen bzw. Gegenleistungen aufbringen muss. Dies ist dann der

¹⁹ Weber, Hansjörg & Weber Jörg- Andreas (2006). Kreditsicherungsrecht, 8. Auflage, C.H.Beck, München, § 3, Punkt 4, Seite 84.

²⁰ Siehe Bülow (Fn.5), Rn. 964.

²¹ RGZ 134, 128 (RG, 5.November 1931, VI 227/31) ; BGH NJW 1995, 1398.

²² Siehe Weber & Weber (Fn.19), § 3, Punkt 4 Seite 84.

²³ BGH NJW 1998, 2972, 2973.

²⁴ BGH NJW 2008, 1070, Tz.25.

²⁵ BGH NJW 2001, 1857.

²⁶ Siehe Bülow (Fn.5), Rn. 834

²⁷ Siehe Habersack (Fn.9), vor § 765 Rn. 18.

²⁸ Siehe Habersack (Fn.9), § 765 Rn. 6.

²⁹ BGHZ 139, 214, 217.

³⁰ Siehe Horn (Fn.16), § 765 Rn.132ff.

Fall, wenn der Gläubiger gegenüber dem Bürgen verpflichtet ist, eine Provision zu zahlen, eine Schweigepflicht gegenüber dem Schuldner übernehmen muss, eine andere Sicherheit freigeben oder dem Hauptschuldner weiteren Kredit gewähren³¹ muss. Dieser Vertrag wird in den §§ 320 geregelt, die das Verhältnis der beiderseitigen Hauptleistungspflichten festlegt. Obwohl es sich bei einer Bürgschaft grundsätzlich um keine Leistungspflichten des Gläubigers, d.h. um keine gegenseitige oder um keine unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Verträge handelt, wird die Bürgschaft zur Ermöglichung des Rückgriffs gegen den Schuldner gem. § 774 Abs. 1 nicht unentgeltlich i.S.v. § 516 I übernommen. Die Bürgschaft stellt somit weder eine Schenkung im Verhältnis zum Gläubiger, noch im Verhältnis zum Schuldner dar³².

3.2 Rechtsverhältnisse zwischen dem Bürgen und dem (Haupt-) Schuldner

Zur Übernahme der Bürgschaft wird zwischen dem Bürgen und dem Schuldner vorwiegend aber nicht zwangsläufig³³ ein Auftrag gem. §§ 662 ff. abgeschlossen.

3.2.1 Sicherungsauftrag §§ 662 bzw. Bürgschaftsauftrag

Der Interzessionar beziehungsweise der Bürge ist durch eine Vereinbarung bzw. einen Auftrag nach § 662 ff. gegebenenfalls i.V.m. § 675 gegenüber dem Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger die Sicherheit zu bestellen. Somit spricht man von einem Sicherungsauftrag im Valutaverhältnis³⁴.

3.2.2 Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. §§ 675 ff.

Als Alternative zum Sicherungsauftrag wird ein als Avalkreditvertrag bezeichneter Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 abgeschlossen, wobei der Schuldner verpflichtet ist, dem Bürgen eine Avalprovision zu zahlen³⁵. Die Bank, die die Bürgschaft übernimmt, ist hinsichtlich des Geschäftsbesorgungsvertrags verpflichtet, die Interessen des Auftragsgebers also des Schuldners mit Sorgfalt zu wahren und zu schützen³⁶. Die Bank muss daher den Hauptschuldner über die rechtlichen Nachteile informieren, die z.B. mit der Übernahme einer Bürgschaft auf erstes Anfordern zusammenhängen³⁷. Basiert das Rechtsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Schuldner auf eine vertragliche Grundlage z.B. auf einen Gesellschaftsvertrag³⁸, dann handelt es sich um eine Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677 ff. In all diesen Fällen, bzw. aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Schuldner, hat der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner einen Ersatz- bzw. einen Aufwendungsersatzanspruch gem. § 670 i.V.m. § 675, falls er vom Gläubiger in Anspruch genommen wird. Ferner steht ihm gegenüber dem Hauptschuldner ein gesetzlicher Rückgriffsanspruch aus § 774 I 1 zu³⁹. Der Bürge kann also den Rückgriff wahlweise auf die übergegangene Hauptforderung gem. § 774 I 1 oder auf das Auftragsverhältnis gem. §§ 675, 670 eventuell auch aus §§ 683, 684 stützen⁴⁰. Hier müssen die Begriffe "Cessio legis" und der "Aufwendungsersatzanspruch" näher erläutert werden.

³¹ BGH NJW 1996, 930, 931.; RGZ 066, 425, 426 (RG, 28. Oktober 1907, VI 80/07); RGZ 65, 46 (RGZ 65, 46-49 (RG, 29. Dezember 1906, VI 176/06).

³² Soergel, Hans-Theodor & Siebert, Wolfgang (2007). BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 5/1, Schuldrecht IV/1, §§ 705-822, 12. Auflage, C.H. Beck, Stuttgart, § 765 BGB, Rn. 12.

³³ BGH NJW 2001, 2327, 2329f.

³⁴ Siehe Bülow (Fn.5), Rn. 57 a.

³⁵ BGH NJW 2000, 1643.

³⁶ BGH NJW 1993, 735, 738; 2000, 1563, 1565.

³⁷ NJW 2000, 1563f.

³⁸ BFH BB 1974, S. 1191 (Urteil vom 04.07.1974 IV R 166/70).

³⁹ Herrmann, Elke (2008). (Ed: Walter Erman), Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Auflage, Dr. Otto Schmidt, Köln, § 765, Rn. 8.

⁴⁰ Siehe Sprau (Fn.7), § 774, Rn. 1ff.

3.2.2.1 Rückgriffsanspruch des Bürgen aus Cessio legis oder Auftragsverhältnis

Hat der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über, § 774 I. Dieser gesetzliche Forderungsübergang wird *cessio legis* genannt und ist in § 774 I 1 i.V.m. § 412 geregelt. Durch die *cessio legis* wird es dem Bürgen ermöglicht, den Schuldner erst dann in Regress zu nehmen, wenn die Übernahme der Bürgschaft in Erfüllung eines Auftrags- oder Geschäftsbesorgungs-verhältnisses erfolgt ist oder die Voraussetzungen einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen⁴¹.

Wie bereits erwähnt, hat auf die Rechtsstellung des Bürgen nicht nur die *cessio legis* des § 774 Abs. 1, Satz 1, sondern auch der Bürgschaftsauftrag i.S.v. §§ 662 ff. Einfluss. Die Vorschrift § 774 I 3 trennt die Einwendungen aus der *cessio legis* nicht von dem Bürgschaftsauftrag ab sondern ermöglicht dem Schuldner die Einwendungen, die sich aus dem Bürgschaftsauftrag ableiten, auf die übergegangene Forderung auszudehnen. Somit steht dem Schuldner ein weitergehend einheitlicher Rückgriffsanspruch zu. Umgekehrt kann freilich der Hauptschuldner Einwendungen aus dem Hauptschuldverhältnis zum Gläubiger nicht dem Anspruch aus dem Auftragsverhältnis entgegenhalten⁴². Die Rückgriffsansprüche des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner hinsichtlich der *cessio legis* gem. § 774 I und im Hinblick auf den Aufwendungsersatzanspruch gem. §§ 662 ff. oder bzw. i.V.m. § 675 sind auseinanderzuhalten. Durch die *cessio legis* erwirbt der Bürge nicht nur gem. §§ 412, 401 die gesicherte Forderung, sondern auch Sicherungs- und Vorzugsrechte⁴³. Zusätzlich dazu muss der Bürge im Falle der *cessio legis* die Bedingungen für einen Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 nicht darlegen und beweisen⁴⁴. Der Aufwendungsersatzanspruch dagegen charakterisiert sich dadurch, dass er eigenständig gem. §§ 195, 199 I verjährt⁴⁵ und daher vom Bürgen erst dann noch geltend gemacht werden kann, wenn der Schuldner gegenüber der Hauptforderung gem. §§ 412, 404 die Einrede der Verjährung erhebt⁴⁶. Schließlich kann der Bürge den Rückgriffsanspruch auch nur gem. § 670 entgegenhalten. Das kommt dann vor, wenn der Bürge ohne Kenntnis des Erlöschens der Hauptforderung seine Leistung an den Gläubiger für erforderlich halten durfte. Außerdem findet nur die Vorschrift § 670 Anwendung, wenn der Bürge auf ein Vorbehaltsurteil leistet und daher die Voraussetzungen der *cessio legis* noch nicht erfüllt sind⁴⁷.

Der Bürge kann nach seiner Wahl auf die übergegangene Hauptforderung oder auf das Auftragsverhältnis und damit auf § 670 gegebenenfalls i.V.m. §§ 675, 683 zurückgreifen.

3.2.2.2 Rückgriffsanspruch des Bürgen aus dem Aufwendungsersatz

Der Rückgriff des Bürgen basiert auf die §§ 670, 683, soweit der Bürge auftragsgemäß oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag⁴⁸ an den Gläubiger geleistet hat und die Leistung für erforderlich halten durfte. Im Falle einer Rechtsgrundlosigkeit der Leistung des Bürgen an den Gläubiger hat der Bürge einen Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger gem. § 812 I 1. In so einem Fall kann der Bürge aber statt auf den Gläubiger zurückzugreifen gegen Abtretung eines Bereicherungsanspruchs i.S.v. § 667 auf den Schuldner zurückgreifen und Aufwendungsersatz verlangen⁴⁹. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Hauptschuld und damit gem. § 767 I 1 die Bürgschaft erloschen ist, der Schuldner aber den Bürgen nicht davon in Kenntnis gesetzt hat und der Bürge daher seine Leistung an den Gläubiger für erforderlich halten durfte. Im Falle eines Prozesses muss der Schuldner dem Bürgen als Aufwendungsersatz die

⁴¹ Siehe Habersack (Fn.9), § 774, Rn. 1.

⁴² Siehe Habersack (Fn.9), § 774, Rn. 15.

⁴³ Siehe Habersack (Fn.9), § 765, Rn. 7.

⁴⁴ Siehe Habersack (Fn.9), § 774, Rn. 1, 15.

⁴⁵ Siehe Habersack (Fn.9), § 774, Rn. 15.

⁴⁶ BGH ZIP 2000, 1576, 1577.

⁴⁷ Siehe Herrmann (Fn.39), § 765 Rn. 12.

⁴⁸ OLG Stuttgart NJW-RR 1994, 876 f.

⁴⁹ Siehe Habersack (Fn.9), § 774, Rn. 19.

Kosten des Prozesses mit dem Gläubiger erstatten⁵⁰. Des Weiteren sind die Folgeschäden, die durch die Inanspruchnahme des Bürgen entstanden sind vom Schuldner zu begleichen, da der Bürge vom Verhältnis zum Schuldner ausgehend, nur zur Sicherung, aber nicht zur Zahlung des Kredits des Schuldners verpflichtet ist⁵¹.

