

Vorlesung Kreditsicherungsrecht

Skript zu den Personalsicherheiten (Folien 165 – 240)

Inhalt

§ 1 Personalsicherheiten – Einführung.....	3
I. Funktion und Wirkungsweise von Personalsicherheiten	3
II. Überblick über die Arten der Personalsicherheit	4
1. Bürgschaft.....	4
2. Schuldbeitritt	5
3. Garantie	6
4. Patronatserklärung	7
§ 2 Bürgschaft	8
I. Grundlagen	8
1. Beteiligte.....	8
2. Gegenstand des Bürgschaftsrechts	9
II. Prüfungsaufbau	9
III. Entstehen der Bürgschaftsforderung	11
1. Existenz der Hauptforderung (§ 767 Abs. 1 S. 1 BGB)	11
2. Wirksamer Bürgschaftsvertrag.....	11
3. Umfang der Bürgschaftsschuld	23
IV. Erlöschen der Bürgschaftsforderung	27
1. Erlöschen der Hauptforderung (§ 767 Abs. 1 S. 1 BGB).....	27
2. Bürgschaftsbezogene Einwendungen.....	28
V. Durchsetzbarkeit (= keine Einreden).....	45
1. Forderungsbezogene Einreden	46
2. Bürgschaftsbezogene Einreden	52

VI. Sonderformen der Bürgschaft	54
1. Mitbürgschaft (§ 769 BGB).....	54
2. Höchstbetragsbürgschaft	56
3. Nachbürgschaft.....	57
4. Rückbürgschaft.....	58
5. Ausfallbürgschaft	60
6. Bürgschaft auf erstes Anfordern.....	63
VII. Regress des Bürgen.....	66
1. Regress gegenüber dem Hauptschuldner.....	66
2. Regress gegenüber Mitbürgen	68
3. Regress gegenüber anderen Sicherungsgebern	70
§ 3 Schuldbeitritt	73
I. Grundlagen.....	73
II. Prüfungsschema	74
1. Entstehung des Anspruchs.....	74
2. Erlöschen des Anspruchs.....	76
3. Durchsetzbarkeit (= keine Einreden).....	78
4. Rechtsfolgen	78
§ 4 Garantie.....	79
I. Vertragstyp	79
II. Zustandekommen.....	79
III. Einwendungen und Einreden.....	80
IV. Beispiele	81
§ 5 Patronatserklärung	82
I. Begriff	82
1. Weiche Patronatserklärungen	82
2. Harte Patronatserklärungen	83
II. Entstehung des Patronatsanspruchs	85
III. Erlöschen des Patronatsanspruchs	86
IV. Insolvenz des Schuldners	86

§ 1 Personalsicherheiten – Einführung

Im Kreditsicherungsrecht werden zwei grundsätzlich verschiedene Arten von Sicherheiten unterschieden: Sachsicherheiten und Personalsicherheiten.

I. Funktion und Wirkungsweise von Personalsicherheiten

Die Personalsicherheiten unterscheiden sich von den Sachsicherheiten dadurch, dass sie im Wege eines schuldrechtlichen Zahlungsanspruchs den Zugriff auf das Vermögen des Sicherungsgebers ermöglichen. Dies hat Vor- und Nachteile im Vergleich zur Sachsicherheit, bei der sich der Zugriff auf einen bestimmten Gegenstand beschränkt.

Der Vorteil der Personalsicherheit liegt in der Haftung des *gesamten* pfändbaren Vermögens des Sicherungsgebers. Solange der Sicherungsgeber also noch über derartiges Vermögen verfügt, kann der Sicherungsnehmer nicht ausfallen. Daher stellen insbesondere Personalsicherheiten von bonitätsmäßig guten Schuldner – etwa der Bundesrepublik Deutschland oder eines Bundeslandes, aber auch von bekannten Großunternehmen wie Siemens, BASF oder Bayer – eine kaum zu überbietende Sicherheit dar. Demgegenüber ist der schuldrechtliche Anspruch aus einer Personalsicherheit wenig wert, wenn der Sicherungsgeber kaum über (freies) Vermögen verfügt, es sich etwa um eine erst kürzlich mit dem Mindeststammkapital von 25.000 EUR gegründete GmbH¹ oder gar um eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)² handelt. Es ist eben das Kennzeichen der *Personalsicherheit*, dass die *Person* des Sicherungsgebers maßgeblich für die Qualität der Sicherheit ist.

Der Vorteil der Sachsicherheit besteht demgegenüber darin, dass dem Sicherungsnehmer ein bestimmter Vermögensgegenstand des Sicherungsgebers gleichsam für seine Befriedigung reserviert wird. Auf den Wert dieses Gegenstandes können die sonstigen Gläubiger des Sicherungsgebers nicht zugreifen. Auf der anderen Seite ist aber der Wert der Sachsicherheit abhängig (nur) vom Wert jenes Gegenstandes, der sich insbesondere danach bemisst, ob eine Möglichkeit der Verwertung im Wege des Verkaufs an Dritte besteht. So nützt etwa eine über 1 Mio. EUR bestellte Hypothek oder Grundschuld dem Gläubiger wenig, wenn es sich um ein Grundstück mit schlechter Lage handelt, das niemand erwerben möchte oder jedenfalls nur zu einem deutlich geringeren Betrag als es der Belastung mit dem Grundpfandrecht entspricht. Mehr als den Grundstückswert (abzüglich der Verwertungskosten) kann ein Grundpfandrecht nie einbringen. Auch bewegliche Sachen wie etwa speziell auf das Unternehmen des Sicherungsgebers ausgerichtete Maschinen müssen in der Verwertung nicht zwingend einen hohen Erlös einbringen, auch wenn sie für den Betrieb des Kreditnehmers von unschätzbarem Wert sind. Der Inhaber einer Sachsicherheit hat also immer nur Zugriff auf den realisierbaren Vermögenswert des konkreten Gegenstandes. Dieser ist ihm dafür aber in jedem Fall gesichert.

¹ Vgl. zum Mindeststammkapital bei der GmbH *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 161, zu der gemäß § 13 Abs. 2 GmbHG auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung § 4 Rn. 2.

² Die UG kann theoretisch bereits mit 1 EUR Stammkapital gegründet werden; vgl. dazu *Bitter/Heim*, GesR (Fn. 1), § 4 Rn. 295.

II. Überblick über die Arten der Personalsicherheit

Der schuldrechtliche Anspruch des Sicherungsnehmers gegen den Sicherungsgeber ist nicht bei jeder Art von Personalsicherheit gleich, sondern unterscheidet sich in seiner rechtlichen Qualität. Wichtige Personalsicherheiten sind einerseits die im BGB ausdrücklich vorgesehene Bürgschaft (§§ 765 ff. BGB), andererseits die von der Vertragspraxis erdachten Arten des Schuldbetrtritts, der Garantie und der Patronatserklärung.

1. Bürgschaft

Das Gesetz regelt detailliert den Grundfall der Personalsicherheit, die Bürgschaft, welche § 765 BGB folgendermaßen beschreibt: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen“. Es geht also um eine Haftungsübernahme für fremde Schuld, deren Wirksamkeit das Gesetz wegen der besonderen Gefährlichkeit für den allein Pflichten übernehmenden und keine Rechte aus dem Bürgschaftsvertrag erwerbenden Bürgen unter den Vorbehalt einer schriftlichen Erteilung des Bürgschaftsversprechens stellt (§§ 776, 126 BGB).

In der gesetzlichen Anknüpfung an die „Verbindlichkeit des Dritten“ kommt bereits in § 765 BGB der für die Bürgschaft charakteristische **Grundsatz der Akzessorietät** zum Ausdruck: Die Haftung des Bürgen setzt eine solche Drittverbindlichkeit (Hauptschuld) notwendig voraus, wie auch die §§ 767 f. BGB deutlich machen. Die Existenz der Hauptschuld wird dabei nicht nur für die Entstehung der Bürgschaftsverpflichtung vorausgesetzt³, sondern auch im weiteren Verlauf: Erlischt die Hauptforderung später, erlischt mit ihr auch die Bürgschaftsverpflichtung.⁴ Auch können vom Bürgen gegen die Bürgschaftsschuld sämtliche Einreden erhoben werden, die dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zustehen (§ 768 BGB).⁵ Es gibt also die Bürgschaftsverpflichtung nicht, wenn es keine Hauptforderung gibt und die Bürgschaft ist nicht durchsetzbar, wenn die Hauptforderung nicht durchsetzbar ist.

Die enge Verbindung zwischen Hauptschuld und Bürgschaft kommt ferner darin zum Ausdruck, dass die Bürgschaft – ebenso wie andere akzessorische Sicherungsrechte (Pfandrecht, Hypothek) – gemeinsam mit der gesicherten Forderung übergeht (§ 401 BGB, beim gesetzlichen Forderungsübergang i.V.m. § 412 BGB). Insoweit sei auf das Skript zur Vorlesung „Schuldrecht AT“ verwiesen.⁶

Die gesetzlichen Vorschriften zur Bürgschaft sind in mehrfacher Hinsicht so ausgestaltet, dass der Bürge vom Gläubiger nur in zweiter Linie nach dem Hauptschuldner in Anspruch genommen werden soll (**Grundsatz der Subsidiarität**). Besonders deutlich wird dies in der sog. Einrede der Vorausklage (§§ 771 f. BGB), die den Gläubiger im Grundsatz zwingt,

³ Dazu unten § 2 III 1.