3.3 Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner

Durch das Grundgeschäft zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner entsteht eine Forderung des Gläubigers auf Rückerstattung des zur Verfügung gestellten Darlehens durch den Hauptschuldner nach § 488 I 2 aufgrund eines zwischen den beiden abgeschlossenen Darlehensvertrags. Der Darlehensvertrag enthält keine Verpflichtung des Darlehensnehmers zur Sicherung des Rückerstattungsanspruchs⁵². Im Valutaverhältnis wird meistens unabhängig von dem Grundgeschäft zur Ergänzung der fehlenden Sicherung als zusätzlicher Vertrag, sog. Sicherungsvertrag abgeschlossen. Dieses Sicherungsversprechen des Schuldners gegenüber dem Gläubiger stellt die causa für das Recht des Gläubigers, den Bürgen im Sicherungsfall in Anspruch zu nehmen⁵³. Die Bestellung der Sicherheit, z.B. der Abschluss einer dinglichen Einigung nach § 873 auf Eintragung einer Hypothek nach § 1115 oder der Abschluss eines Bürgschaftsvertrages gem. § 765 I zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen im Außenverhältnis ermöglicht den Sicherungsvertrag zu erstrecken. Die causa dieses im Außenverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen geschlossenen Personalsicherungsvertrags bzw. des Bürgschaftsvertrages gem. § 765 ist das Sicherungsversprechen im Valutaverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner⁵⁴. Soweit diese Sicherungsabrede unwirksam ist oder der Schuldner nach dem Inhalt der Sicherungsabrede keinen Anspruch auf die vom Bürgen übernommene Bürgschaft hat, erlässt der Gläubiger durch das Verlangen des Schuldners dem Bürgen die Schuld und gewährt ihm die Bürgschaftsurkunde zurück⁵⁵. Der Gläubiger hat somit im Hinblick auf die ungesicherte Forderung kein Zurückbehaltungsrecht⁵⁶. Auf den Rückgewähranspruch kann sich auch der Bürge gegenüber dem Gläubiger gem. § 768 I 1 berufen. Dieser Rückgewähranspruch kann auch von der Akzessorietät stammen, wenn der Sicherungsfall wegen des Erlöschens der zu sichernden Forderung oder aus anderen Gründen nicht eintreten kann. Ist die Sicherungsabrede unwirksam gewesen und hat der Bürge bereits an den Gläubiger Zahlungen geleistet, hat der Bürge einen Regressanspruch gegenüber dem Schuldner, so dass der Schuldner in so einem Fall gegenüber dem Gläubiger gem. §§ 812 I 1, 818 II einen Ersatzanspruch für die vom Bürgen ohne Rechtsgrund geleistete Bürgschaft hat⁵⁷. Macht der Gläubiger in einigen Fällen die Gewährung des Kredits von der Stellung einer Sicherheit anhängig, ohne dass der künftige Schuldner eine Verpflichtung übernimmt⁵⁸, wird die Stellung von Sicherheiten für die Entstehung einer zu sichernden Forderung vorausgesetzt⁵⁹. Werden dagegen die Bürgschaft und die Hauptschuld begründet, so kann der Bürge daraus, dass die Sicherungsabrede nur eine Obliegenheit, nicht dagegen eine Verpflichtung des Schuldners zur Stellung einer Bürgschaft vorsieht, nichts für sich herleiten. Der Rechtsgrund des Bürgschaftsvertrags ist aber nicht notwendigerweise davon abhängig, dass die Parteien des Hauptvertrags eine Sicherungsabrede getroffen haben oder der Hauptschuldner dem Bürgen einen entsprechenden Auftrag erteilt hat. Die Bürgschaft kann auch ohne Wissen oder gar gegen den Willen des Schuldners übernommen werden, so dass das Bestehen und der Inhalt der Sicherungsabrede zwischen dem Gläubiger

⁵⁰ Bröderman, Eckart (2009). (Ed. Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich), BGB Kommentar, 4. Auflage, Luchterhand Verlag, Köln, § 767 Rn. 17.

⁵¹ OLG Bremen NJW 1963, 861.

⁵² Siehe Bülow (Fn.5), Rn. 26 a.

⁵³ Siehe Bülow (Fn.5), Rn. 26 a, 57.

⁵⁴ Siehe Bülow (Fn.5), Rn. 26a, 57a.

⁵⁵ BGH WM 1989, 521.

⁵⁶ Siehe Habersack (Fn.9), § 765, Rn.8.

⁵⁷ Reinicke, Dietrich & Tiedtke Klaus (2008). Bürgschaftsrecht, 3. Auflage, München, Franz Vahlen Verlag, Rn. 33.

⁵⁸ NJW 2001, 1859, 1860f.

⁵⁹ Siehe Habersack (Fn.9), § 765, Rn.8.

und dem Hauptschuldner für die Bürgschaftsverpflichtung keine Rolle spielt. So ein Fall kommt auch zur Sicherung von Ansprüchen vor, wenn der Gläubiger seine Hauptforderung dem Schuldner gegenüber aus Rechtsgründen nicht durchsetzen kann, der Bürge doch gleichwohl eine Einstandspflicht übernommen oder der Sicherungszweck der Bürgschaft sich noch nicht erledigt hat⁶⁰. Wenn aber ein beigebrachter Bürge unsicher⁶¹ oder untauglich ist, kann der Gläubiger je nach Situation eine andere Sicherheit verlangen, das gesicherte Rechtsverhältnis vorzeitig beenden oder nach § 119 II anfechten⁶². Wenn jemandem kraft Rechtsgeschäfts, behördlicher Anordnung oder Gesetzes die Sicherheitsleistung gem. § 232 obliegt, ist diese Verpflichtung vom diesem gem. § 239 durch Stellung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft zu erfüllen.

3.4 Verhältnis zwischen dem Bürgen und anderen Sicherungsgebern

3.4.1 Mitbürgen

Die Mitbürgschaft ist in § 769 geregelt. Bei dieser Art von Bürgschaft geht es um mehrere Personen, die für die gleiche Verbindlichkeit eintreten und nach § 769 als Gesamtschuldner i.S.v. §§ 421ff. haften müssen und zwar unabhängig von der gemeinschaftlichen Übernahme der Bürgschaft. Bezüglich des Innenverhältnisses zwischen den Mitbürgen verweist die Vorschrift von § 774 II auf § 426, wo die Ausgleichspflicht und der Forderungsübergang geregelt sind. Gem. § 426 I 1 verpflichten sich die Gesamtschuldner bzw. die Mitbürgen, zueinander zu gleichen Anteilen bzw. nach Kopfteilen zu haften, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Wenn einer von den Gesamtschuldnern die Zahlung an den Gläubiger leistet, dann geht gem. § 426 II 1 die Forderung des Gläubigers gegen die restlichen Gesamtschuldner auf diesen Bürgen über. Aufgrund der Gesamtschuldnerschaft zwischen den Bürgen findet die Vorschrift § 774 I keine Anwendung auf die Mitbürgschaft. Die Vorschriften von §§ 774 II, 426 beschränken somit den Umfang des Übergangs der Hauptforderung und der mit ihr verbundenen Sicherungsrechte vom Gläubiger auf den die Hauptschuld leistende Bürgen insofern, dass dieser im Innenverhältnis von den restlichen Gesamtschuldnern Ausgleich verlangen kann, § 426 II 1⁶³. Ein selbständiger Ausgleichsanspruch gem. § 426 I 1 existiert schon mit der Entstehung des Gesamtschuldverhältnisses und nicht erst mit der Befriedigung des Hauptschuldners. Daher kann jeder mithaftende Gesamtschuldner, vor seiner eigenen Leistung an den Gläubiger, von den restlichen Gesamtschuldnern verlangen, dass sie ihre Anteile entsprechend an der Befriedigung des Gläubigers mitwirken. Wird einer der Gesamtschuldner aufgrund der Fälligkeit der Forderung vom Gläubiger in Anspruch genommen, hat dieser einen Befreiungsanspruch, so dass er vor seiner Verbindlichkeit in Höhe seiner Ausgleichspflicht⁶⁴ durch restliche Mitbürgen befreit werden kann⁶⁵. Das Entstehen einer Gesamtschuldnerschaft unter mehreren Bürgen kann vom Gläubiger durch eine Klausel in der Bürgschaftsurkunde formulärmäßig ausgeschlossen werden. Dies führt aber nicht dazu, dass ein Ausgleich im Innenverhältnis zwischen mehreren Bürgen, die sich für die gleiche Verbindlichkeit verbürgt haben, ausgeschlossen wird⁶⁶. Ebenso schließt eine in Bürgschaftsformularen vorhandene Klausel, die die Zahlungen eines Bürgen bis zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner als Sicherheit ansieht, den Ausgleich des Gesamtschuldverhältnisses unter den Mitbürgen nicht aus⁶⁷. Trotz der Befreiung eines Bürgen, bleibt die Ausgleichspflicht im Innenverhältnis der Bürgen

⁶⁰ NJW 1975, 969, 970; NJW 2000, 1563.

⁶¹ RG WarnR 1915 Nr. 198 s. 299.

⁶² Siehe Habersack (Fn.9), § 765, Rn.8.

⁶³ BGH NJW 1983, 2442.

⁶⁴ Es gibt zwei Besonderheiten zur Ausgleichspflicht, zwar bei der Teilzahlung (BGH NJW 1957, 517; BGH NJW 1982, 2306) und bei den Höchstbetragbürgen (Tiedtke JZ 1987, 491, 493; Bayer, Walter (1990) Der Ausgleich zwischen Höchstbetragsbürgen, ZIP, Heft 23-24, s. 1523-1527).

⁶⁵ BGH NJW 1987, 374, 376.

⁶⁶ BGH NJW 1983, 2442.

⁶⁷ BGH NJW 1987, 374, 375.

bestehen. Der zwischen dem Gläubiger und dem Mitbürgen vereinbarte Erlass kann gem. § 423 eine Auswirkung auf das Rechtsverhältnis zu den restlichen Mitbürgen haben⁶⁸, wenn der Gläubiger und der Mitbürge das ganze Schuldverhältnis aufheben wollen⁶⁹. Wird ein Mitbürge von seiner Haftungsverpflichtung treuhandlich vom Gläubiger freigestellt, kann der Gläubiger nach Treu und Glauben verpflichtet sein, die Leistungen von den restlichen Gesamtschuldern um die Quote zu kürzen, die der freizustellende Bürge im Innenverhältnis gegenüber den restlichen Mitbürgen zu tragen hat⁷⁰.

3.4.2. Dingliche Sicherheiten

Es kann vorkommen, dass es sich gleichzeitig um eine Bürgschaft und um eine dingliche Sicherheit handelt. In so einem Fall erfolgt der Ausgleich zwischen dem Bürgen und dem dinglichen Sicherungsgeber im Gesetz lückenhaft. Handelt es sich um mehrere akzessorische Sicherheiten, wird der als erste vom Gläubiger in Anspruch genommene Sicherungsgeber letztlich von seiner Haftung befreit. Somit gehen nach seiner Zahlung an den Gläubiger die restlichen Sicherheiten auf ihn über, so dass er gegen die anderen Sicherungsgeber vollen Rückgriffsanspruch haben kann. Im Gegensatz zu den akzessorischen Sicherheiten haftet bei den dinglichen Sicherheiten nur derjenige Sicherungsgeber, der als erster vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, ohne dass er eine Möglichkeit zum Regressanspruch gegen den anderen Sicherungsgeber hat⁷¹. Zur Vermeidung dieser Zufallsergebnisse, d.h. wer als erster in Anspruch genommen wird, haftet und somit benachteiligt wird, findet nach der Ansicht der Rechtsprechung vom BGH zwischen mehreren auf gleicher Stufe stehenden Sicherungsgeber, z.B. Bürgschaft und Grundschuld § 1191⁷², eine Ausgleichsverpflichtung gem. den Regeln über die Gesamtschuld nach § 426 I statt⁷³. Dies wird auch von dem Grundsatz der ausgleichenden Gerechtigkeit geboten⁷⁴. Diese Ausgleichung gilt für alle akzessorischen und nicht akzessorischen Sicherheiten, und zwar unabhängig von den dinglichen Sicherheiten⁷⁵. Der Bürge hat gegenüber anderen Sicherungsgebern keine Vorrangstellung⁷⁶. Die Vorrangstellung des Bürgen kann dabei durch eine Vereinbarung zwischen dem jeweiligen Sicherungsgeber und dem Gläubiger bestehen, so dass nur der Grundschuldbesteller haften muss⁷⁷. Der Grundschuldbesteller kann auch eine Vorrangstellung haben, so dass nur der Bürge die Haftung übernehmen muss⁷⁸.

3.3 Schuldbeitritt (Sicherungsgesamtschuld)

Der Ausgleich zwischen der Bürgschaft und dem Schuldbeitritt⁷⁹ erfolgt nach den Regeln über die Gesamtschuld nach § 426⁸⁰. Wie bereits erwähnt, finden auch zur Vermeidung der Zufallsergebnisse und zur Erfüllung des Grundsatzes ausgleichender Gerechtigkeit⁸¹ die Ausgleichung zwischen dem Bürgen eines Gesamtschuldners und einem weiteren Gesamtschuldner, der sich nur sicherungshalber mit verpflichtet hat, nach den Gesamtschuldregeln gem. § 774 II i.V.m. § 264⁸².

⁶⁸ BGH NJW 2000, 1034, 1035.

⁶⁹ BGH NJW 1992, 2286, 2287.

⁷⁰ BGH NJW 1989, 2386, 2387.

⁷¹ Schimansky, Herbert & Bunte, Hermann-Joseph. & Lwowski Hans Jürgen (2007). Bankrecht-Handbuch, Band II, München, C.H. Beck., Rn. 188.

⁷² Siehe Weber & Weber (Fn.19), § 13, s. 276, 277.

⁷³ BGH NJW 1992, 3228, 3229.

⁷⁴ BGH NJW 1989, 2530, 2531.

⁷⁵ Siehe Schimansky & Bunte & Lwowski (Fn. 71), Rn. 188.

⁷⁶ BGH NJW 1992, 3228, 3229.

⁷⁷ BGH NJW 1990, 1956, 1957.

⁷⁸ BGH NJW 1982, 2308.

⁷⁹ s.a. Kapitel 3.1.

⁸⁰ Siehe Schimansky & Bunte & Lwowski (Fn. 71), Rn. 190.

⁸¹ BGH NJW 1989, 2530.

⁸² OLG Celle NJW 1986, 1761.

4. Bürgschaftsvertrag

4.1 Zustandekommen

4.1.1 Grundsatz

Der Bürgschaftsvertrag wird zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen abgeschlossen, wobei der Gläubiger der gesicherten Forderung und der Bürgschaftsgläubiger identisch, aber der Hauptschuldner und der Bürge nicht identisch sein müssen⁸³. Der Antrag und die Annahme des Vertragsschlusses werden gem. §§ 145 ff. geregelt⁸⁴. Bei der Bürgschaftserklärung muss der Bürge bewilligen, dass er für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten eintreten will,⁸⁵ wobei bei dieser Erklärung ausgenommen von § 350 HGB die Vorschrift von § 766 1 Anwendung findet. In der Bürgschaftserklärung muss ein hinreichender Verbürgungswille zum Ausdruck kommen⁸⁶. Der Verbürgungswille kann in Zweifelsfällen bei den genannten Bestandteilen der Bürgschaft durch die Auslegung der beiderseitigen Erklärungen festgelegt werden, wobei auf die Erklärung des Bürgen die allgemeinen Grundsätze über die Auslegung formbedürftiger Willenserklärungen angewendet werden⁸⁷. Bei der Willenserklärung muss nicht unbedingt das Wort "Bürgschaft" verwendet werden. Wichtig ist, dass es bei dieser Willenserklärung zu erkennen ist, dass die Verpflichtung des Bürgen zur Übernahme einer Bürgschaft begründet werden soll⁸⁸. Des Weiteren kann der Gläubiger auch die Gewährung des Darlehens nicht nur von der Bestellung eines Bürgen, sondern auch von der Verschaffung weiterer Sicherheiten abhängig machen. Ist die zu sichernde Forderung nicht entstanden, dann ist somit auch die Bürgschaft aufgrund der Akzessorietät gegenstandslos⁸⁹.

4.1.2 Unbekannter oder künftiger Gläubiger

Eine Bürgschaftserklärung kann auch an einen dem Bürgen noch unbekanntem Gläubiger einer im Übrigen bestimmten Forderung gerichtet und von diesem sodann angenommen werden⁹⁰. Der Antrag und die nach erfolgter Zession vorgenommene Annahme der Bürgschaft kann auch von einem künftigen, dem Bürgen bekannten Gläubiger der gesicherten Forderung erfolgen⁹¹, wobei somit auch das Erfordernis der Gläubigeridentität erfüllt wird. Auch das Erfordernis der Gläubigeridentität steht einem solchen Vorgehen nicht entgegen. Der Bürge kann auch die Person des Gläubigers offen lassen und den Schuldner oder einen Dritten zur Ergänzung seiner Blanketterklärung die Befugnis erteilen⁹².

4.2 Unwirksamkeitsgründe

4.2.1 Durch Sittenwidriges Rechtsgeschäft gem. § 138 I

Ein Bürgschaftsvertrag kann aufgrund eines Verstoßes i.S.v. § 138 I nichtig sein. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Bürgschaftsversprechen aus Sittenwidrigkeit und damit als nichtig anzusehen ist, hat in den letzten Jahren zu einer kontroversen Diskussion in der Rechtsprechung und Schrifttum geführt. Vor allem Bürgschaften, die vom Einkommen und vermögenslosen

⁸³ BGH ZIP 2001, 1410, 1411.

⁸⁴ Siehe Bröderman (Fn. 50), § 765 Rn. 69 ff.

⁸⁵ BGH NJW 2002, 1946.

⁸⁶ NJW 1958, 217; NJW 1995, 959.

⁸⁷ BGH NJW 1995, 43; BGH NJW 1995, 1886.

⁸⁸ BGH NJW 1979, 2102; BGH NJW 1984, 2279.

⁸⁹ Siehe Habersack (Fn.9), Rn.9.

⁹⁰ RGZ 76, 195, 200 f. (RG, 13. Februar 1911, VI 679/09); RG WarnR 1915 Nr. 9.

⁹¹ BGH NJW 1996, 717; OLG Karlsruhe WM 2001, s. 729, 730.

⁹² BGH NJW 1996, 1467, 1468; 1984, 798; 1968, 1131, 1132.

Familienangehörigen oft in beträchtlicher Höhe übernommen wurden, waren Anlass zu der Erörterung, ob die Rechtsordnung derartige Verträge als Ausfluss der Privatautonomie hinnehmen muss oder ob sie unter dem Gesichtspunkt des Sittenverstößes korrigierend eingreifen darf oder muss. Der bis zum Jahre 2000 zuständige IX. Zivilsenat des BGH hatte in mehreren Entscheidungen Bürgschaften, die vom Einkommens- und vermögenslosen Ehegatten oder gerade erst erwachsenden Kindern übernommen worden waren und welches die Bürgen nach dem Scheitern des abgesicherten Geschäfts in eine ausweglose finanzielle Situation gebracht hatten, durchwegs als wirksam angesehen⁹³. Das BVerfG hat mit Beschluss vom 19.10.1993⁹⁴ eines dieser Urteile aufgehoben und dabei ausgesprochen, dass die Zivilgerichte bei der Konkretisierung und Anwendung von Generalklauseln wie § 138 und § 242 auf die Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 I GG und des Sozialstaatsprinzips gem. Art. 20 I, 28 I achten. Somit sind Inhaltskontrollen von Verträgen gem. den Vorschriften von § 307 bis 309 durchzuführen, damit es nicht zur einseitigen ungewöhnlich starken Belastungen der Vertragspartner und zur ungleichen Verhandlungsstärke kommt. Nach diesem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts wurde im zweiten Rechtsgang von IX. Senat des BGH⁹⁵ die Entscheidung getroffen, dass die Bürgschaft gem. § 138 I sittenwidrig und damit nichtig ist. Demnach zählt neben der Ausnutzung der Unerfahrenheit, Alter, seelischen Zwangslage des Bürgen auch eine krasse finanzielle Überforderung der dem Hauptschuldner emotionell verbundenen Person zum Tatbestand der Sittenwidrigkeit gem. § 138 I, falls der Gläubiger nicht beweisen kann, dass die Bürgschaftsübernahme des Bürgen entsprechend der Privatautonomie erfolgt hat. Auch der XI. Senat des BGH vertritt die Meinung, dass es hinsichtlich der Vertragsfreiheit der Privatautonomie der volljährigen Person überlassen ist, auch risikoreiche Geschäfte abzuschließen und sich zu Leistungen zu verpflichten, die ihn schlechthin überfordern oder die von ihm nur unter dauernder Inanspruchnahme des pfändungsfreien Einkommens, erbracht werden können⁹⁶. Es ist dabei zu beachten, dass der Grundsatz der Privatautonomie auch ausnahmsweise aus rechtlichen Gründen beschränkt werden kann⁹⁷.

4.2.2 Durch Haustürgeschäft gem. § 312

Die Unwirksamkeit des Bürgschaftsvertrages kann sich auch aus § 312 I ergeben. Der Zweck dieser Vorschrift liegt im Schutz des Verbrauchers im Falle einer Überrumpelungsgefahr in einer Haustürsituation⁹⁸. Das Haustürgeschäft ist die Bezeichnung für Verträge, die zwischen einem Unternehmen i. S. v. § 14 und einem Verbraucher i. S. v. § 13 in bestimmten Situationen abgeschlossen werden. Bei solchen Verträgen handelt es sich um eine entgeltliche Leistung des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer, wobei der Verbraucher aufgrund eines Überraschungsmoments zu einem Vertragsabschluss gedrängt wird. Zu diesen Überraschungsmomenten gehören z.B. mündliche Verhandlungen am Arbeitsplatz, in einer Privatwohnung oder überraschendes Ansprechen in Verkehrsmitteln oder im Bereich öffentlich zugänglicher Verkehrswege. Dem § 312 I legt man als Beispiel das Urteil des BGH⁹⁹ zugrunde. Hier nimmt die Klägerin, eine Rentnerin, die beklagte Bank auf Herausgabe von Wertpapieren in Anspruch, die sie als Sicherheit für Darlehensverbindlichkeiten des Unternehmens ihres Ehemannes und ihres Sohnes verpfändet hat. Ihre Erklärung über die Verpfändung von Wertpapieren findet in den Geschäftsräumen des Ehemanns bei einem Mitarbeiter der Bank statt. Bei dieser Erklärung hat der Mitarbeiter die Rentnerin über das Widerrufsrecht von Haustürgeschäften nicht informiert. Nachdem das Unternehmen in Konkurs geraten ist, hat die Bank die Rentnerin zur Verwertung der Sicherheiten gerufen. Demzufolge hat sie die Verpfändungserklärungen als

⁹³ BGH NJW 1989, 830.

⁹⁴ BGH NJW 1989, 214.

⁹⁵ BGH WM 1994, 680f.

⁹⁶ BGH NJW 1993, 322.

⁹⁷ BVerfG NJW 1990, s. 1469, 1470.

⁹⁸ Siehe Schimansky & Bunte & Lwowski (Fn. 71), § 91, Rn. 291ff.

⁹⁹ BGH Urteil vom 10.01.2006- XI. ZR 169/05.

Haustürgeschäft widerrufen, wobei sie behauptet hat, dass die Bank sie bei der Unterzeichnung der Verpfändungserklärung über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens ihres Ehemanns und ihres Sohnes nicht informiert und die mit der Verpfändung zusammenhängende Risiken nicht ausreichend erläutert hat. Fraglich ist also, ob ihr gem. § 312 I 1 Nr. 1 ein Widerrufsrecht zustand.

Mit diesem Urteil des BGH wurde entschieden, dass der Widerruf nach § 312 I 1 dem Bürgen zusteht und zwar abgesehen von der Verbrauchereigenschaft des Hauptschuldners bzw. ob es sich um ein Verbraucherdarlehen oder ein gewerblicher Kredit handelt oder abgesehen von einer Haustürsituation.

4.3 Inhaltskontrolle von Bürgschaftsbedingungen

4.3.1 Allgemeines

Bei dem Abschluss und der Wirksamkeit eines Bürgschaftsvertrags finden zunächst die Vorschriften von §§ 305 Anwendung, so dass die Kreditinstitute sich bei den meisten Bürgschaften an diese Vorschriften halten. Für die Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrags muss die Bürgschaftserklärung gem. § 766 I schriftlich erfolgen. Von diesem Formerfordernis sind die Vollkaufleute ausgenommen, deren Bürgschaftserklärung gem. §§ 350ff. HGB erfolgt¹⁰⁰. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen können erst dann ein Bestandteil eines Bürgschaftsvertrags werden, wenn die Voraussetzungen von § 305 II erfüllt sind. Dagegen gehören überraschende und mehrdeutige Klauseln gem. § 305c I nicht zu einem Vertragsinhalt, da sie zu einem Überraschungseffekt führen. Somit ist eine unangemessene Überraschungsklausel unwirksam¹⁰¹. Dies kommt dann vor, wo ein Missverhältnis zwischen der Klausel in den allgemeinen Geschäftsbedingungen und den Erwartungen des Vertragspartners vorliegt¹⁰². Eine solche überraschende Klausel¹⁰³ tritt auch dann ein, wo sich die Klausel auf alle Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung bezieht, aber der Bürge vor Unterzeichnung der Urkunde sich für das Entstehen einer bestimmten Verbindlichkeit erklärt hatte und der Gläubiger diesem nicht widersprochen hat. Vor allem sind diese Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen i.S.v. §§ 307, 309 unwirksam. Jedoch bleibt der Bürgschaftsvertrag trotz Unwirksamkeit einzelner oder sämtlicher Klauseln wirksam bestehen.

4.3.2 Unwirksamkeit des Bürgschaftsversprechens gemäß §§ 307, 309 Nr. 11 lit. a.

Das Bürgschaftsversprechen kann gem. § 307 unwirksam sein. Ferner kann die Unwirksamkeit des Bürgschaftsversprechens aus § 309 lit. a erfolgen, wobei der Bürge dem Abschlussvertretenden durch eine Bestimmung eine eigene Haftung oder Einstandspflichterklärung erteilt, ohne ihm eine ausdrückliche und gesonderte Erklärung darüber zu machen. Diese Erklärung erfolgt gem. § 766 I in schriftlicher Form¹⁰⁴.