⁴ Dazu unten § 2 IV 1.

⁵ Dazu unten § 2 V 1.

⁶ Siehe dazu das Skript zur Vorlesung „Schuldrecht AT“, Stand: 2021, Abschnitt C V 2 (S. 56 f.); zu nicht akzessorischen Sicherheiten s.u. bei Fn. 287.

zunächst einmal die Forderung gegen den Hauptschuldner durchzusetzen (notfalls durch Klage und Zwangsvollstreckung), ehe er sich an den Bürgen wenden kann.⁷ Zudem kann der Bürge nicht vom Gläubiger in Anspruch genommen werden, wenn dieser die Möglichkeit hat, sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners viel einfacher auf dessen Kosten zu befriedigen (§ 770 Abs. 2 BGB).⁸ Schließlich kommt die Subsidiarität in gewisser Weise auch in der später noch im Detail zu erläuternden Regelung des § 776 BGB zum Ausdruck, nach der die Bürgschaftsverpflichtung erlischt, wenn der Gläubiger eine andere für die Hauptforderung bestehende Sicherheit freigibt, aus welcher der Bürge ohne die Freigabe nach seiner Zahlung hätte Regress nehmen können.⁹

2. Schuldbeitritt

Wie bereits im Skript zur Vorlesung Schuldrecht AT in Abgrenzung zur Schuld- und Vertragsübernahme sowie zur Erfüllungsübernahme ausgeführt¹⁰, ist der Schuldbeitritt nicht im Gesetz geregelt. Bei einem Schuldbeitritt tritt – insoweit wie bei der Bürgschaft – ein neuer Schuldner *neben* den bisherigen Schuldner, ohne diesen zu ersetzen.¹¹

Die Zulässigkeit des Schuldbeitritts folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit nach § 311 Abs. 1 BGB. Der bisherige Schuldner und der Beitretende haften dem Gläubiger als Gesamtschuldner gemäß §§ 421 ff. BGB.¹² Im Gegensatz zur Bürgschaft wird damit keine akzessorische, sondern eine eigenständige, von der Schuld des zunächst allein Verpflichteten unabhängige Forderung gegen den Beitretenden begründet.

Im Einzelfall kann die Abgrenzung des Schuldbeitritts zu den übrigen Personalsicherheiten – insbesondere zur Bürgschaft – schwerfallen. Sie ist aber – wie ebenfalls schon im Skript zur Vorlesung Schuldrecht AT ausgeführt¹³ – vor allem deshalb wichtig, weil die Bürgschaftserklärung zum Schutz des Bürgen grundsätzlich¹⁴ formbedürftig ist (§ 766 S. 1 BGB), während der Schuldbeitritt auch mündlich erklärt werden kann. Im Zweifel ist – auch wegen des geringeren Haftungsrisikos durch die Akzessorietät – von einer Bürgschaft auszugehen.¹⁵

Bei der Beantwortung der Frage, wann von einem Schuldbeitritt und nicht nur von einer Bürgschaft auszugehen ist, hat sich die Rechtsprechung¹⁶ insbesondere auf das Indiz eines

⁷ Dazu unten § 2 V 2 b.

⁸ Zu dieser Einrede der Aufrechenbarkeit unten § 2 V 1 c.

⁹ Dazu unten § 2 IV 2 c.

¹⁰ Siehe das Skript zur Vorlesung „Schuldrecht AT“, Stand: 2021, Abschnitt E I (S. 89 ff.).

¹¹ Bei der Schuldübernahme nach §§ 414 ff. BGB findet hingegen ein personeller Wechsel auf Schuldnerseite statt.

¹² Zur Gesamtschuld siehe das Skript zur Vorlesung „Schuldrecht AT“, Stand: 2021, Abschnitt D I 2 (S. 74 ff.).

¹³ Siehe das Skript zur Vorlesung „Schuldrecht AT“, Stand: 2021, Abschnitt E I 3 (S. 90 f.).

¹⁴ Eine Ausnahme gilt bei Handelsgeschäften (vgl. § 350 HGB); vgl. dazu unten § 2 III 2 b bb; ferner *Bitter/Schumacher*, Handelsrecht, 3. Aufl. 2018, § 7 Rn. 36 f., 58.

¹⁵ *Joussen*, Schuldrecht AT, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2018, Rn. 1342.

¹⁶ Vgl. insbesondere RGZ 90, 415, 418; w.N. nachfolgend in Fn. 17 sowie bei *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, S. 13.

eigenen, unmittelbaren, sachlichen Interesses des Schuldbeitretenden an der beiderseitigen Vertragserfüllung im Valutaverhältnis gestützt.

Beispiel: Der Geschäftsführer einer GmbH, der zugleich – ggf. dominierender – Gesellschafter der GmbH ist, verpflichtet sich gegenüber einem Gläubiger der GmbH, für die Verbindlichkeiten der GmbH einzustehen. Aufgrund des Eigeninteresses als Gesellschafter wird eher anzunehmen sein, dass er sich parallel zu „seiner“ GmbH im Wege des Schuldbeitritts mitverpflichten will, als bei einem Fremdgeschäftsführer.¹⁷

3. Garantie

Von der Bürgschaft und vom Schuldbeitritt zu unterscheiden ist die Garantie. Bei ihr hat der Garant für den **Eintritt eines bestimmten Erfolges** einzustehen und dies im Grundsatz unabhängig von der Frage, ob es eine zugrunde liegende Schuld eines „Hauptschuldners“ gibt. Es besteht daher bei der Garantie weder eine volle Akzessorietät wie bei der Bürgschaft noch eine Entstehungsakzessorietät, wie sie der Gesamtschuld und damit auch dem Schuldbeitritt eigen ist.¹⁸

Garantien gibt es nicht nur im Kreditsicherungsrecht, sondern insbesondere auch im Bereich der Gewährleistung für die Haltbarkeit von Produkten, wobei der Anspruch gegen den Garanten dort freilich nicht auf Zahlung, sondern auf eine Sachleistung – i.d.R. Reparatur oder Austausch der gekauften Sache – gerichtet ist. Übernimmt etwa ein Autohersteller eine Garantie gegen Durchrostung für 10 Jahre, so hat er gegenüber dem Autokäufer verschuldensunabhängig dafür einzustehen, dass dessen Auto innerhalb der Garantiefrist nicht durchrostet. Diese Einstandspflicht des Herstellers ist unabhängig von einem eventuellen Gewährleistungsanspruch gegen den Autohändler, bei dem das Auto gekauft wurde.

In gleicher Weise ist es denkbar, dass ein Garant für einen *Zahlungserfolg* einzutreten verspricht, also dafür, dass bei dem Sicherungsnehmer eine bestimmte Zahlung von einem Dritten eingeht. Ist die vom Dritten zu leistende Zahlung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht erfolgt, muss der Garant an seiner Stelle den geschuldeten Betrag an den Gläubiger zahlen. Ob und warum der eigentliche Schuldner seiner Verpflichtung zur Zahlung nicht nachgekommen ist, spielt keine Rolle, weil die Zahlungspflicht des Garanten lediglich an den Eintritt der Bedingung geknüpft ist. Die Verpflichtung des Zahlungsgaranten ist also aufgrund der Erfolgsabhängigkeit der Garantie – nicht anders als bei der o.g. Garantie des Autoherstellers – losgelöst von der Verpflichtung des eigentlichen Schuldners. Der Garant haftet folglich – anders der Schuldbeitretende – nicht als Gesamtschuldner (§§ 421 ff. BGB), sondern eigenständig bei Eintritt der Garantiebedingung.

¹⁷ Vgl. BGH NJW 1981, 47; BGH NJW 1986, 580; zuletzt BGH ZIP 2021, 245 (Rn. 20); siehe dazu auch Bitter, ZInsO 2018, 625, 633; Scholz/Bitter, GmbHG, Band I, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 93.

¹⁸ Bei der Gesamtschuld entsprechen sich die Verbindlichkeiten zwar im Zeitpunkt ihrer Entstehung. Später können sich die Schulden mehrerer Gesamtschuldner aber aufgrund des in § 425 BGB (in Abgrenzung zu §§ 422-424 BGB) angeordneten Grundsatzes der Einzelwirkung von Tatsachen auseinander entwickeln; vgl. dazu das Skript zur Vorlesung „Schuldrecht AT“, Stand: 2021, Abschnitt D I 2 b (S. 76 f.) mit Fällen 17 und 17a.

Da die mit dem Garantievertrag einhergehende Haftung besonders weitreichend ist, müssen noch stärker als beim Schuldbeitritt explizite Hinweise auf die gewollte Garantiehafung vorliegen. Zweifel bei der Auslegung der Erklärungen gehen zu Lasten des Gläubigers.

4. Patronatserklärung

Eine vierte Form der Personalsicherheit ist die – insbesondere in Konzernzusammenhängen anzutreffende – sog. Patronatserklärung (sachlich richtiger: *Patronatsvereinbarung*¹⁹). In der zugrunde liegenden wirtschaftlichen Konstellation hat der Patron ein Interesse daran, dass ein Dritter – etwa eine Tochtergesellschaft – einen Kredit erhält, will sich aber aufgrund bilanzieller²⁰ oder sonstiger Erwägungen nicht unmittelbar gegenüber dem Kreditgeber des Dritten zur Zahlung verpflichten. Stattdessen erklärt der Patron – häufig die Muttergesellschaft des Kreditnehmers –, dass er den Kreditnehmer ausreichend mit Liquidität versorgen wird, um diesen in die Lage zu versetzen, seine Verbindlichkeiten aus dem Kreditvertrag zu erfüllen.

Hierbei ist zwischen der sog. „weichen“ und „harten“ Patronatserklärung zu differenzieren:²¹ Erstere stellt keine rechtsverbindliche Erklärung dar, ist also lediglich eine Erklärung des *good will*, ein *gentleman's agreement*. Dahingegen wird durch die „harte“ Patronatserklärung eine rechtlich einklagbare Einstandspflicht des Patrons begründet. Maßgeblich zur Abgrenzung ist daher zum einen der Wille, eine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben²², zum anderen die Auslegung des Umfangs und des Zwecks der Einstandspflicht. Schließlich wird durch die „harte“ Patronatserklärung zunächst nur eine Leistungspflicht des Dritten gegenüber dem Kreditnehmer begründet, wohingegen der Bürge, Schuldbeitretende oder Garant direkt an den Gläubiger zu leisten verpflichtet ist. Lediglich bei Insolvenz des Kreditnehmers haftet der Patron im Falle einer externen, mit dem Kreditgeber – und nicht nur dem Kreditnehmer – abgeschlossenen Patronatserklärung unmittelbar.²³

¹⁹ Zur unpräzisen, aber herrschenden Begrifflichkeit s.u. § 5.

²⁰ Ein Anspruch des Kreditgebers – etwa aus Bürgschaft oder Schuldbeitritt – müsste als Eventualverbindlichkeit bilanziert werden (§ 251 HGB). Dies ist jedenfalls bei der „weichen“ Patronatserklärung (dazu sogleich im Text) nicht der Fall.

²¹ Näher unten § 5 I 1 und 2.

²² Siehe allgemein zum Rechtsbindungswillen als Erfordernis der Willenserklärung *Bitter/Röder*, BGB Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 15, § 7 Rn. 1 ff.

²³ Dazu unten § 5 IV.

§ 2 Bürgschaft

Literatur (Auswahl): *Schmolke*, Grundfälle zum Bürgschaftsrecht, JuS 2009, 585 ff., 679 ff., 784 ff.; *Riehm*, Aktuelle Fälle zum Bürgschaftsrecht, JuS 2000, 138 ff., 241 ff., 343 ff.; *Schreiber*, Die Verteidigungsmittel des Bürgen, Jura 2007, 730 ff.; *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht, 3. Aufl. 2008; *Alexander*, Gemeinsame Strukturen von Bürgschaft, Pfandrecht und Hypothek, JuS 2012, 481; *Meier*, Sind Bürgschaften wieder unwiderruflich? – Eine Untersuchung zu Inhalt und Reichweite des § 312 Abs. 1 BGB n.F., ZIP 2015, 1156; *Kehl*, Kreditsicherheiten und Außergeschäftsraumrecht, WM 2018, 2018.

I. Grundlagen

Der Bürgschaftsvertrag ist – wie schon in § 1 erwähnt – in den §§ 765 ff. BGB geregelt. Durch diesen wird eine Einstandspflicht des Bürgen (Schuldner) gegenüber dem Gläubiger für die Verbindlichkeit eines Dritten (Hauptschuldner) begründet. Der Bürge haftet somit unter bestimmten Voraussetzungen für die Schuld eines Dritten gegenüber dem Gläubiger. Es handelt sich gewissermaßen um eine „Haftungszusage für die Leistungsfähigkeit eines Dritten“²⁴ (= Sicherungsfall).

1. Beteiligte

Das Bürgschaftsverhältnis zeichnet sich damit durch eine klassische Dreierkonstellation aus, wie sie etwa auch im Bankrecht im Bereich des Zahlungsverkehrs vorkommt, bei dem ebenfalls eine Person (die Bank) Zahlungen für einen anderen (den Kontoinhaber) an einen Dritten (den Empfänger) erbringt. Gewöhnlich werden die drei verschiedenen Rechtsbeziehungen mit den Begriffen Valutaverhältnis, Deckungsverhältnis und Vollzugsverhältnis belegt:

Gläubiger und Hauptschuldner der Hauptforderung sind durch das **Valutaverhältnis**, häufig ein Darlehensvertrag, miteinander verbunden. In diesem Verhältnis soll letztlich die relevante Zahlung erbracht, die „Valuta“ geleistet werden. Das **Deckungsverhältnis** besteht zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner und es wird üblicherweise – nicht anders als in Anweisungskonstellationen wie dem Zahlungsverkehr (dort zwischen Überweiser und Bank) – durch einen Auftrag (§ 662 BGB) bzw. im Fall der Entgeltlichkeit durch eine Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) bestimmt. Als Deckungsverhältnis wird es deshalb bezeichnet, weil sich der eigentlich zur Zahlung Verpflichtete – bei der Bürgschaft der Hauptschuldner – dort seine „Deckung“, also die Mittel zur Erfüllung der Schuld im Valutaverhältnis, besorgt. Die Rechtsbeziehung zwischen Bürge und Gläubiger wird schließlich als **Vollzugsverhältnis** bezeichnet, weil sich in jenem Verhältnis der tatsächliche Fluss der Zahlungsmittel vollzieht, falls der Bürge vom Gläubiger in Anspruch genommen wird.

²⁴ BGHZ 138, 321 = NJW 1998, 1939 (juris-Rn. 9).

2. Gegenstand des Bürgschaftsrechts

Für die o.g. Dreiecksbeziehung regelt das Gesetz insbesondere, unter welchen Bedingungen der Bürge zur Zahlung an den Gläubiger verpflichtet ist, namentlich welche Einwendungen und Einreden ihm gegen die Inanspruchnahme durch den Gläubiger zustehen. Zudem werden die Rechtsfolgen für den Fall bestimmt, dass der Bürge an den Gläubiger zahlt. Insoweit stellt sich vor allem die Frage, in welcher Weise der Bürge bei dem Hauptschuldner Regress nehmen kann, insbesondere durch den Übergang der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen (sog. Bürgenregress).²⁵ Schließlich werden auch Spezialfragen behandelt wie etwa die rechtlichen Konsequenzen der Aufgabe einer weiteren, neben der Bürgschaft bestehenden Sicherheit des Gläubigers (vgl. § 776 BGB). Die Aufgabe einer solchen Parallelsicherheit tangiert nämlich auch die Interessen des Bürgen: Hätte der Gläubiger die parallel existierende Sicherheit nicht aufgegeben, so hätte der Bürge aus dieser Sicherheit den parallelen Sicherungsgeber in Regress nehmen können.²⁶

II. Prüfungsaufbau

Der Aufbau einer Prüfung von Ansprüchen aus Bürgschaft folgt im Grundsatz dem im Lern- und Fallbuch zum BGB AT dargelegten Dreischritt: Anspruch entstanden, Anspruch erloschen, Anspruch durchsetzbar.²⁷ Dabei ist allerdings aufgrund der Charakteristik der Bürgschaft als einer „Haftungszusage für die Leistungsfähigkeit eines Dritten“ auf allen drei Ebenen des Anspruchsaufbaus eine doppelte Prüfung erforderlich: Einerseits muss nämlich die Schuld jenes Dritten, des Hauptschuldners – die sog. Hauptforderung – entstanden sein, fortbestehen und durchsetzbar sein; zum anderen muss Gleiches auch in Bezug auf die Bürgschaft als solche geprüft werden. So ist bei der Entstehung des Anspruchs in einer zweigeteilten Prüfung zu fragen, ob (1) eine Hauptschuld entstanden ist und sich (2) der Bürge wirksam dafür verbürgt hat. Das Erlöschen des Anspruchs kann (1) auf dem Erlöschen der Hauptschuld beruhen und (2) auf dem Erlöschen des Bürgschaftsvertrags. Schließlich kann die Durchsetzbarkeit daran scheitern, dass (1) die Hauptschuld oder (2) die Bürgschaft als solche nicht durchsetzbar ist. Diese Doppelprüfung ist notwendige Folge der Akzessorietät der Bürgschaft. Sie beginnt bereits mit der Nennung der richtigen Anspruchsgrundlage, in der die Bürgenhaftung aus § 765 BGB immer mit der Hauptschuld in Verbindung gebracht werden muss. Ergibt sich Letztere also beispielsweise aus einem Kredit, lautet die Anspruchsgrundlage § 765 i.V.m. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB, bei einer zugrunde liegenden Kaufpreisschuld § 765 i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB. Im Einzelnen stellt sich das der Prüfung einer Bürgschaftsforderung zugrunde liegende Schema wie folgt dar:

²⁵ Dazu unten § 2 VII.

²⁶ Dazu unten § 2 IV 2 c.

²⁷ Dazu *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 3.