4.4 Geschäftsgrundlage

4.4.1 Grundsatz

Die Geschäftsgrundlage der Bürgschaft basiert auf die nicht zum Vertragsinhalt erhobenen, aber beim Vertragsschluss zutage getretenen, dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten

¹⁰⁰ Esser, Josef & Weyers, Hans- Leo (1998). Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 1, Verträge, 8. Auflage, Heidelberg, § 40 II 1, s. 344ff.

¹⁰¹ Siehe Soergel & Siebert (Fn.32), § 765 Rn. 66.

¹⁰² BGHZ 130, 19, 25.

¹⁰³ BGH WM 1994, 784, 785.

¹⁰⁴ BGH NJW 1988, 2465.

Vorstellungen des einen Vertragsteils oder durch die gemeinsamen Vorstellungen des anderen Vertragsteils oder durch die gemeinsamen Vorstellungen beider Teile vom Vorhandensein und künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille auf diesen Umständen aufbaut¹⁰⁵. Die einseitige Erwartung des Bürgen über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners und über die Nichtinanspruchnahme durch den Gläubiger stellt keine Geschäftsgrundlage der Bürgschaft dar¹⁰⁶. Auch der Fortbestand anderer, gleichrangiger¹⁰⁷ oder nachrangiger¹⁰⁸ Sicherheiten ist keine Geschäftsgrundlage für die Bürgschaft. Die Geschäftsgrundlage entfällt nur gem. § 313. Bei einer Haftungsvereinbarung übernimmt der Bürge das Risiko fehlender Leistungs- bzw. Zahlungsfähigkeit des Schuldners schlechthin und uneingeschränkt, was dazu führt, dass die Geschäftsgrundlage nur ausnahmsweise wegfällt¹⁰⁹. Der Bürge kann sich also nicht auf die Änderung oder Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 berufen und verlangen, dass sich die Wahrscheinlichkeit seiner Inanspruchnahme nach dem Vertragsabschluss erhöht hat¹¹⁰. Das Bürgschaftsrisiko des Bürgen kann durch eine vertragliche Abrede¹¹¹ oder durch Hinzufügung einer Bedingung gem. § 158 auf bestimmte Ursachen der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners begrenzt werden¹¹². In dem Fall, wo das Risiko der Zahlungsunwilligkeit des zahlungsfähigen Schuldners vorliegt und wo der Bürge auf die Einrede der Vorausklage gem. §§ 771, 773 I Nr. 1 verzichtet, wird die Leistungsunwilligkeit des Schuldners auch als das verbürgte Risiko angesehen¹¹³.

4.4.2 Störung der Geschäftsgrundlage

Die Regeln für das Fehlen bzw. den Wegfall der Geschäftsgrundlage werden gem. § 313 als Störung der Geschäftsgrundlage bezeichnet. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt ausnahmsweise nur für außerhalb des unmittelbaren Risikos der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners liegenden Umstände in Betracht¹¹⁴. Zu diesen Umständen gehören z.B. die Übernahme der Bürgschaft zur Ermöglichung der Stundung der zu sichernden Verbindlichkeit oder übrige Umschuldungsmaßnahmen sowie die Durchführung eines Übernahmevertrages¹¹⁵.

Bei der Übernahme einer Bürgschaft durch einen Ehegatten ergeben sich besondere Umstände. Handelt es sich um eine Bürgschaft durch einen Ehegatten, dann stellt der Fortbestand der Ehe im Zweifel nicht die Geschäftsgrundlage der Bürgschaft dar¹¹⁶. Im Falle einer krassen Überforderung eines Ehegatten wird der Bürgschaftsvertrag als nichtig¹¹⁷ eingesehen, da in so einem Fall vermutet wird, dass eine Sittenwidrigkeit durch Vermögensverlagerungen vom Schuldner zum Bürgen erfolgt und der Gläubiger davor nicht geschützt ist. In solchen Fällen spielt auch ein Wegfall der Geschäftsgrundlage durch Scheidung oder Beendigung der Partnerschaft keine Rolle.

Eine Haftungsbeschränkung muss im Bürgschaftsvertrag vorhanden sein, sonst wird die Bürgschaft bei nicht Widerlegung der Vermutung der Sittenwidrigkeit, für nichtig gehalten. Davon sind bestimmte Fälle ausgenommen, wie die konkrete vom Kreditgeber zu beweisende Anhaltspunkte, die auf die eingeschränkte Verpflichtungswille bzw. die Vornahme künftiger Vermögensverlagerungen hinweisen¹¹⁸.

¹⁰⁵ BGH NJW-RR, 1987, 1188.

¹⁰⁶ BGH NJW 1988, 3205, 3206.

¹⁰⁷ BGH NJW 1994, 2146, 2147.

¹⁰⁸ BGH NJW 1979, 646.

¹⁰⁹ BGH NJW 1995, 592.

¹¹⁰ BGH NJW-RR, 1988, s. 495, 496.

¹¹¹ BGH, NJW 1989, 1276, 1278.

¹¹² PWW, BGB, § 765, Rn. 51.

¹¹³ BGH NJW 1988, s. 2173.

¹¹⁴ BGH NJW 1994, 2146, 2147.

¹¹⁵ BGH BB 1974, 1454.

¹¹⁶ BGH NJW 1987, 1629, 1630.

¹¹⁷ NJW 2002, 2228, 2229f.

¹¹⁸ BGH NJW 1995, 592.

Nur in diesem Fall kommt wegen Wegfall der Geschäftsgrundlage zu einer gänzlichen oder teilweisen Befreiung des Bürgen nach einer Scheidung oder endgültiger Trennung des Bürgen vom Schuldner¹¹⁹.

4.5 Bedingungen und Befristung

4.5.1 Bedingung

Der Bürge kann die Bürgschaft gem. § 158 unter einer aufschiebenden und auflösenden Bedingung übernehmen¹²⁰. Da durch die Einschränkung der Haftungsverpflichtung diese Bedingungen ermöglicht wird, bedarf die Abrede der Bedingungen nicht der Schriftform des § 766 I. Bei einer aufschiebend bedingten Verbindlichkeit ist die Verbindlichkeit des Bürgen in der Schwebe, bis die Hauptverbindlichkeit entstanden bzw. wirksam geworden ist¹²¹. Die aufschiebend bedingte Verbindlichkeit sieht man bei der Rückbürgschaft, so dass die Haftung des Bürgen mit dem Eintritt der Bedingung entsteht, bzw. mit dem Ausfall der Bedingung ausfällt. Eine aufschiebende Bedingung kann die Scheidung einer Ehe bei einer Ehegattenbürgschaft sein, so dass der Ausschuss der Bürgschaft nicht sofort in Kraft tritt, sondern durch ein zukünftiges Ergebnis eintreten muss. Bei der auflösend bedingten Verbindlichkeit haftet der Bürge im Falle des Ausfalls der Bedingung unbedingte. Mit dem Eintritt der auflösend bedingten Verbindlichkeit entfällt die Haftung des Bürgen in Folge der Akzessorietät mit Wirkung ex nunc gegenstandslos¹²². Als eine auflösende Bedingung kann die gem. § 777 geregelte Zeitbürgschaft bezeichnet werden.

4.5.2 Befristung

Die Bürgschaftsverpflichtung ist sehr eng mit der zu sichernden Verbindlichkeit bzw. mit der sogenannten Akzessorietät verbunden, d.h., dass die Verpflichtung des Bürgen erst mit dem Erlöschen der zu sichernden Verbindlichkeit erlischt. Eine Bürgschaft kann gem. § 163 mit der Bestimmung eines Anfangs- und Endtermins wirksam werden. Ferner kann der Endtermin der Bürgschaft gem. § 777 vereinbart werden.

4.6 Beendigung

4.6.1 Erlöschen der Hauptschuld

Aufgrund der Akzessorietät i.S.v. § 767 I 1 erlischt die Bürgschaft grundsätzlich¹²³ mit Erlöschen aller gesicherten Verbindlichkeiten also der Hauptschuld. Es kann aber vorkommen, dass der Schuldner bei demselben Gläubiger mehrere Verbindlichkeiten hat und die vom Schuldner erbrachte Leistung nicht die Tilgung sämtlicher Verbindlichkeiten abdeckt. Dies tritt im Falle des Bereicherungs- und Ersatzanspruchs des Gläubigers im Rahmen einer Bürgschaft gegenüber dem Schuldner ein, wobei der Schuldner seine Tilgung entweder gem. § 366 I einseitig bestimmt oder eine von § 366 abweichende Tilgungsvereinbarung mit dem Gläubiger vornimmt. Dies muss der Bürge aber akzeptieren¹²⁴. Wenn keiner dieser Fälle vorliegt, dann muss mit Berücksichtigung der Bedingung des § 366 II eine Tilgungsvereinbarung zwischen dem Bürge und dem Gläubiger getroffen werden, so dass die vom Schuldner erbrachte Leistung zuerst auf die vom Bürgen gesicherte Verbindlichkeit angerechnet wird¹²⁵.

¹¹⁹ Beckmann (Fn.12), § 765 Rn. 24.

¹²⁰ BGH NJW 1987, 1631.

¹²¹ Siehe Soergel & Siebert (Fn.32), § 765 Rn. 15.

¹²² Siehe Herrmann (Fn.39), § 765 BGB Rn. 3.

¹²³ OLG München WM 2008, 2112.

¹²⁴ BGH NJW 1993, 2043, 2044.

¹²⁵ NJW 1956, s. 1240, 1241.

4.6.2 Wechsel und Wegfall eines Beteiligten

4.6.2.1 Tod des Bürgen

Trotz des Todes des Bürgen umfasst sein Erbe weiterhin die Verbindlichkeit aus einer übernommenen Kreditbürgschaft, bis diese Bürgschaft gekündigt wird¹²⁶. Dabei muss der Gläubiger dem Erben aufklären, dass die Verbindlichkeit aus einer langfristigen Kreditbürgschaft auf den Erben übergeht. Ansonsten kann eine Gefahr eintreten, dass nach einer erheblichen Zeit dem Gläubiger nach Treu und Glauben keine Ansprüche mehr aus der Bürgschaft zustehen, da der Bürge die Kündigung der Bürgschaft aus offensichtlicher Unkenntnis nicht wahrgenommen hat¹²⁷. Ist der Gläubiger Alleinerbe des Bürgen, erlischt die Bürgschaft durch Konfusion. Ist jedoch stattdessen der Schuldner der Erbe des Bürgen, dann handelt es sich um eine sogenannten unechte Konfusion, bei dem sowohl die Verbindlichkeiten als auch die Sicherheiten für diese Bürgschaft bestehen bleiben¹²⁸.

4.6.2.2 Wechsel und Wegfall des Hauptschuldners

4.6.2.2.1 Wechsel des Hauptschuldners

Mit der befreienden Schuldübernahme erlischt die Bürgschaft gem. § 418 I 1, wenn der Bürge zustimmt. Demnach dient die Zustimmung des Bürgen für den Schuldnerwechsel dem Schutz des Bürgen. Die Einwilligung erfolgt gem. § 766 I¹²⁹. Die Vorschrift des § 418 I wird auch im Falle des Schuldnerwechsels durch die Vertragsübernahme¹³⁰ angewendet. Handelt es sich um eine Bürgschaft für einen in Form von juristischer Personen oder von einer Personengesellschaft befindenden Hauptschuldner, gilt die Bürgschaft für die auf den Gesellschafter übergegangene Schuld. Das bedeutet, dass die Bürgschaft, die für die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft abgegeben wurde, bestehen bleibt, wenn alle Gesellschafter bis auf einen ausscheiden und diesem die Gesellschafterverbindlichkeiten zuwachsen¹³¹.

4.6.2.2.2 Wegfall des Hauptschuldners

Im Falle des Todes des Hauptschuldners erlischt weder die zu sichernde Verbindlichkeit, noch die dafür bestellte Bürgschaft. Der Bürge kann sich gem. § 768 II 2 auf keine Einreden der beschränkten Erbenhaftung berufen. Ist der Erbe als Nachfolger auf dem Geschäftsbetrieb des Hauptschuldners tätig, dann bleibt die für zukünftige Geschäftsverbindlichkeit übernommene Bürgschaft für den Nachfolger bestehen¹³². Ist der Gläubiger der Erbe des Hauptschuldners, kommt es meistens zum Erlöschen der gesicherten Schuld durch die Konfusion und somit zum Erlöschen der Bürgschaft. Ist der Bürge der Bürge des Hauptschuldners, so bleiben die Verpflichtungen des Bürgen und des Schuldners beim Bürgen bestehen. Sind der Gläubiger und der Bürge gleichzeitig der Erbe des Hauptschuldners, dann bleibt die Bürgschaft auch in diesem Fall bestehen. Hat der Bürge den Gläubiger befriedigt, gehen die Forderung des Gläubigers gem. § 774 I auf den Bürgen über, d.h., dass der Gläubiger als Miterbe des Schuldners nach Maßgabe seines Erbteils dem Bürgen Ersatz zu erbringen hat¹³³.