I. Entstehen der Bürgschaftsforderung

- 1. Existenz der Hauptforderung** (§ 767 Abs. 1 S. 1 BGB)
- 2. Wirksamer Bürgschaftsvertrag** zwischen Bürge und Gläubiger (§ 765 BGB)
 - a) Einigung** (§§ 133, 157 BGB)
 - aa)** übereinstimmende Willenserklärungen
u.a. Abgrenzung zu anderen Personalsicherheiten
 - bb)** Bestimmtheit/Bestimmbarkeit der gesicherten Verbindlichkeit
 - b) Schriftform** der Bürgschaftserklärung (§§ 125, 766 S. 1, 126 S. 1 BGB)
Achtung: einseitiges Schriftformerfordernis; Ausnahme: § 350 HGB
 - c) Sonstige Nichtigkeitsgründe, insbes.**
 - aa)** Analogie zu § 494 Abs. 1 BGB (nach h.M. abzulehnen)
 - bb)** Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB), insbes. bei der Angehörigenbürgschaft
Achtung: keine Anwendung des § 138 Abs. 2 BGB mangels Gegenleistung

II. Kein Erlöschen

- 1. Erlöschen der Hauptforderung** (§ 767 Abs. 1 S. 1 BGB)
- 2. Bürgschaftsbezogene Einwendungen**
 - a) Aufhebung** der Bürgschaft (z.B. gemäß § 775 BGB)
 - b) Ablauf** einer Bürgschaft auf Zeit (§ 777 BGB)
 - c) Aufgabe einer Parallelsicherheit** (§ 776 BGB)
 - d) Kündigung** der Bürgschaft (insbes. § 314 BGB)
 - e) Wegfall der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB)
 - f) Verbraucherschützenswiderruf** (§ 355 BGB)
 - aa)** Analogie zu § 495 BGB (nach h.M. abzulehnen)
 - bb)** Außergeschäftsraumvertrag (§§ 312g, 312b BGB)
Problem: „entgeltliche Leistung des Unternehmers“ (§ 312 Abs. 1 BGB)

III. Durchsetzbarkeit (= keine Einreden)

- 1. Forderungsbezogene Einreden**
 - a) Einreden des Hauptschuldners** (§ 768 BGB)
 - b) Einrede der Anfechtbarkeit** (§ 770 Abs. 1 BGB)
 - c) Einrede der Aufrechenbarkeit** (§ 770 Abs. 2 BGB)
- 2. Bürgschaftsbezogene Einreden**
 - a) aus dem Bürgschaftsvertrag**, z.B. Stundung oder Verjährung der Bürgschaft
 - b) Einrede der Vorausklage** (§ 771 BGB)

Nachfolgend sollen die einzelnen Prüfungsmerkmale im Detail dargestellt werden:

III. Entstehen der Bürgschaftsforderung

Zur Begründung eines Anspruchs aus Bürgschaft ist – wie schon erwähnt – einerseits die Existenz einer Hauptforderung, andererseits der wirksame Abschluss eines Bürgschaftsvertrages erforderlich.

1. Existenz der Hauptforderung (§ 767 Abs. 1 S. 1 BGB)

„Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.“ In diesem Wortlaut des § 765 BGB kommt – wie eingangs erwähnt²⁸ – die Akzessorietät der Bürgschaft ebenso zum Ausdruck wie in der Formulierung des § 767 Abs. 1 S. 1 BGB: „Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend.“ Die Bürgschaftsforderung besteht folglich nur insoweit, wie es eine dem Bürgschaftsvertrag zugrunde liegende Forderung gibt. Liegt von Beginn an kein sicherungsfähiger Anspruch vor oder entsteht dieser im Falle der Bürgschaft für eine zukünftige oder bedingte Forderung (vgl. § 765 Abs. 2 BGB) auch nicht später, wird die Bürgschaftsforderung gar nicht erst begründet.

Ob man im Gutachten zunächst die Hauptforderung oder den wirksamen Bürgschaftsvertrag prüft, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit. Insbesondere in Fällen, in denen sich die Hauptschuld einfach feststellen lässt, erscheint es sinnvoll, deren Existenz kurz vorab klarzustellen und anschließend zu fragen, ob sich der Bürge für jene festgestellte Verbindlichkeit wirksam verbürgt hat.

Die Entstehung der Hauptforderung ist dabei nicht anders zu prüfen, als wenn der Anspruch des Gläubigers gegen den Hauptschuldner in Rede stünde. Ergibt sich die Hauptforderung aus einem Vertrag zwischen Gläubiger und Hauptschuldner, ist folglich – wie im Lern- und Fallbuch zum BGB AT näher dargestellt – einerseits die wirksame vertragliche Einigung der Parteien und sodann das Fehlen von rechtshindernden Einwendungen zu prüfen.²⁹ Handelt es sich bei der Hauptschuld – wie häufig in Bürgschaftsfällen – um einen Kreditvertrag, ist ferner die Valutierung des Darlehens Voraussetzung für die Entstehung des Darlehensrückzahlungsanspruchs aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB.

2. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

Der sodann für die Bürgenhaftung zu prüfende wirksame Bürgschaftsvertrag erfordert ebenfalls die vertragliche Einigung der Parteien – diesmal von Gläubiger und Bürge – sowie das Fehlen von rechtshindernden Einwendungen. Dabei ist die Formwirksamkeit der Bürgschaft in jedem Fall anzusprechen, während sonstige rechtshindernde Einwendungen – wie üblich – nur dann thematisiert werden, wenn sie im konkreten Fall naheliegen.

²⁸ Oben § 1 II 1.

²⁹ *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 3 Rn. 6 ff.

a) Vertragliche Einigung

Obwohl häufig von einer „Bürgschaftserklärung“ gesprochen wird, handelt es sich bei der Bürgschaft doch nicht um ein einseitiges Rechtsgeschäft, sondern um einen Vertrag. Das Zustandekommen der vertraglichen Einigung erfordert – wie immer – zwei übereinstimmende Willenserklärungen³⁰, im Fall der Bürgschaft mit dem Inhalt des § 765 BGB, also der Einstandspflicht des Bürgen für fremde Schuld. Für die Auslegung der Willenserklärungen der Parteien gilt dabei nichts anderes als bei anderen privatrechtlichen Verträgen. Entscheidend ist demnach die Verkehrsauffassung aus Sicht eines objektiven Dritten (§§ 133, 157 BGB).³¹

aa) Abgrenzung zu anderen Personalsicherheiten

Bei der Auslegung, ob die Verpflichtung als Bürge gewollt war, hat eine Abgrenzung zu den anderen denkbaren Arten der Verpflichtung für fremde Schuld zu erfolgen, also den übrigen in Betracht kommenden Personalsicherheiten (Schuldbeitritt, Garantie, Patronatserklärung). Insofern sei auf die Darstellung in § 1 II verwiesen.

bb) Bestimmtheit/Bestimmbarkeit der gesicherten Forderung

Da mit dem Bürgschaftsvertrag die akzessorische Haftung des Bürgen für die Verbindlichkeit eines Dritten übernommen wird (§ 765 BGB), muss sich aus dem Vertrag mit hinreichender Deutlichkeit ergeben, für welche konkrete Forderung und in welchem Umfang der Bürge einstehen will. Die gesicherte Forderung gehört also zu den *essentialia negotii*³² der vertraglichen Einigung. Die Bürgschaft kann hierbei auch für eine **künftige** oder **bedingte Verbindlichkeit** (§ 158 BGB) übernommen werden (§ 765 Abs. 2 BGB).

Ohne Benennung der gesicherten Forderung fehlt es an der inhaltlichen Bestimmtheit, die neben dem Rechtsbindungswillen Voraussetzung jeder Willenserklärung ist.³³ Ist die Forderung nicht ausdrücklich genannt, muss diese durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) ermittelt werden, also *bestimmbar* sein.³⁴ Hierbei kann, wenn der ermittelte Wille eine Andeutung in der Urkunde gefunden hat, auch auf andere, außerhalb der Bürgschaftsurkunde liegende Umstände zurückgegriffen werden. Wichtig ist, dass diese Art der Bestimmbarkeit der vertraglichen Einigung nur für die Personalsicherheiten gilt, weil es sich dabei um schuldrechtliche Verträge handelt, nicht hingegen bei der dinglichen Bestellung von Sachsicherheiten. Aufgrund des im Sachenrecht geltenden Bestimmtheitsgrundsatzes gelten dort strengere Anforderungen an die Erkennbarkeit des Inhalts vertraglicher Einigungen.³⁵

³⁰ Dazu allgemein *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 5 Rn. 11 ff.

³¹ Dazu allgemein *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 7 Rn. 16 ff.

³² Dazu allgemein *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 5 Rn. 13.

³³ Siehe auch dazu allgemein *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 5 Rn. 13.

³⁴ BGH NJW 1988, 907 (juris-Rn. 22).

³⁵ Siehe dazu Folie 3 zur Vorlesung.

cc) Ausdehnung der Bürgenhaftung durch AGB

In der Praxis ergibt sich die Bestimmung der durch die Bürgschaft gesicherten Forderungen oftmals aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere bei durch Kreditinstitute vorformulierten Bürgschaftsbedingungen. Daran ist im Grundsatz nichts auszusetzen, dient doch die präzise (Vor-)Formulierung den beiderseitigen Interessen an einer hinreichend bestimmten Abrede.

Allerdings war zum Ende des letzten Jahrhunderts eine Tendenz der Kreditinstitute auszumachen, ihre Interessen bei der Formulierung der Verträge einseitig zu ihren Gunsten auszunutzen, indem einem Bürgen über das Vertragsformular eine Haftung auch für solche Forderungen „untergeschoben“ wird, die der Bürge bei Übernahme der Bürgschaft gar nicht im Blick hat. Da es insoweit um Fragen des *Umfangs* der Bürgenhaftung geht, soll diese in der Klausur bei der wirksamen Einigung über den Bürgschaftsvertrag zu thematisierende Frage später im Zusammenhang mit § 767 Abs. 1 S. 3 BGB behandelt werden.³⁶

dd) Entbehrlichkeit des Zugangs der Annahmeerklärung (§ 151 S. 1 Alt. 1 BGB)

Da Willenserklärungen grundsätzlich empfangsbedürftig sind³⁷ und die Bürgschaft ein Vertrag ist, müsste auch die Annahmeerklärung des Gläubigers dem Bürgen zugehen. Wie jedoch schon im Lern- und Fallbuch zum BGB AT dargelegt, kommt gerade bei den Personalsicherheiten eine Ausnahme aufgrund einer entsprechenden Verkehrssitte i.S.v. § 151 S. 1 Alt. 1 BGB in Betracht.³⁸ Diese besteht vor allem bei unentgeltlichen Zuwendungen sowie bei sonstigen für den Antragsempfänger lediglich vorteilhaften Geschäften und genau darum handelt es sich bei der Bürgschaft, aber auch bei den anderen genannten Personalsicherheiten. Der Rechtskreis des Gläubigers wird durch die Begründung der zusätzlichen Forderung nur erweitert, nicht begrenzt.

Zu beachten ist allerdings, dass § 151 BGB nur den *Zugang* der Annahmeerklärung entbehrlich macht, nicht hingegen die Annahme selbst.³⁹ Es ist also im Einzelfall – auch in der Klausur – jeweils die Annahme als solche festzustellen, die sich freilich auch aus einem schlüssigen Verhalten ergeben kann, insbesondere daraus, dass der Empfänger die ihm zugeschickte Bürgschaftsurkunde zu den Akten nimmt.⁴⁰

Falls der auf Bürgschaft Antragende über seine etwaige Verpflichtung im Unklaren ist, weil ihm keine Annahmeerklärung zugeht, steht es ihm frei, sich bei dem Empfänger der Bürgschaftserklärung bezüglich einer etwaigen Annahme zu versichern. Grundsätzlich wird er jedoch von der Annahme und damit einer Verpflichtung seinerseits, für die Schuld eines Dritten

³⁶ Siehe unten § 2 III 3.

³⁷ Dazu *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 7 Rn. 22 ff.

³⁸ *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 5 Rn. 29 f.

³⁹ Siehe auch dazu *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 5 Rn. 29.

⁴⁰ Siehe dazu *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 14), S. 218 ff. (Fall Nr. 22 – Partnerschaftsvermittlung).

einzustehen, ausgehen müssen. Dies gilt insbesondere, wenn der Gläubiger die Bürgschaftsurkunde behält.

b) Schriftform (§§ 125, 766, 126 BGB)

Die wichtigste in Betracht kommende rechtshindernde Einwendung bei der Bürgschaft ist § 125 BGB, weil nach der Grundregel des § 766 BGB zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich ist.

aa) Funktion und Gegenstand des Schriftformerfordernisses

Grund für das Schriftformerfordernis ist die Trias von **Übereilungsschutz-, Beweis- und Warnfunktion**. Die Vorschrift des § 766 BGB dient dem Schutz des Bürgen, welcher durch die Bürgschaft einen umfangreichen potentiellen Zugriff auf sein gesamtes Vermögen gestattet.⁴¹ Er soll vor der überhasteten Abgabe einer Bürgschaftserklärung geschützt, zugleich durch die schriftliche Abfassung gewarnt werden, dass er eine bedeutsame Erklärung abgibt, und im Zweifelsfall den Umfang einer solchen beweisen können. Durch die Schaffung von beweisfesten Tatsachen dient dies zugleich der Rechtssicherheit.⁴²

Vor dem Hintergrund dieses Telos wird klar, warum das Gesetz **nur für die Erklärung des Bürgen** (vgl. den Wortlaut des § 766 S. 1 BGB), nicht aber für die Annahmeerklärung des Gläubigers die Schriftform i.S.d. § 126 Abs. 1 BGB verlangt und damit eine Abweichung von § 126 Abs. 2 BGB statuiert. Nur der Bürge muss gewarnt und vor Übereilung geschützt werden, nicht hingegen der Gläubiger, für den der Bürgschaftsvertrag lediglich Vorteile bringt.

bb) Ausnahme vom Schriftformerfordernis (§ 350 HGB)

Eine Ausnahme von diesem Schriftformerfordernis macht die im Lern- und Fallbuch zum Handelsrecht näher behandelte Vorschrift des § 350 HGB.⁴³ Handelt es sich bei dem Bürgen um einen Kaufmann und stellt die Bürgschaft für diesen ein Handelsgeschäft i.S.v. §§ 343 f. HGB dar, findet das Schriftformerfordernis des § 766 S. 1 BGB keine Anwendung. Das Schutzbedürfnis des kaufmännischen Bürgen ist derart vermindert, dass die Einhaltung der Formvorschrift entfällt. Hintergrund der Vorschrift ist die Erleichterung des kaufmännischen Handelsverkehrs, in welchem das Bürgschaftsgeschäft schnell und einfach abgewickelt werden können soll.⁴⁴ Der versierte, im schnelllebigen Handelsverkehr auftretende Kaufmann läuft weniger Gefahr, von einer Bürgschaftsanfrage übereilt zu werden. Zudem ist er durch die Gepflogenheiten des Handelsverkehrs hinreichend vertraut mit den Risiken, die mit einer vollumfänglichen persönlichen Haftung einhergehen, sodass jedenfalls die Warnfunktion zum Schutz des Erklärenden nicht mehr erforderlich ist.

⁴¹ Zur Zugriffsmöglichkeit auf das gesamte pfändbare Vermögen s.o. § 1 I.

⁴² BGHZ 121, 5.

⁴³ *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 14), § 7 Rn. 32 ff. mit Fällen Nr. 2 und 3 – Altstadtkneipe I und II sowie Fall Nr. 22 – Partnerschaftsvermittlung.

⁴⁴ BGHZ 121, 5 = NJW 1993, 584 (juris-Rn. 17).

cc) *Problem: Blankobürgschaft*

In einer bestimmten Konstellation ist fraglich, ob die unterzeichnete Bürgschaftserklärung die Anforderungen an die gesetzlich geforderte Form im Hinblick auf die genannten Schutzfunktionen erfüllt. Erklärt der Bürge schriftlich, er stehe für eine dem Grunde und der Höhe nach noch nicht bekannte Verbindlichkeit gegenüber einem noch zu benennenden Gläubiger ein, handelt es sich um eine sogenannte Blankobürgschaft. So ist etwa denkbar, dass der Bürge das Bürgschaftsexemplar blanko unterzeichnet und den Gläubiger später dieses Schriftstück im Hinblick auf die übrigen Parteien (Gläubiger und Hauptschuldner) und die Forderung ergänzen lässt.⁴⁵

Zur Wahrung der Schriftform gemäß § 126 S. 1 BGB ist im Grundsatz nur erforderlich, dass der Aussteller durch Namensunterschrift das Dokument eigenhändig unterzeichnet. Der zu erklärende Text muss im Zeitpunkt der Unterzeichnung nicht fertiggestellt sein, da derjenige, welcher dem Schriftformerfordernis unterworfen ist, sich auch eines Vertreters (§ 164 Abs. 1 BGB) zur Ergänzung des Dokumentes bedienen kann. Eine solche Urkundenvervollständigung durch einen bevollmächtigten Dritten wird durch den Wortlaut des § 766 S. 1 BGB grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Auch § 167 Abs. 2 BGB, welcher vorsieht, dass die Vollmachtserteilung nicht der Form des Rechtsgeschäfts bedarf, zu welchem ermächtigt wird, steht der Blankobürgschaft dem Wortlaut nach nicht entgegen.

Allerdings dient die Bestimmung des § 766 BGB ausschließlich dem Schutzbedürfnis des Bürgen; dieser soll damit zu größerer Vorsicht angehalten und vor nicht ausreichend überlegten Erklärungen gesichert werden.⁴⁶ Diese **Warnfunktion** der Schriftform wird nicht erreicht, wenn die vom Bürgen unterzeichnete Erklärung weder den Gläubiger, den Schuldner noch die Forderung benennt. Alleine die Verschriftlichung des Willens zu bürgen, genügt nicht. Vielmehr soll die Bürgschaftserklärung gleichzeitig eine **Verdeutlichung des übernommenen Risikos** darstellen und dieses begrenzen. Daher muss § 167 Abs. 2 BGB in diesem Fall einschränkend ausgelegt werden.⁴⁷ Kann aber die **Vollmacht zur Abgabe einer Bürgschaft nur schriftlich** erteilt werden, gilt das Gleiche auch für die Ermächtigung, ein schon unterzeichnetes Bürgschaftsblankett zu vervollständigen.

Die Anforderungen an eine schriftliche Vollmacht zur Verbürgung oder zur Vervollständigung eines Blanketts müssen sich ihrerseits an § 766 S. 1 BGB ausrichten. Anzugeben sind daher die Personen des Gläubigers und des Hauptschuldners sowie die gesicherte Forderung, soweit diese Merkmale aus der Bürgschaftsurkunde noch nicht ersichtlich sind.⁴⁸

⁴⁵ Beispiel bei BGHZ 132, 119 = NJW 1996, 1467.

⁴⁶ So BGHZ 132, 119 = NJW 1996, 1467 (juris-Rn. 7); anders in Bezug auf den Zweck des § 781 BGB BGHZ 121, 5 = NJW 1993, 584; jene Vorschrift soll nicht den Schutz des Schuldners vor Übereilung bezwecken, sondern nur der Rechtssicherheit durch Schaffung klarer Beweisverhältnisse dienen.