¹²⁶ Siehe Beckmann (Fn.12), § 765 Rn. 46.

¹²⁷ RG JW 1932, 1655f.

¹²⁸ Siehe Habersack (Fn.9), § 765 Rn. 49.

¹²⁹ Siehe Schimansky & Bunte & Lwowski (Fn. 71), Rn. 112

¹³⁰ OLG Hamm, WM 1990, s. 1152(Urteil vom 30. August 1989, 31 u 39/89)

¹³¹ BGH NJW 1993, 1917, 1918.

¹³² Siehe Beckmann (Fn.12), § 765 Rn. 47.

¹³³ Siehe Horn (Fn.16), § 765 Rn. 223.

4.6.2.3 Wechsel und Wegfall des Gläubigers

4.6.2.3.1 Wechsel des Gläubigers

Mit der Abtretung der gesicherten Forderung gem. §§ 401, 412 gehen sowohl die gesicherte Forderung als auch die Ansprüche aus einer für sie bestellten Bürgschaft von dem alten, dem sogenannten Zedent auf den neuen Gläubiger also dem Zessionar über. Geht jedoch nur die gesicherte Forderung aber nicht der Anspruch aus der Bürgschaft auf den Zessionar über, dann handelt es sich um eine isoliert abgetretene Hauptforderung. In so einem Fall erlischt die Bürgschaft¹³⁴, da es gegen die Vorschriften von §§ 399, 412, § 1250 II bzw. gegen die Unabtretbarkeit der Bürgschaftsforderung verstößt¹³⁵. Es kann aber zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen eine Individualvereinbarung getroffen werden, dass der Bürge im Falle des Rückerwerbs der Hauptforderung durch den Zedent die Bürgschaft übernimmt. Eine Abtretung der Rechte aus der Bürgschaft ohne die Hauptforderung ist auch grundsätzlich unwirksam, da dies dem Grundsatz der Gläubigeridentität widerspricht¹³⁶.

4.6.2.3.2 Wegfall des Gläubigers

Im Falle des Todes des Gläubigers gehen gem. § 1922 I die Hauptforderung und nach §§ 402, 412 die Bürgschaftsforderung bzw. Ansprüche aus der Bürgschaft auf den oder die Erben über. Ist der Bürge Erbe des Gläubigers, erlischt die Bürgschaft durch Konfusion. Wenn aber der Schuldner der Erbe des Gläubigers ist, erlischt dadurch die gesicherte Hauptforderung infolge der Konfusion und somit die akzessorische Bürgschaftsforderung¹³⁷.

4.6.3 Kündigung

Die Bürgschaft kann grundsätzlich, außer bei vertraglicher Kündigungsmöglichkeit, nicht gekündigt werden. Eine Ausnahme davon ist die Bürgschaft auf unbestimmte Zeit, die zur Sicherung eines Dauerschuldverhältnisses oder zur Sicherung eines Kredits übernommen worden ist. In beiden Fällen kann die Bürgschaft nach Treu und Glauben nach Ablauf eines gewissen Zeitraums unter Einhaltung einer angemessenen Frist, durch die sogenannten ordentliche Kündigung oder beim Eintritt wichtiger Umstände mit Wirkung für die Zukunft, die sogenannten außerordentliche Kündigung, gekündigt werden¹³⁸. Bei der Kreditbürgschaft wird eine dreimonatige Kündigungsfrist in Anwendung von § 488 III als angemessen angesehen. Dabei können bei Bürgschaften zur Sicherung eines Factoring-Vertrags nur sechs bis acht wöchige Kündigungsfristen ausreichend sein¹³⁹. Eine Kündigung des aus der Bürgschaft ausgeschiedenen Bürgen kann aber auch drei Jahre später nach Übernahme einer Bürgschaft erfolgen¹⁴⁰. Eine Kündigung kann auch fristlos erfolgen¹⁴¹. Die Kündigung eines Bürgschaftsvertrags bei einer Mietbürgschaft findet in dem Zeitpunkt statt, zu dem der Vermieter den Mietvertrag ordentlich kündigen kann¹⁴².

Dagegen kann die Bürgschaft auf bestimmter Zeit nur außerordentlich gekündigt werden¹⁴³. Für die außerordentliche Kündigung nach § 314 muss ein Dauerschuldverhältnis vorliegen. Die Bürgschaft,

¹³⁴ BGH NJW 1991, 3025.

¹³⁵ Siehe Habersack (Fn.9), Rn. 52.

¹³⁶ BGH NJW 1991, 3025.

¹³⁷ Siehe Habersack (Fn.9), § 765 Rn. 54.

¹³⁸ BGH NJW 1985, 3007, 3008; BGH NJW 1986, 252, 253; BGH NJW 1986, 2308, 2309.

¹³⁹ OLG Celle NJW-RR 1989, 548.

¹⁴⁰ BGH NJW 1985, 3007, 3008.

¹⁴¹ BGH WM 1985, 969 (Urteil vom 4. Juli 1985, IX ZR 135/84, Saarbrücken)

¹⁴² BGH NJW 1999, 3128.

¹⁴³ Siehe Herrmann (Fn.39), § 765 BGB Rn. 8.

sowohl auf bestimmter als auch auf unbestimmter Zeit, stellt ein Dauerschuldverhältnis dar¹⁴⁴. Die Kündigung nach § 314 erfolgt, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung tritt in manchen Fällen ein. Zu diesen Fällen gehören z.B. erhebliche Verschlechterung der Vermögenslage des Hauptschuldners¹⁴⁵, Scheidung der Ehe bei Stellung einer Bürgschaft für den anderen Partner¹⁴⁶, das Ausscheiden des für Gesellschafterschulden bürgenden Gesellschafters oder Geschäftsführers aus der Gesellschaft. In so einem Fall muss für eine außerordentliche Kündigung eine angemessene Zeit zugunsten des Gläubigers vorliegen, damit der Gläubiger entweder die Geschäftsbeziehungen zu der Gesellschaft beenden oder gegen Bestellung weiterer Sicherheiten fortführen kann¹⁴⁷. Ferner kann als wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung der Eintritt des die der als Komplementär der KG oder als Gesellschafter der OHG gem. §§ 128, 130, 161 Abs. 2 HGB unbeschränkt haftende und für die Gesellschaftsverbindlichkeit einstehende Bürge in die Gesellschaft sein¹⁴⁸.

Die Wirkung der Kündigung des Bürgschaftsvertrags ist wie jede Kündigung ex-nunc, d.h. die Bürgschaft umfasst nur die Verbindlichkeiten, die im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung bestehen. Die zukünftigen Verbindlichkeiten, die nach Wirksamwerden der Kündigung aufgenommen worden sind, werden nicht mehr von der Bürgschaft erfasst¹⁴⁹, wenn es sich um keine Nebenforderungen oder Kosten nach § 767 I 2, II handelt¹⁵⁰. Im Falle eines Kontokorrentkredits beschränkt sich die Bürgenhaftung auf dem Tagessaldo, der sich beim Wirksamwerden der Kündigungserklärung ergibt¹⁵¹.

4.6.4 Erfüllung der Bürgenschuld und sonstige Gründe

Die Bürgenschuld erlischt gem. §§ 362 ff. durch Erfüllung oder mit Erfüllungssurrogat¹⁵². Ferner erlischt die Bürgenschuld mit dem Abschluss eines Erlassvertrages nach § 397 I, wobei die Bürgenhaftung nicht durch eine bloße Aushändigung der Bürgschaftsurkunde, sondern durch einen Erlassvertrag entfällt¹⁵³. Des Weiteren erlischt die Bürgenschuld auch durch die Aufhebung des Bürgschaftsvertrages¹⁵⁴.

5. Hauptforderung

5.1 Sicherbare Forderungen

Die Bürgschaft kann unabhängig von dem Inhalt, der Art¹⁵⁵, dem Rechtgrund, für jede schuldrechtliche Verbindlichkeit des Schuldners übernommen werden.

5.2 Bestimmbarkeit

Bei der nach § 766 formbedürftigen und nach § 350 HGB formlosen Bürgschaft müssen inhaltlich in der Bürgschaftserklärung bzw. im Bürgschaftsvertrags die zu sichernde Hauptforderung nach der Person des Hauptschuldners und des Gläubigers und nach ihrem individuellen Merkmalen sowie nach Art und

¹⁴⁴ BGH, NJW 1986, 252, 253; BGH, NJW 1986, 2308, 2309.

¹⁴⁵ BGH NJW-RR 1993, 944, 945; BGH NJW 1985, 3007, 3008.

¹⁴⁶ BGH NJW 2003, 61, 62.

¹⁴⁷ BGH NJW 1986, 252,253; OLG Celle NJW-RR 1989, 548.

¹⁴⁸ BGH NJW 1986, 2308, 2309.

¹⁴⁹ Siehe Horn (Fn.16), § 765 Rn. 233.

¹⁵⁰ BGH NJW 1989, 27, 28

¹⁵¹ BGH NJW 1985, 3007, 3008.

¹⁵² BGH NJW 1986, 1038.

¹⁵³ BGH NJW 1986, 1691.

¹⁵⁴ Siehe Habersack (Fn.9), § 765 BGB, Rn.61.

¹⁵⁵ BGH NJW 1989, 1856, 1857.

Umfang der Haftung des Bürgen bestimmt werden. Der sogenannte Bestimmtheitsgrundsatz muss eingehalten werden, damit die Bürgschaft wirksam zustande kommt. Nach § 765 wird die Bestimmtheit der Hauptforderung vorausgesetzt. Ausgehend davon wird auch die Akzessorietät gem. §§ 765, 767 bestimmt. Der Bestimmtheitsgrundsatz im Bürgschaftsrecht verfügt über mehrere Funktionen¹⁵⁶. Dieser dient vor allem dem Schutz des Bürgen vor unabsehbarer Belastung, gehört zum allgemeinen Grundsatz und bestimmt den Inhalt sowie den Sicherungszweck jeder Schuld.

5.2.1 Schutzzweck

Die gesicherte Hauptschuld muss nach Schuldner, Gläubiger und Schuldgrund bestimmbar und nicht unübersehbar sein. Die Übernahme einer Bürgschaft für alle nur irgendwie denkbaren Verbindlichkeiten des Hauptschuldners ohne jede sachliche Begrenzung ist unwirksam, weil eine so weit gefasste Verbürgung das Risiko zum Nachteil des Bürgen zu weit ausdehnt und zugleich die Warnfunktion des § 766 aushöhlt¹⁵⁷. Das Schriftformerfordernis gem. § 766 muss eine Bürgschaftserklärung erfüllen. Diese Vorschrift bezweckt mit der sogenannten "Warnfunktion" die Warnung des Bürgen vor der mit seiner Erklärung verbundenen risikoreichen, streng einseitigen Haftung und dient dazu, den Umfang der Verpflichtung klarzustellen und die Forderung im Streitfall beweisen zu können. Nach der Rechtsprechung des BGH¹⁵⁸ ist die Schriftform nur dann eingehalten, wenn die Bürgschaftsurkunde außer dem Willen, für fremde Schuld einzustehen, auch die Bezeichnung des Gläubigers, des Hauptschuldners und der verbürgten Hauptschuld enthält. Es ist aber nicht unbedingt nötig, dass diese Bestandteile sich aus dem Wortlaut der Bürgschaftserklärung ergeben. Es kann auch so handgehabt werden, dass eine unklare und mehrdeutige Formulierung über diese Bestandteile durch die Auslegung aufgehoben wird, wozu auch außerhalb der Urkunde liegenden Umstände herangezogen werden können. Es muss sich aus dem Urkundeninhalt ein zureichender Anhaltspunkt für eine solche Auslegung ableiten, sodass der Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung dort seinen Ausdruck gefunden hat. Von diesem Schriftformerfordernis sind gem. § 350 HGB Kaufleute ausgeschlossen¹⁵⁹. Eine Bürgschaft, die das Bestimmtheitsgrundsatz und das Schriftformerfordernis nicht erfüllt, wird nicht wegen Formmangel, sondern wegen Bestimmtheitsmangel für unwirksam gehalten¹⁶⁰.