⁴⁷ BGHZ 132, 119 = NJW 1996, 1467 (juris-Rn. 11 ff.).

⁴⁸ BGHZ 132, 119 = NJW 1996, 1467 (juris-Rn. 18).

Zu beachten ist allerdings, dass die Unterzeichnung eines Bürgschaftsblanketts gleichwohl nicht ungefährlich ist. Nach der Rechtsprechung des BGH muss nämlich derjenige, der ein Blankett mit seiner Unterschrift aus der Hand gibt, in **entsprechender Anwendung des § 172 BGB**⁴⁹ den durch dessen Ausfüllung geschaffenen Inhalt einem gutgläubigen Dritten gegenüber als seine Erklärung gegen sich gelten lassen, unabhängig davon, ob der vervollständigte Text seinem Willen entspricht oder nicht.⁵⁰ Diese Rechtsfolge trifft auch einen Bürge, der die Blanketturkunde einem anderen ohne formgerechte Ermächtigung zur Ausfüllung überlässt. Zwar entsteht in diesem Falle dadurch, dass die Urkunde ergänzt wird, keine formgerechte Verpflichtung; jedoch hat der Bürge durch sein Verhalten zurechenbar einen **Rechtsschein** gesetzt, auf den sich der redliche Geschäftspartner verlassen und kraft dessen er den Unterzeichnenden in Anspruch nehmen kann.⁵¹ Schutzbedürftig ist nach diesen Grundsätzen indessen nur derjenige, der eine vollständige Urkunde erhält und annehmen darf, die Erklärung stamme vom Bürge selbst, der Urkunde also die Ergänzung durch den nicht wirksam ermächtigten Dritten nicht ansehen kann.⁵² Nicht geschützt ist hingegen, wer von jener Ergänzung weiß oder als Gläubiger selbst das Blankett erhalten und die Urkunde in wesentlichen Punkten ergänzt hat, ohne dazu schriftlich ermächtigt worden zu sein.

c) Sonstige Nichtigkeitsgründe

Neben der Schriftform als wichtigster und in der gutachtlichen Prüfung stets anzusprechender rechtshindernder Einwendung gibt es weitere Nichtigkeitsgründe, die je nach Fallkonstellation bei Bürgschaften typischerweise naheliegen können:

aa) Keine Analogie zu § 494 Abs. 1 BGB (Verbraucherkredit)

Wird die Bürgschaft für eine Kreditschuld übernommen, kann sich die Frage stellen, ob der Bürge den gleichen Schutz nach den Regeln über den Verbraucherkredit genießt, wie er dem Kreditnehmer als Hauptschuldner zugutekommt. Zugunsten des Kreditnehmers greift § 494 Abs. 1 BGB ein, eine Vorschrift, welche die Nichtigkeit des Kreditvertrages vorsieht, wenn entweder die Schriftform des § 492 Abs. 1 BGB insgesamt nicht eingehalten wurde oder eine der Pflichtangaben fehlt, die gemäß § 492 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 247 §§ 6 bis 13 EGBGB in den Verbrauchercreditvertrag aufzunehmen sind. Zu dieser sog. qualifizierten Schriftform, welche in der Vorlesung Bankrecht näher behandelt wird⁵³, gehören etwa die folgenden Angaben:

- (anfänglicher) effektiver Jahreszins,
- Nettodarlehensbetrag,
- Sollzinssatz und alle sonstigen Kosten,

⁴⁹ Zur Rechtsscheinhaftung wegen Aushändigung einer Vollmachtsurkunde gemäß § 172 BGB siehe *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 10 Rn. 147 ff.

⁵⁰ BGHZ 132, 119 = NJW 1996, 1467 (juris-Rn. 17) mit Hinweis auf BGHZ 40, 65; 113, 48, 53.

⁵¹ BGHZ 132, 119 = NJW 1996, 1467 (juris-Rn. 17).

⁵² BGHZ 132, 119 = NJW 1996, 1467 (juris-Rn. 17) mit Hinweis auf BGHZ 40, 65, 68.

⁵³ Siehe die Folien 172 ff. zur Vorlesung Bankrecht (erhältlich unter www.georg-bitter.de).

- Betrag, Zahl und Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen,
- Gesamtbetrag aller Teilzahlungen,
- Angaben zum Widerrufsrecht aus § 495 BGB.

Die Frage, ob jene Verbraucherschutzvorschrift auf den Bürgschaftsvertrag entsprechend angewendet werden kann, war lange Zeit umstritten und insbesondere deshalb aufgekommen, weil sich der BGH in der Entscheidung BGHZ 133, 71 für eine analoge Anwendung der §§ 491 ff. BGB auf einen *Schuldbeitritt* zu einem Kreditvertrag entschieden hatte, falls der Beitretende ein Verbraucher ist.⁵⁴ Entsprechend beriefen sich dann beispielsweise Geschäftsführer einer GmbH oder GmbH & Co. KG, die sich schriftlich für die Verbindlichkeit ihrer Gesellschaft verbürgt hatten, später auf die Unwirksamkeit des Bürgschaftsvertrages, weil dieser gegen die Formvorschriften des Verbraucherkreditrechtes verstoße.⁵⁵

Eine Übertragung der Rechtsprechung zum Schuldbeitritt auf die Bürgschaft wurde jedoch im Urteil BGHZ 138, 321 aus dem Jahr 1998 mit Hinweis auf ein kurz zuvor auf Vorlage des BGH ergangenes Urteil des EuGH abgelehnt; das Verbraucherkreditrecht findet danach zumindest auf Bürgschaften für gewerbliche Kredite keine Anwendung.⁵⁶ Im Jahr 2000 hat der EuGH sodann ergänzt, dass ein Bürgschaftsvertrag auch dann nicht der Verbraucherkredit-Richtlinie 87/102/EWG unterfällt, wenn weder der Bürge noch der Kreditnehmer im Rahmen ihrer Erwerbstätigkeit gehandelt haben.⁵⁷ Für die Praxis ist damit die Frage der analogen Anwendung des Verbraucherkreditrechtes auf die Bürgschaft entschieden und zwar im negativen Sinne. Folgende Gründe lassen sich dafür anführen (etwa in einer Klausurbearbeitung):

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB ist ein „Verbraucherdarlehensvertrag“, den es als Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag (§ 491 Abs. 2 BGB) und als Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrag (§ 491 Abs. 3 BGB) gibt. Darunter fällt der Bürgschaftsvertrag nicht, welcher als einseitig verpflichtender Vertrag zu qualifizieren ist, mit dem eine Haftungszusage für die Leistungsfähigkeit eines Dritten übernommen wird. Der Bürge empfängt vom Kreditgeber nichts, seine Verpflichtung bildet vielmehr ihrerseits eine Hilfe zur Finanzierung des zwischen Gläubiger und Hauptschuldner begründeten Vertrages. Der Wortlaut der Norm spricht also gegen eine Anwendung auf Bürgschaften.

In den umfangreichen Erwägungsgründen der Verbraucherkredit-Richtlinie ist stets nur von Krediten an Verbraucher und an keiner Stelle von Bürgschaften oder vergleichbaren Haftungserklärungen die Rede.⁵⁸ Im Rahmen der Umsetzung der Verbraucherkredit-Richtlinie in das nationale deutsche Recht ist zudem über eine mögliche Ausdehnung des Schutzes auf Bürgen diskutiert, eine entsprechende Regelung aber nicht in das Gesetz aufgenommen worden. Die

⁵⁴ Vgl. die Literaturangaben in BGHZ 138, 321 = NJW 1998, 1939 (juris-Rn. 13); zum Schuldbeitritt s.u. § 3 II 1 a bei Fn. 319.

⁵⁵ So im Fall BGHZ 138, 321 = NJW 1998, 1939 (juris-Rn. 3).

⁵⁶ BGHZ 138, 321 = NJW 1998, 1939 mit Hinweis auf EuGHE I 1998, 1199 = NJW 1998, 1295 = ZIP 1998, 554.

⁵⁷ EuGHE I 2000, 1741 = NJW 2000, 1323

⁵⁸ Dazu BGHZ 138, 321 = NJW 1998, 1939 (juris-Rn. 9).

historische Auslegung spricht daher ebenfalls klar gegen die Einbeziehung von Bürgen, weshalb die Rechtsprechung nach Ansicht des BGH an einer Rechtsfortbildung gehindert ist.⁵⁹

Die Übertragung der Rechtsprechung zum Schuldbeitritt (BGHZ 133, 71) auf die Bürgschaft ist nach dem Urteil BGHZ 138, 321 nicht gerechtfertigt. Die Rechtsstellung des Bürgen sei von der des Kreditnehmers weiter entfernt als die des Mitschuldners. Der Bürge trete dem Vertrag nicht als gleichrangiger selbständiger Schuldner bei, dessen Verbindlichkeit sich nach ihrer wirksamen Entstehung unabhängig von Fortbestand und Umfang der Hauptschuld entwickeln könne (vgl. § 425 BGB). Begründet werde vielmehr nur eine an die Hauptschuld angelehnte akzessorische Haftung.⁶⁰ Dem Schutz des Bürgen trage das Gesetz zudem durch die in §§ 765 ff. BGB getroffene Regelung eingehend Rechnung, insbesondere durch die Formvorschrift des § 766 BGB sowie die nachfolgenden Einreden und Einwendungen, die der Bürge unabhängig vom Hauptschuldner geltend machen kann (§§ 768, 770, 771, 776 BGB). Dagegen fehlten allgemeingültige Normen zum kumulativen Schuldbeitritt. Dessen enge Bindung an den Hauptvertrag zeige sich auch darin, dass er grundsätzlich formfrei erklärt werden könne, jedoch der Formvorschrift des Hauptvertrages unterliege, sofern diese allgemein mit Rücksicht auf den Leistungsgegenstand aufgestellt ist.⁶¹

Schließlich führt auch eine Betrachtung der Interessenlage zu keinem anderen Ergebnis. Die Informationen, die der Kreditgeber dem Kreditnehmer bei Vertragsabschluss zur Verfügung stellen muss, betreffen insbesondere die Vergleichbarkeit der Kreditangebote und eine Verdeutlichung der periodischen Zahlungsweise. Beide Aspekte betreffen den Bürgen gerade nicht, weil er erst im Sicherungsfall haftet. Gleiches gilt für die Erwägung, dass der Kreditnehmer aufgrund der Komplexität der Kreditbedingungen die Möglichkeit haben soll, eine etwaig getroffene Entscheidung nach einer Bedenkzeit zu revidieren.⁶² Demgegenüber ist das primäre Interesse des Bürgen die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners.

Nach alledem ist eine analoge Anwendung der §§ 491 ff. BGB auf Bürgschaftsverträge wegen fehlender vergleichbarer Interessenlage und zudem fehlender planwidriger Regelungslücke⁶³ nicht angezeigt. Die Unwirksamkeit des Bürgschaftsvertrages wird nicht durch die fehlende Wahrung der einfachen oder qualifizierten Schriftform begründet.

bb) Keine Anwendung des Wuchertatbestandes (§ 138 Abs. 2 BGB)

Ein Rechtsgeschäft kann wegen Wuchers gemäß § 138 Abs. 2 BGB nichtig sein. Anknüpfungspunkt hierfür ist nach dem klaren Wortlaut der Norm die Prüfung des Verhältnisses des Wertes der Leistung zu dem der Gegenleistung. Der Bürgschaftsvertrag enthält jedoch als

⁵⁹ BGHZ 138, 321 = NJW 1998, 1939 (juris-Rn. 20 ff.).

⁶⁰ BGHZ 138, 321 = NJW 1998, 1939 (juris-Rn. 16).

⁶¹ BGHZ 138, 321 = NJW 1998, 1939 (juris-Rn. 17).

⁶² BGHZ 138, 321 = NJW 1998, 1939 (juris-Rn. 24 f.).

⁶³ Zu den Voraussetzungen der Analogie siehe allgemein *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289, 297 f.

einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft keine Gegenleistung – der Bürge erlangt vom Gläubiger nichts –, sodass der Wuchertatbestand denklogisch nicht einschlägig sein kann.⁶⁴

cc) Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) – Problem bei Angehörigenbürgschaft

Hingegen ist denkbar, dass ein Bürgschaftsvertrag i.S.v. § 138 Abs. 1 BGB gegen die guten Sitten verstößt.⁶⁵ Wie im Lern- und Fallbuch zum BGB AT dargelegt, liegt ein solcher Verstoß nach der vom RG geprägten Formel vor, wenn das in Frage stehende Rechtsgeschäft gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.⁶⁶ Wie ebenfalls schon in jenem Werk näher ausgeführt, kann insbesondere die Bürgschaft von nahen Angehörigen unter bestimmten Umständen sittenwidrig sein, nämlich in Fällen krasser Überforderung eines (vermögenslosen) Bürgen, welche vermuten lässt, dass sich die bürgenden Angehörigen (insbesondere Ehepartner und Kinder) nur aus emotionaler Verbindung zum Hauptschuldner und nicht aus freien Stücken auf die Verpflichtung eingelassen haben.⁶⁷

In einer Klausur zum Kreditsicherungsrecht reicht es nicht aus, pauschal auf die Rechtsprechung zur sittenwidrigen Angehörigenbürgschaft und das insoweit entwickelte Kriterium der krassen Überforderung hinzuweisen, sondern es wird erwartet, dass die Grundsätze jener Rechtsprechung zunächst – ausgehend von § 138 Abs. 1 BGB – entwickelt und sodann auf den konkreten Fall angewendet werden. Es ist also von o.g. Formel des RG auszugehen und dabei festzustellen, dass eine Präzisierung dessen erfolgen muss, was „gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt“. Da jene Leerformel letztlich auch nicht hilfreicher ist als der allgemeine Hinweis des § 138 Abs. 1 BGB auf die Sittenwidrigkeit des Geschäfts, sind zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit von Rechtsprechung und Literatur Fallgruppen entwickelt worden, innerhalb derer von einem nichtigen Geschäft in diesem Sinne ausgegangen werden kann. Zu diesen Fallgruppen gehört besagte Angehörigenbürgschaft.

aaa) Einschränkung der Privatautonomie

Im Ausgangspunkt ist festzustellen, dass es dem Grundsatz der aus der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) abgeleiteten Privatautonomie⁶⁸ entspricht, dass sich Vertragspartner im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit grundsätzlich auch über ihre eigene Leistungsgrenze hinaus verpflichten können, ohne dass die Rechtsordnung alle derartigen Rechtsgeschäfte als Verstoß gegen die guten Sitten für nichtig erklären muss.

Beispiel: Ein Arbeitsloser oder ein Student ohne eigenes Einkommen kann wirksam einen Kaufvertrag über ein teures Auto abschließen, auch wenn er selbst nicht über ausreichende Mittel zur Entrichtung des Kaufpreises verfügt. Wie er den Kaufpreis aufbringt (etwa durch Zuwendungen Dritter), ist seine Sache. Der Vertrag ist auch

⁶⁴ BGH NJW 2001, 2467 (juris-Rn. 13).

⁶⁵ Siehe allgemein zu § 138 BGB *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 6 Rn. 35 ff.

⁶⁶ Vgl. dazu *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 6 Rn. 36.

⁶⁷ *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 6 Rn. 45 ff.

⁶⁸ Dazu *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 2 Rn. 16 ff.

dann nicht gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn der Käufer keine Möglichkeit hat, an die erforderlichen Mittel zu gelangen.

Allein im Bereich des Verbraucherkreditrechts ist jene Freiheit jüngst ausdrücklich eingeschränkt worden, indem eine Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung eingeführt wurde (§§ 505a bis 505d BGB n.F.). Gemäß § 505a I 2 BGB n.F. darf der Darlehensgeber den Verbraucherdarlehensvertrag nur abschließen, wenn aus der Kreditwürdigkeitsprüfung hervorgeht, dass bei einem Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag keine erheblichen Zweifel daran bestehen und dass es bei einem Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrag wahrscheinlich ist, dass der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen, die im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag stehen, vertragsgemäß nachkommen wird. Einen solchen ausdrücklichen Eingriff in die Vertragsabschlussfreiheit gibt es für die Bürgschaft hingegen nicht und die Vorschriften zum Verbraucherkredit sind – wie schon dargelegt⁶⁹ – auch nicht analog auf die Bürgschaft anwendbar.

Jedoch gilt es im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB allgemein die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte zu beachten. In den Worten des Leitsatzes von BVerfGE 89, 214 klingt das so: „Die Zivilgerichte müssen – insbesondere bei der Konkretisierung und Anwendung von Generalklauseln wie § 138 und § 242 BGB – die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 I GG beachten. Daraus ergibt sich ihre Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis **strukturell ungleicher Verhandlungsstärke** sind.“⁷⁰ Es bestehe – so das BVerfG – weitgehende Einigkeit darüber, dass die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taugt und dass der Ausgleich **gestörter Vertragsparität** zu den Hauptaufgaben des geltenden Zivilrechts gehört.⁷¹ Die Zivilgerichte hätten demgemäß nicht nur im Rahmen des § 138 Abs. 2 BGB, der typische und zwangsläufig zur Verhandlungsunterlegenheit des einen Vertragsteils führende Umstände bezeichne, die Pflicht darauf zu achten, dass Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung dienen.⁷² Hätten die Vertragspartner eine an sich zulässige Regelung vereinbart, so werde sich zwar regelmäßig eine weitergehende Inhaltskontrolle erübrigen. Sei aber der Inhalt des Vertrages für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen, so dürften sich die Gerichte nicht mit der Feststellung begnügen: „Vertrag ist Vertrag“; sie müssten vielmehr klären, ob die Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist, und gegebenenfalls im Rahmen der Generalklauseln des geltenden Zivilrechts korrigierend eingreifen.⁷³

Aus Gründen der Rechtssicherheit kann eine Inhaltskontrolle jedoch nur bei „typisierbaren Fallgestaltungen“ stattfinden. Nicht jeder Bürgschaftsvertrag soll durch die Gerichte auf eine

⁶⁹ Siehe oben § 2 III 2 c aa.

⁷⁰ Leitsatz der Entscheidung BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36; zu der damit verbundenen Umkehrung der vorherigen Argumentation des BGH siehe *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 5 Rn. 47.

⁷¹ BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (juris-Rn. 55).

⁷² BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (juris-Rn. 55 f.).