5.2.2 Verbürgte Forderung

Nach dem Bestimmtheitsgrundsatz muss die verbürgte Forderung im Bürgschaftsvertrag eindeutig ermittelt werden. Auch bei der künftigen Verbindlichkeit i. S. v § 765 II, muss der Bestimmtheitsgrundsatz erfüllt sein, wobei dieser sich auf den Zeitpunkt der Entstehung der Forderung bezieht¹⁶¹. Es kann nicht für alle künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners verbürgt werden, da es gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und gegen das Transparenzgebot nach § 307 verstößt und somit einen Nichtigkeitstatbestand darstellt¹⁶².

5.2.3 Gläubiger und Hauptschuldner

Die Person des Gläubigers und des Hauptschuldners sind der Bürgschaftsurkunde zweifelsfrei zu entnehmen¹⁶³. Die Rechtsprechung¹⁶⁴ hält es für möglich, dass im Einzelfall aus der Bezeichnung der

¹⁵⁶ Siehe Horn (Fn.16), § 765 Rn. 13f.

¹⁵⁷ BGH NJW 1990, 1909.

¹⁵⁸ BGH NJW 1990, 1909.

¹⁵⁹ BGH NJW 1993, 724, 725.

¹⁶⁰ Siehe Habersack (Fn.9), § 765 Rn. 69.

¹⁶¹ Siehe Habersack (Fn.9), § 765 Rn. 70.

¹⁶² BGH NJW 1995, 2553, 2556.

¹⁶³ BGH NJW 2001, 3327, 3328.

Hauptschuld auf die Person des in der Urkunde nicht erwähnten Gläubigers zu schließen ist. Umkehrt ist es ebenso denkbar, dass die Person des Gläubigers oder Hauptschuldners den erforderlichen Hinweis auf den Inhalt der Hauptschuld liefert¹⁶⁵. Der Gläubiger muss bestimmbar sein, da der Bürge und der Gläubiger an dem Bürgschaftsvertrag gebunden sind und der Gläubiger aus der Bürgschaft berechtigt ist¹⁶⁶. Die Person des Schuldners muss auch bestimmt sein, damit nicht nur die gesicherte Forderung, sondern auch die durch die Bürgschaft übernommene Risiko bestimmt werden kann¹⁶⁷. Die Auswahl des Schuldners ist sowohl dem Gläubiger als auch dem Bürgen überlassen¹⁶⁸.

5.3 Formularmäßige Zweckerklärung bzw. Bürgschaftserklärung

5.3.1 Grundsatz

Nach dem Bestimmtheitsgrundsatz muss neben der Person des Gläubigers und des Hauptschuldners zumindest die Zweckerklärung derart bestimmt werden, dass sie nach Art und Umfang, ggf. durch Auslegung bestimmbar ist. Dafür ist z.B. die gebräuchliche Angabe bzw. eine formularmäßige Bürgschaftserklärung wie “für alle bestehenden und künftigen aus der laufenden Geschäftsbeziehung”¹⁶⁹ ausreichend. Eine Bürgschaft für “alle künftigen Verbindlichkeiten” des Hauptschuldners ohne weitere Spezifikation ist aufgrund ihrer Unbestimmtheit unwirksam¹⁷⁰.

Abgesehen vom Bestimmtheitserfordernis kann eine formularmäßige Ausdehnung der Bürgschaft auf alle bestehenden und künftigen Forderungen aus Geschäftsverbindung zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner oder auf einen ähnlichen Kreis nicht näher bezeichneten Forderungen nach der an das Grundschuldrecht angelehnten “Anlassrechtsprechung” gegen §§ 305c I, 307 verstoßen¹⁷¹.

5.3.1.1 Einbeziehungskontrolle gem. § 305 c I

Im Falle einer Formularbürgschaft gem. § 305 I 2 wird eine Bürgschaft oft für einen bestimmten Anlass übernommen, z.B. für ein Darlehen, für dessen Rückzahlung der Bürge einstehen will. Dieser Anlass beschränkt die Einstandspflicht des Formularbürgen ein¹⁷². Eine Klausel i.S.v. § 305 c I wird für ungewöhnlich gehalten, wenn sie eine aus Anlass eines bestimmten Geschäfts zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner übernommene Bürgschaft auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des Schuldners aus der Geschäftsverbindung erstreckt¹⁷³, selbst wenn es sich um einen Höchstbetragsbürgschaft handelt¹⁷⁴. Dagegen kann eine Klausel nicht als überraschend bezeichnet werden, wenn der Bürge ohne betragsmäßige Begrenzung eine Bürgschaft übernimmt und somit die Bürgschaftsrisiken unterschätzt¹⁷⁵.

5.3.1.2 Inhaltskontrolle gem. § 307 ff.

Eine unangemessene Benachteiligung des Bürgen liegt dann vor, wenn eine Klausel die Haftung des Bürgen über die Ansprüche gegen den Hauptschuldner hinaus, die Anlass der Verbürgung sind¹⁷⁶, auf alle

¹⁶⁴ BGH NJW 2001, 3327, 3328.

¹⁶⁵ BGH NJW 1993, 724, 725.

¹⁶⁶ BGH NJW 1992, 1448.

¹⁶⁷ BGH NJW 1995, 959.

¹⁶⁸ BGH WM 1985, 969 (Urteil vom 4. Juli 1985, IX ZR 135/84, Saarbrücken)

¹⁶⁹ BGHZ 130, 19.

¹⁷⁰ BGHZ 25, 318.

¹⁷¹ BGHZ 130, 19; 137, 155; 145, 95.

¹⁷² Siehe Bülow (Fn.5), Rn. 846.

¹⁷³ BGH 126, 174, 180= NJW 1994, 2145; BGH 130, 19, 24ff. = NJW 1995, 2553.

¹⁷⁴ BGH NJW 1996, 1470, 1473.

¹⁷⁵ BGHZ 130, 19, 28, 30f. =NJW 1995, 2553.

¹⁷⁶ OLG Köln, Urteil vom 30.01.2002 - 13 U 93/01.

Ansprüche des Gläubigers gegen den Hauptschuldner erstreckt¹⁷⁷. Wenn es sich um einen Verbürgungsanlass handelt, die darüber hinausgehende Zweckerklärung aber eine Erweiterung der Bürgenhaftung auf künftige Verbindlichkeiten aus der Geschäftsverbindung zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner festlegt, stellen diese zukünftigen Verbindlichkeiten, die durch die späteren Vereinbarungen zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner entstanden sind, nachträgliche und den Bürgen nicht verpflichtende Erweiterungen nach § 767 I 3 dar. Solche Bürgschaftserklärungen, die zur Erweiterung der Bürgenhaftung führen, stellen einen Verstoß gegen § 767 I 3 und somit ein Verbot der Fremddisposition dar¹⁷⁸. Daher sind solche Bürgschaftserklärungen nach § 307 II Nr.1 unwirksam¹⁷⁹.

Ist kein Anlasskredit vorhanden, werden in die Bürgenhaftung auch die künftigen Verbindlichkeiten einbezogen. Demnach findet gem. § 307 II i.V.m. § 307 III keine Inhaltskontrolle statt¹⁸⁰.

5.3.2 Ausnahmen zu §§ 305 c I, 307 ff.

Von den Anwendungen des §§ 305c I, 307 ff. sind solche Bürgschaften für künftige Verbindlichkeiten ausgeschlossen, die der Bürge als persönlich haftender Gesellschafter, Mehrheitsgesellschafter oder Geschäftsführer¹⁸¹ des Hauptschuldners die Aufnahme weiterer Verbindlichkeiten des Hauptschuldners verhindern und somit das Risiko, das mit der Übernahme der Bürgschaft verbunden ist, vermeiden kann¹⁸². In diesem Fall unterliegt die Hauptverbindlichkeit keiner Fremd-, sondern der Selbstdisposition durch den Bürgen¹⁸³.

5.3.3 Abweichung der Vereinbarungen

Verstößt eine Zweckerklärung gegen die Vorschriften des §§ 305 c I, 307, ist diese unwirksam. Daraus kann sich aber nicht die Unwirksamkeit der Bürgschaft ergeben. Diese kann gem. § 306 I wirksam bleiben¹⁸⁴.

5.4 Umfang der Haftung, Forderungsidentität

Durch Auslegung des Bürgschaftsvertrages kann der Umfang der Haftung des Bürgen bestimmt werden, wobei die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zur Anwendung kommen¹⁸⁵. Bei den AGB-förmigen Zweckabreden sind Einbeziehungs- und Inhaltskontrollen durchzuführen. Die Bürgschaft bezieht sich auch auf die vereinbarten Zinsen, die bezüglich der zu sichernden Verbindlichkeiten anfallen¹⁸⁶. Handelt es sich um eine Zinsanpassungsklausel, die die Haftung des Bürgen von einem variablen Darlehenszins oder von den Zinserhöhungen abhängig macht und somit die Interessen des Bürgen in angemessener Weise benachteiligt, müssen daher die §§ 305 ff. Anwendung finden. In so einem Fall muss der Bürgschaftsvertrag durch eine Auslegung erweitert werden¹⁸⁷. Die Haftung des Bürgen kann sich auch auf Vertragskosten und Vertragsstrafen beziehen. Für Verzugszinsen und die Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung haftet der Bürge gemäß § 767 I 2, II¹⁸⁸.

¹⁷⁷ Siehe Sprau (Fn.7), § 765 BGB Rn. 20.

¹⁷⁸ Siehe Bülow (Fn.5), Rn. 913.

¹⁷⁹ BGHZ 156, 302, 310.

¹⁸⁰ BGH NJW 1996, 924.

¹⁸¹ BGH NJW 1996, 3205; OLG Naumburg, NZG 2002, 983.

¹⁸² BGH NJW 1994, 2145; BGH NJW 1996, 3205.

¹⁸³ BGH NJW 2002, 3167, 3168.

¹⁸⁴ Siehe Habersack (Fn.9), § 765 BGB, Rn.76.

¹⁸⁵ BGH NJW 1996, 717; BGH NJW 1992, 2629f.

¹⁸⁶ BGH NJW 1980, 2131.

¹⁸⁷ BGH NJW 2000, 2580, 2582; BGH NJW 1986, 1803.

¹⁸⁸ Siehe Habersack (Fn.9), § 765, Rn. 77.

6 Rechte und Pflichten der Parteien

6.1 Rechte und Pflichten des Bürgen

6.1.1 Einstandspflicht bzw. Leistungspflicht des Bürgen als Hauptpflicht

6.1.1.1 Inhalt

Wie bereits erwähnt, hat der Bürge gem. § 765 I ausgehend vom Bürgschaftsvertrag eine eigenständige, von der Hauptschuld verschiedene und einseitige Einstandspflicht bzw. Leistungspflicht für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Hauptschuldners im übernommenen Umfang einzustehen¹⁸⁹. Die Verpflichtung des Bürgen ist akzessorischer¹⁹⁰ Natur.

6.1.1.2 Fälligkeit der Bürgenschuld und Inanspruchnahme des Bürgen vom Gläubiger

Bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern ist es so, dass die Bürgenschuld mit der Inanspruchnahme des Bürgen fällig wird, obwohl der Sicherungsfall noch nicht eingetreten ist¹⁹¹. Ausgenommen davon ist es bei anderen Bürgschaftsarten so, dass die Bürgenschuld erst dann fällig wird, wenn der Bürgschaftsfall eintritt bzw. wenn die Hauptforderung fällig wird¹⁹² und zwar unabhängig von einer Leistungsaufforderung des Gläubigers¹⁹³. Handelt es sich um die Einrede der Vorausklage des Bürgen gem. § 771 oder um die zusätzlichen Voraussetzungen für die Fälligkeit der Bürgenschuld, kann die Fälligkeit der Bürgenschuld von der der Hauptforderung abweichen¹⁹⁴. Der Gläubiger trägt insofern die Beweislast, dass er dem Bürgen die Voraussetzungen für das Entstehen und die Fälligkeit der Verbindlichkeit des Hauptschuldners bzw. den Eintritt des Bürgschaftsfalls darlegen und beweisen muss¹⁹⁵.

Eine Befreiung des Bürgen von der Leistung der Bürgenschuld kann unter Verwendung von AGB dann vorkommen, wenn der Inhalt der Hauptschuld durch die nachträgliche Vereinbarung verändert wird und der Bürge schuldhaft über die Art des gewährten Darlehens und seiner Tilgungsmodalitäten informiert wurde, so dass dem Bürgen ein höheres Risiko zugerechnet wird, als das des ursprünglich vereinbarten Bürgschaftsvertrags¹⁹⁶. Geht es unter der Verwendung von AGB um einen Avalkreditauftrag zwischen dem Bürgen und dem Schuldner, wo der Bürge sich auf die Einrede der Anfechtung und der Aufrechnung sowie der Vorausklage ge. §§ 770, 771 verzichtet, ist der Bürge auch ohne gerichtliches Verfahren im Falle eines einseitigen Anforderns des Gläubigers zur Zahlung berechtigt¹⁹⁷.

6.1.1.3 Erfüllungsort

Wegen der Selbständigkeit der Verpflichtung des Bürgen von der Hauptschuld besteht ein eigenständiger Erfüllungsort¹⁹⁸. Der Erfüllungsort der Bürgschaft und damit der Gerichtsstand nach §§ 269, 270 ist grundsätzlich der Wohnsitz des Bürgen¹⁹⁹.

¹⁸⁹ BGH NJW 1998, 2972, 2973.

¹⁹⁰ s.a. Kapitel 2.1.

¹⁹¹ BGH NJW –RR 2001, 307, 308.

¹⁹² BeckRS 2006 00043.

¹⁹³ BGH NJW 2008, 1729, Tz. 24.

¹⁹⁴ Siehe Habersack (Fn.9), § 765 Rn. 80.

¹⁹⁵ BGH NJW –RR 2002, 986.

¹⁹⁶ BGH NJW 1980, 2411, 2412.

¹⁹⁷ BGH NJW 1986, 310.

¹⁹⁸ Beckmann (Fn.12), § 765 Rn. 62.

¹⁹⁹ BGH NJW 1546, 1547.

6.1.1.4 Rechtsweg

Der Streit um die Rechte und Pflichten aus einer Bürgschaft gehört auch dann in den Zivilrechtsweg, wenn sie eine öffentlich-rechtliche Forderung sichert²⁰⁰.

6.1.1.5 Einreden des Bürgen

Dem Bürgen stehen nicht nur eigene Einwendungen und Einreden gem. §§ 771, 772 im Zusammenhang mit dem Bürgschaftsvertrag zu, sondern auch solche, die sich gem. § 768 vom Hauptschuldner ableiten bzw. aus der Akzessorietät stammen²⁰¹. Dem Bürgen stehen auch die Einreden gem. § 273 I zu²⁰². Der Anspruch des Gläubigers bzw. die Bürgenschuld verjährt selbständig, also unabhängig davon, ob die Hauptschuld früher oder später verjährt oder ausnahmsweise entfällt²⁰³. Die Verjährung wird in den §§ 195, 199 geregelt. Die Verjährung der Bürgenschuld beginnt gem. § 199 I Nr. 1 bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft mit der Fälligkeit der Hauptforderung, grundsätzlich mit der Fälligkeit der Bürgenschuld und außerdem mit Wegfall der Einrede gem. § 771²⁰⁴.

6.1.2 Nebenpflichten des Bürgen

Der Bürge hat grundsätzlich keine Warn- bzw. Hinweispflichten gegenüber dem Gläubiger²⁰⁵. Handelt es sich um eine Bürgschaft unter einer aufschiebenden Bedingung²⁰⁶, deren Eintritt vom Belieben des Gläubigers abhängt, hat der Bürge dem Gläubiger nicht darauf hinzuweisen, dass die Bedingung noch nicht erfüllt ist²⁰⁷. Dem Bürgen können aber auch im Einzelfall Leistungstreue- und Mitwirkungspflichten aus §§ 241 II, 242 zustehen. Diese kommen z.B. dann in Betracht, wenn der Bürge aus gesellschaftsrechtlichen Gründen bestimmten Einfluss auf die wirtschaftlichen Entscheidungen des Hauptschuldners bzw. auf den Abschluss und den Inhalt der von Hauptschuldner geschlossenen Verträge und somit auf den Eintritt des Bürgschaftsfalls hat²⁰⁸.

6.2 Rechte und Pflichten des Gläubigers

6.2.1 Allgemeines

Da der Bürgschaftsvertrag einen einseitigen Charakter hat, hat der Gläubiger gegenüber dem Bürgen keine Hauptleistungspflichten. Davon ist der gegenseitige Vertrag i.S.v § 320ff. ausgenommen²⁰⁹. Der Gläubiger muss gegenüber dem Bürgen den Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 berücksichtigen²¹⁰. Aus diesem Grund können den Gläubiger gegenüber dem Bürgen Sorgfalts- und Aufklärungspflichten bzw. Obliegenheiten treffen. Durch die Sorgfalts- und Aufklärungspflichten zielt der Gläubiger auf das legitime Sicherheitsinteresse der Bürgschaft bzw. auf die Einschränkung der

²⁰⁰ BGH NJW 1984, 1622, 1623.

²⁰¹ Siehe Sprau (Fn.7), § 765, Rn.25.

²⁰² Siehe Habersack (Fn.9), § 765, Rn. 82.

²⁰³ Siehe Sprau (Fn.7), § 765, Rn.26.

²⁰⁴ Siehe Habersack (Fn.9), § 765, Rn. 82.

²⁰⁵ BGH NJW 1987, 1631.

²⁰⁶ s.a. Kapitel 5.5.1.

²⁰⁷ BGH NJW 1987, 1631;

²⁰⁸ BGH NJW-RR 1989, 1393, 1395.

²⁰⁹ Stadler, Astrid: Jauernig, Othmar (2007) BGB mit Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz Kommentare, 12. Auflage, München, C.H. Beck, § 765 Rn.24.

²¹⁰ Siehe Sprau (Fn.7), § 765, Rn.33.

Bürgschaftsrisiken, wobei aber die Bürgschaftsrisiken meistens vom Bürgen übernommen und die Interessen des Bürgen nicht gewahrt werden²¹¹. Zur Beschränkung der Bürgschaftsrisiken spielen neben den aufschiebenden und auflösenden Bedingungen auch die Ausfallbürgschaft eine große Rolle, wobei der Bürge nur zum Ausmaß des Ausfalls des Gläubigers haften muss. Sogar bei diesen Fällen gelten die Sorgfalts- und Aufsichtspflichten²¹².

6.2.2 Vorvertragliche Nebenpflichten

Dem Gläubiger obliegen grundsätzlich vor dem Abschluss des Bürgschaftsvertrags keine Warn- und Aufklärungspflichten, den Bürgen ohne seine Befragen über den Umfang des Haftungsrisikos oder über die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners zu informieren²¹³. Dies betrifft auch die Bürgschaft eines ausländischen Bürgen²¹⁴. Gibt der Gläubiger gegenüber dem Bürgen Angaben über das Bürgschaftsrisiko, muss er diese Angaben vollständig und Wahrheitsgemäß machen²¹⁵. Der Gläubiger darf das Risiko einer Bürgschaft nicht verharmlosen oder Umstände verschweigen, die für die Bewertung der Vermögensverhältnisse des Schuldners wichtig sind²¹⁶. Ausnahmsweise kann der Gläubiger auch Aufklärungspflichten übernehmen. Diese kommen dann in Betracht, wenn der Gläubiger gegenüber einem erkennbar geschäftsunerfahrenen Bürgen Art und Umfang der Bürgenhaftung bagatellisiert, das Risiko des Bürgen verniedliche und dadurch dessen Willensentschluss beeinflusst²¹⁷, oder sich dem Bürgen aufdrängen muss, dass der Bürge das von ihm übernommene Risiko offensichtlich falsch einschätzt²¹⁸.

6.2.3 Nebenpflichten und Obliegenheiten des Gläubigers nach Zustandekommen des Bürgschaftsvertrags

Der Gläubiger hat die Pflicht den Bürgen auf Fragen Informationen über den Stand der Hauptschuld und die wirtschaftliche Situation des Hauptschuldners im Rahmen der Geheimhaltungspflichten zu geben²¹⁹. Ausnahmsweise hat der Gläubiger Warn-, und Informationspflichten. Diese Ausnahmen liegen dann vor, wenn der Gläubiger ohne billigenwertes Eigeninteresse die Interessen des Bürgen in gravierender Weise verletzt²²⁰. So ein Fall kann z.B. dann vorkommen, wenn er seinen Anspruch gegen den Bürgen verwirkt hat, indem er unter Verletzung seiner Vertragspflichten zum wirtschaftlichen Zusammenbruch des Hauptschuldners schuldhaft verursacht und somit den Bürgschaftsfall herbeigeführt hat und absichtlich den Rückgriffsanspruch des Bürgen auf den Hauptschuldner verhindert hat²²¹.

6.2.4 Pflichten des Gläubigers im Zusammenhang mit der Schuldabwicklung

Den Gläubiger treffen gegenüber dem Bürgen Sorgfaltspflichten auch im Rahmen der Schuldabwicklung. Durch die Vorschrift des § 767 I 3 werden zwar nachteilige Folgen späterer Vereinbarungen zwischen

²¹¹ Bamberger, Heinz G. & Roth, Herbert (2008). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, §§ 611-1294, 2. Auflage, München, C.H. Beck, § 765, Rn. 102.

²¹² Siehe Habersack (Fn.9), § 765, Rn. 85.

²¹³ BGH NJW 1994, 1278, 1281.

²¹⁴ BGH NJW 1997, 3230, 3231.

²¹⁵ BGH NJW- RR 2002, 1130.

²¹⁶ Anwaltskommentar, § 765, Rn. 65.

²¹⁷ BGH NJW 1989, 1605f.

²¹⁸ Siehe Herrmann (Fn.39), § 765 Rn.11.

²¹⁹ Siehe Habersack (Fn.9), § 765, Rn. 91.

²²⁰ BGH WM 1963, 24, 25f.

²²¹ BGH WM 1984, 586.

dem Gläubiger und dem Hauptschuldner ausgeschlossen, zumal sie auch der Wirksamkeit formularmäßig vereinbarter Globalbürgschaften Grenzen setzt. Der Gläubiger muss den Bürgen grundsätzlich nicht über Umstände aufklären, die das Bürgschaftsrisiko erhöhen, da er sich gerade durch die Bürgschaft vor dem Risiko schützen will, das in der Person des Hauptschuldner begründet ist²²². Der Gläubiger kann dem Hauptschuldner auch weiteren Kredit gewähren, ohne auf das Interesse des Bürgen Rücksicht nehmen zu müssen²²³.

Im Fall einer Bürgschaft für künftige Verbindlichkeiten hat der Gläubiger allerdings bei Begründung neuer Forderungen auf die Interessen des Bürgen Rücksicht zu nehmen. Eine ihm zumutbare Überprüfung der Kreditwürdigkeit des Schuldners darf er nicht deshalb unterlassen, weil das Risiko einer Forderungsausfalls vom Bürgen zu tragen ist²²⁴. Der Gläubiger darf die ihm zumutbare Vorsorge gegen die Entstehung solcher Schäden nicht vernachlässigen, soweit die Bürgschaft etwaige Schadensersatzansprüche des Gläubigers gegen den Hauptschuldner sichert²²⁵. Mithin kann er entsprechend § 254 seinen Bürgschaftsanspruch auch dann einbüßen, wenn ihm der Einwand des Mitverschuldens im Verhältnis zu dem vorsätzlich handelnden Hauptschuldner nicht trifft. Deshalb hat der Gläubiger für ein ihm nachteiliges betrügerisches Zusammenwirken seiner Erfüllungsgehilfen mit dem Schuldner nach § 278 einzustehen²²⁶.

6.2.5 Pflichten bei der Rechtsverfolgung

Bei Durchführung der Vertragsverhandlungen treffen den Gläubiger keine besonderen Schutz- und Aufklärungspflichten, er hat aber, auch im Verhalten zum Hauptschuldner, dem Bürgen gegenüber Treu und Glauben zu wahren²²⁷.

Inwieweit der Gläubiger gehalten ist, bei der Rechtsverfolgung gegen den Schuldner auf die Interessen des Bürgen Rücksicht zu nehmen, lässt sich wegen der Vielfalt der möglichen Umstände letztlich nur für den jeweiligen Einzelfall entscheiden²²⁸.

6.2.6 Rechtsfolgen der Verletzung von Nebenpflichten und Obliegenheiten

Die Verletzung von Nebenpflichten und Obliegenheiten führt zum Verlust des Anspruchs aus § 765 I, wenn sich die Inanspruchnahme aufgrund der Pflichtverletzung als rechtsmissbräuchlich darstellt²²⁹. Dabei kann der Unterschied zwischen Nebenpflichten und Obliegenheiten darin liegen²³⁰, dass der bei einer Nebenpflichtverletzung entstehende Schadensersatzanspruch aus §§ 311 II, 280 I auch nur das Verbot der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft nach sich zieht²³¹.

Bei Mitverschulden des Bürgen verliert der Gläubiger seinen Anspruch nur teilweise nach § 254 oder nach § 254 analog²³². Im Extremfall kann die Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages nach § 138 I nach sich ziehen²³³.

²²² BGH WM 1978, 924, 925.

²²³ BGH WM 1971, 614, 615.

²²⁴ OLG Frankfurt WM 1996, 715, 716f.

²²⁵ Reichel JW 1929, 469.

²²⁶ Merz, Frank (1980) 'Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bürgschaft', WM, 1980, s. 230, 235.

²²⁷ Siehe Sprau (Fn.7), § 765, Rn. 33.

²²⁸ Siehe Habersack (Fn.9), § 765, Rn.94.

²²⁹ Siehe Habersack (Fn.9), § 765, Rn. 96.

²³⁰ BGH WM 1963, 24,25.

²³¹ BGH NJW 1999, 2814.

²³² Hamm BB 1982, 1512, 1513.

²³³ NJW-RR 2002, 1130.

7. Besondere Erscheinungsformen der Bürgschaft

7.1 Bürgschaft auf erstes Anfordern

Diese Art der Bürgschaft stellt eine dem Gläubiger besonders bevorzugte und den Bürgen benachteiligte Form der Bürgschaft²³⁴ dar. Bei dieser Bürgschaftsform verpflichtet sich der Bürge „auf erstes Anfordern“ des Gläubigers grundsätzlich sofort zu zahlen, wobei der Bürge sich nicht nur auf die Einrede der Vorausklage, sondern auch einstweilig auf die Geltendmachung der eigenen²³⁵ und gem. § 768 auf die abgeleiteten Einreden und Einwendungen verzichtet²³⁶. Der Bürge zahlt nicht bei der Erfüllung materieller Voraussetzungen²³⁷, sondern schon bei der Erfüllung formeller Voraussetzungen, die in der Bürgschaftsurkunde die Voraussetzung für die Zahlung auf erstes Anfordern darstellen und auch als vertragsgemäße Anforderung der Bürgenleistung angesehen werden²³⁸. Der Gläubiger muss somit gegenüber dem Bürgen in Anforderungen und im Erstprozess in der Regel weder die verbürgte Hauptforderung noch ihre Fälligkeit beweisen und darlegen²³⁹. Bei der Zahlung an den Gläubiger muss der Bürge keine Rücksprache mit dem Schuldner halten²⁴⁰. Durch die Parteivereinbarungen können bestimmte Voraussetzungen, wie z.B. Urkundenvorlage festgelegt werden²⁴¹. Eine AGB-Klausel, die dem Auftragnehmer das Recht gibt, den Sicherungseinbehalt nur durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abzulösen, stellt eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 I dar und ist daher unwirksam²⁴².

Diese Bürgschaftsform dient der sofortigen Befriedigung des Gläubigers und somit zur Zuführung der liquiden Mittel an den Gläubiger²⁴³. Der Bürge kann die von ihm geleisteten Zahlungen vom Gläubiger gem. § 812 zurückfordern, die in einem Rückforderungsprozess geltend gemacht werden²⁴⁴. Ausnahmsweise kann der Bürge die Leistung gem. § 242 verweigern, wenn die geltend gemachten Einreden offensichtlich begründet sind²⁴⁵.

7.2 Ausfall- oder Schadlosbürgschaft

Der Bürge haftet nur, solange der Gläubiger Befriedigung beim Hauptschuldner trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt- insbesondere durch Geltendmachung seines Anspruchs gegen den Hauptschuldner, trotz Zwangsvollstreckung und Verwertung anderer Sicherheiten nicht erlangen konnte. Der Gläubiger muss als Anspruchsvoraussetzung dieser Bürgschaft den nicht nur den „Ausfall des Hauptschuldners“, sondern auch die gebotene Sorgfalt bei der Durchsetzung der Forderung beweisen²⁴⁶. Die Einrede der Vorausklage gem. § 771 kann der Ausfallbürge nicht geltend machen, da der Ausfall des Hauptschuldners zum anspruchsbegründenden Tatbestand gehört²⁴⁷. Somit verstärkt die Vereinbarung der Ausfallbürgschaft nur in § 771 geregelte Subsidiarität. Falls der Gläubiger zum Ausfall des Hauptschuldners durch die Verletzung von Sorgfaltspflichten beigetragen hat, entfällt die Haftung des

²³⁴ Siehe Sprau (Fn.7), vor § 765, Rn.14.

²³⁵ BGH NJW 2000, 156, 1565.

²³⁶ Pechstein, Christopf (2003). Schuldrecht Besonderer Teil 2 Band 2, 13. Auflage, Alpmann und Schmidt, Münster, s.114.

²³⁷ BGH NJW 1994, 380, 381.

²³⁸ BGH NJW 1997, 255.

²³⁹ BGH NJW-RR 1998, 989, 990.

²⁴⁰ KG NJW 1987, 1774.

²⁴¹ BGH NJW 2001, 3616, 3617f.

²⁴² Siehe Bröderman (Fn. 50), § 765, Rn. 86.

²⁴³ BGHZ NJW 1979, 150, 1501

²⁴⁴ BGH NJW 1989, 1606.

²⁴⁵ Pechstein (Fn.236), s.114.

²⁴⁶ BGH NJW 1999, 1467, 1470.

²⁴⁷ Siehe Pechstein (Fn.236), s.115.

Ausfallbürgen²⁴⁸. Bei einer Ausfallbürgschaft ist eine Klausel überraschend, demzufolge ist der Ausfall spätestens sechs Monate nach der Anzeige des Gläubigers an den Bürgen, über rückständige Leistungen des Hauptschuldners in Höhe der dann noch nicht bezahlten oder beigetriebenen rückständigen Beträge als festgestellt gilt²⁴⁹.

7.3 Nachbürgschaft

Bei einer Nachbürgschaft verpflichtet sich der Nachbürge gegenüber dem Gläubiger, für die Erfüllung der Verpflichtung des Vor- oder Hauptbürgen einzustehen²⁵⁰. Wenn der Nachbürge den Gläubiger befriedigt, gehen dessen gegen den Vorbürgen gerichteten Bürgschaftsanspruch und dessen Forderung gegen den Hauptschuldner gem. § 774 I 1 i.V.m. §§ 412, 401 auf den Nachbürgen über²⁵¹. Ferner kann dem Nachbürgen gegenüber dem Vorbürgen aus dem Innenverhältnis, dem sogenannten Geschäftsbesorgungsvertrag ein Aufwendungsersatzanspruch gem. § 670 i.V.m § 675 zustehen²⁵².

Der Hauptschuldner kann unmittelbar gem. § 774 I 3 Einwendungen, die ihm gegen den Hauptbürgen zustehen, auch gegenüber dem Nachbürgen geltend machen²⁵³.

7.4 Rückbürgschaft

Die Rückbürgschaft steht dem Vor- oder Hauptbürgen für dessen Rückgriffsforderung gegen den Schuldner oder dem Nachbürgen für dessen Rückgriffsforderung gegen den Vorbürgen ein²⁵⁴. Der Rückbürge haftet erst dann, wenn der Bürge seinerseits den Gläubiger befriedigt hat. Falls der Bürge vom Gläubiger in Anspruch genommen wird und der Rückbürge an den Bürgen leistet, gehen somit die Forderungen des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, die an den Bürgen übertragen waren, auf den Rückbürgen über²⁵⁵. Dabei hat der Rückbürge gegenüber dem Gläubiger keinen Bereicherungsanspruch aufgrund der vom Rückbürgen an den Bürgen geleisteten Zahlungen, falls der Gläubiger keine Forderungen gegenüber dem Bürgen hat²⁵⁶.

Abkürzungsverzeichnis

BeckRS	Rechtsprechungssammlung in Beck-Online
BFH	Bundesfinanzhof
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
f/ff	folgende /fortfolgende
Fn.	Fussnote
gem.	Gemäß

²⁴⁸ BGH NJW 1989, 1484, 1485.

²⁴⁹ BGH NJW 1998, 2138, 2141.

²⁵⁰ Siehe Stadler (Fn. 214), § 765 Rn. 7.

²⁵¹ BGH NJW 1979, 415, 416.

²⁵² OLG Köln WM 1995, 1224, 1226.

²⁵³ Hamm MDR 1961, 503; Köln MDR 1975, 932.

²⁵⁴ BGH NJW 1989, 1484, 1485.

²⁵⁵ OLG Oldenburg, NJW 1965, 253.

²⁵⁶ OLG Karlsruhe WM 1995, 445 (Urteil vom 14. September 1994, 6 U 80/94)

GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
i.S.v	Im Sinne von
JZ	Juristenzeitung
lit.	litera
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
s.	Seite
s.a.	Sehen Sie bitte auch
Tz.	Textziffer
Vor	Vorbemerkung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrechts

Literaturverzeichnis

1. Pechstein, Christopf (2003). Schuldrecht Besonderer Teil 2 Band 2, 13. Auflage, Alpmann und Schmidt, Münster.
2. Bamberger, Heinz G. & Roth, Herbert (2008). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, §§ 611-1294, 2. Auflage, C.H. Beck, München.
3. Bayer, Walter (1990). "Der Ausgleich zwischen Höchstbetragsbürgen", ZIP, Heft 23-24, s. 1523-1528.
4. Beckmann, Roland Michael (2005). (Ed. Barbara Dauner-Lieb, Werner Langen), Anwaltkommentar BGB, Band 2: Schuldrecht, §§ 611 bis 853, DeutscherAnwaltVerlag, Bonn.
5. Bröderman, Eckart (2009). (Ed. Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich), BGB Kommentar, 4. Auflage, Luchterhand Verlag, Köln.
6. Bülow, Peter (2007). Recht der Kreditsicherheiten, Sachen und Rechte, Personen, 7.Auflage, C.F. Müller, Heidelberg.
7. Herrmann, Elke (2008). (Ed: Walter Erman), Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Auflage, Dr. Otto Schmidt, Köln.
8. Esser, Josef & Weyers, Hans- Leo (1998). Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 1, Verträge, 8. Auflage, Heidelberg.
9. Fischer, Gero (2001). "Aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zur Bürgschaft und zum Schuldbeitritt Teil I", WM, s. 1049-1060.
10. Habersack, Mathias (2009). (Ed. Kurt Rebmann, Franz J. Säcker, Roland Rixecker), Münchener Kommentar zum BGB Schuldrecht Besonderer Teil III, 5. Auflage, Band 5, §§ 705-853, C.H. Beck, München.
11. Horn, Norbert (1997). J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 765-778), 13. Bearbeitung, Sellier de Gruyter, Berlin.
12. Stadler, Astrid (2007). (Ed. Othmar Jauernig), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, C.H. Beck, 12. Auflage, München.
13. Merz, Frank (1980). "Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bürgschaft", WM, 1980, s. 230-238.
14. Reinicke, Dietrich (1989), "Zur Sittenwidrigkeit hoher Verpflichtungen vermögens- und einkommensloser oder einkommensschwacher Bürgen" (eine Besprechung der BGH-Urteile vom 19.1.1989-IX ZR 124/88, ZIP 1989, 219 und vom 28.2.1989-IX ZR 130/88, ZIP 1989, 427), ZIP, 26.Mai 1989, s. 613-619.
15. Reinicke, Dietrich & Tiedtke Klaus (2008). Bürgschaftsrecht, 3. Auflage, Franz Vahlen Verlag, München.

16. RGZ 59, 10-14 (RG, 22.September 1904, VI 542/03).
17. RGZ 134, 128 (RG, 5.November 1931, VI 227/31).
18. RGZ 066, 425-427 (RG, 28.Oktober 1907, VI 80/07).
19. RGZ 65, 46-49 (RG, 29.Dezember 1906, VI 176/06).
20. RGZ 76, 195-202 (RG, 13.Februar 1911, VI 679/09).
21. Schimansky, Herbert & Bunte, Hermann-Joseph. & Lwowski Hans Jürgen (2007). Bankrecht-Handbuch, Band II, C.H. Beck, München.
22. Soergel, Hans-Theodor & Siebert, Wolfgang (2007). BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 5/1, Schuldrecht IV/1, §§ 705-822, 12. Auflage, C.H. Beck, Stuttgart.
23. Sprau, Hartwig (2010). (Ed. Otto Palandt), BGB mit Nebengesetzen, 69. Auflage Band 7, C.H. Beck, München.
24. Weber, Hansjörg & Weber Jörg- Andreas (2006). Kreditsicherungsrecht, 8. Auflage, C.H.Beck, München.