⁷³ BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (juris-Rn. 56).

außergewöhnliche finanzielle Belastung des Bürgen überprüft werden. Eine „**erkennbare typisierbare Fallgestaltung**“ kann *nur* bei Bürgschaften naher Angehöriger gegeben sein, wobei wegen emotionaler Verbundenheit folgende Personen geschützt werden: Ehegatte, Verlobte, Eltern, Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft und Kinder.

bbb) Vermutung der Sittenwidrigkeit bei krasser finanzieller Überforderung

Eine derartige „strukturell ungleiche Verhandlungsstärke“ liegt nahe, wenn der Bürge durch die Bürgschaft **krass finanziell überfordert** wird. In den Fällen der krassen finanziellen Überforderung besteht eine tatsächliche (widerlegliche) Vermutung, dass sich der Ehegatte oder nahe Angehörige bei der Übernahme der Mithaftung nicht von seinen Interessen und von einer rationalen Einschätzung des wirtschaftlichen Risikos hat leiten lassen und dass das Kreditinstitut die **emotionale Beziehung zwischen Hauptschuldner und Mithaftenden** in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat.⁷⁴ Ein nicht emotional verbundener Bürge hätte sich nämlich kaum darauf eingelassen, dauerhaft mit dem Existenzminimum auskommen zu müssen, um die Schuld eines anderen zu begleichen.

Ob der Bürge durch eine Bürgschaft finanziell krass überfordert wird, ist allein aufgrund seiner eigenen Vermögensverhältnisse, nicht auch derjenigen des Hauptschuldners zu beurteilen.⁷⁵ Eine solche Überforderung liegt jedenfalls vor, wenn der Bürge voraussichtlich **nicht einmal die laufenden Zinsen der Hauptschuld aufzubringen** vermag (bzw. in Fällen der Höchstbetragsbürgschaft der niedrigeren Bürgschaftsschuld⁷⁶); anderweitige Sicherheiten des Gläubigers sind nur zu berücksichtigen, soweit sie das Haftungsrisiko des Bürgen verringern.⁷⁷ Entscheidend ist, ob der Bürge bei Eintritt des Sicherungsfalls voraussichtlich⁷⁸ in der Lage sein wird, die laufenden Zinsen aus seinem *pfändbaren* Vermögen (§§ 811 ff., §§ 850 ff. ZPO) aufzubringen. Zu berücksichtigen ist dabei insbesondere der pfändbare Teil des laufenden monatlichen Einkommens, welcher dem Bürgen nach Berücksichtigung der Pfändungsfreigrenzen⁷⁹ des § 850c ZPO verbleibt, aber natürlich auch ein Bestandsvermögen, welches aus (unbelasteten) Grundstücken oder anderen verwertbaren Wertgegenständen bestehen und zur Befriedigung des Gläubigers herangezogen werden kann.

⁷⁴ Siehe den 3. Leitsatz des Urteils BGHZ 146, 37 = NJW 2001, 815.

⁷⁵ Siehe den 1. Leitsatz des Urteils BGH NJW 2000, 1182.

⁷⁶ Vgl. den Leitsatz des Urteils BGH ZIP 2013, 664 = NJW 2013, 1534 m.w.N.: „Bei Höchstbetragsbürgschaften, bei denen sich die Haftung für Nebenforderungen lediglich nach der Bürgschaftssumme und nicht nach der höheren Hauptschuld richtet, ist Maßstab der krassen finanziellen Überforderung des dem Hauptschuldner persönlich besonders nahe stehenden Bürgen die vertragliche Zinslast aus der Bürgschaftssumme und nicht aus der höheren Hauptschuld.“

⁷⁷ Siehe den 1. Leitsatz des Urteils BGH NJW 2000, 1182 sowie den 2. Leitsatz des Urteils BGHZ 146, 37 = NJW 2001, 815.

⁷⁸ Es handelt sich um eine Prognose zum Zeitpunkt der Abgabe der Bürgschaftserklärung, vgl. BGH NJW 2013, 1534 (juris-Rn. 9).

⁷⁹ Diese Grenze ist vom jeweiligen Einkommen des Schuldners abhängig und wird jährlich aktualisiert. Sie legt fest, welcher Betrag dem Schuldner zur Sicherung des Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG) nach der Durchführung der Pfändung verbleiben muss.

bbb) Ausnahmen

Eine Gesamtwürdigung kann die tatsächliche Vermutung, dass die emotionale Verbundenheit bei krasser finanzieller Überforderung in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt wurde, widerlegen. Daher scheidet nach einer Gesamtwürdigung eine Nichtigkeit nach § 138 I BGB in folgenden Fällen in der Regel aus:

(1) Der Bürge erhält durch das aufgenommene Darlehen einen **unmittelbaren Vorteil**, z.B. Miteigentum an der geplanten und mit den verbürgten Kreditmitteln finanzierten Anschaffung. Ein nur mittelbarer Vorteil widerlegt die tatsächliche Vermutung der Sittenwidrigkeit hingegen nicht. Von einem nur mittelbaren Vorteil ist etwa auszugehen, wenn die verbürgte Hauptschuld dazu dient, den Bau eines gemeinsam zu bewohnenden Hauses auf einem Grundstück *des Hauptschuldners* zu finanzieren.⁸⁰ Dann nämlich erhält der Bürge kein Miteigentum an dem zu errichtenden Haus, weil das Eigentum am Haus – vom Sonderfall des Scheinbestandteils (§ 97 BGB) abgesehen – gemäß § 946 BGB dem Grundstückseigentümer zusteht.

(2) Der vom Kreditinstitut vertraglich ausdrücklich festgelegte **Zweck der Bürgschaft** liegt darin, **Vermögensverlagerungen zwischen Hauptschuldner und Bürge zu verhindern**. Der Grund für eine (nur) zu diesem Zweck vom Kreditinstitut verlangte Bürgschaft liegt darin, dass die Anfechtungsrechte nach § 3 Abs. 2 AnfG oder § 133 Abs. 2 InsO das Kreditinstitut nicht hinreichend vor Vermögensverschiebungen schützen und die Bürgschaft des Ehegatten ein geeignetes Mittel ist, solchen Vermögensverschiebungen entgegenzuwirken. Jedoch bestehen in diesem Fall folgende Verteidigungsmöglichkeiten des bürgenden Ehegatten:

(a) Schutz des Bürgen während der Ehe: Solange der Hauptschuldner keine Vermögensgegenstände auf den bürgenden Angehörigen überträgt, ist die Inanspruchnahme des Bürgen rechtsmissbräuchlich. Der Bürge kann die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) erheben. Die Klage des Gläubigers gegen den Bürgen ist „als derzeit unbegründet“ abzuweisen.⁸¹

(b) Schutz des Bürgen nach Scheidung der Ehe: Die Gefahr einer Vermögensverschiebung ist nach der Scheidung der Ehe nicht mehr gegeben. Zwar scheidet eine Nichtigkeit wegen *anfänglicher* Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB aus. Der Bürge kann sich jedoch auf die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage berufen (§ 313 BGB).⁸²

dd) Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) – Arbeitnehmerbürgschaft

Die Bürgschaft eines Arbeitnehmers für Verbindlichkeiten seines Arbeitgebers ist nicht schon deshalb sittenwidrig, weil sie vom Arbeitnehmer ohne eine wirtschaftliche Gegenleistung in einer wirtschaftlichen Notlage des Arbeitgebers übernommen wird.⁸³ Zwar wird der Arbeitnehmer durch seine Haftungszusage mit dem Betriebsrisiko belastet, welches nach der

⁸⁰ Vgl. den 2. Leitsatz des Urteils BGH NJW 2000, 1182.

⁸¹ BGHZ 134, 325, 330 = NJW 1997, 1003.

⁸² BGHZ 128, 320 = NJW 1995, 592.

⁸³ BGH NJW 2018, 3637 = ZIP 2018, 2162.

gängigen Risikoverteilung vom Arbeitgeber zu tragen ist. Jedoch betrifft diese Risikoordnung allein das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber (Deckungsverhältnis) und hat für die Wirksamkeit des Bürgschaftsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Gläubiger (Vollzugsverhältnis) keine Bedeutung.⁸⁴

Eine aus Sorge um den Erhalt des Arbeitsplatzes vom Arbeitnehmer übernommene Bürgschaft kann sittenwidrig sein, wenn sie den Arbeitnehmer finanziell krass überfordert und sich der Arbeitgeber in einer wirtschaftlichen Notlage befindet.⁸⁵ Eine die Sittenwidrigkeit betreffende Vermutungswirkung kommt dem Element der *finanziell krassen Überforderung* aber – anders als bei der Angehörigenbürgschaft⁸⁶ – nur ausnahmsweise zu, namentlich in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit, da sich dann dem Bürgschaftsgläubiger auch subjektiv aufdrängt, dass der Arbeitnehmer aus Angst vor dem Verlust seines Arbeitsplatzes handelt.⁸⁷

3. Umfang der Bürgschaftsschuld

a) Haftung des Bürgen auf den jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit

Für die Verpflichtung des Bürgen ist gemäß § 767 Abs. 1 BGB der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Das gilt gemäß Satz 2 jener Vorschrift insbesondere auch dann, wenn sich die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners verändert, also erhöht. Der Bürge haftet danach insbesondere auch auf die Verzugszinsen (§ 288 BGB). Gemäß § 767 Abs. 2 BGB haftet der Bürge ferner für die dem Gläubiger von dem Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung.

Ist die Bürgschaft für ein Darlehen bestellt worden, bei dem der Vertragszins nur für einen begrenzten Zeitraum festgeschrieben wurde und ist der Vertragszins anschließend nach einer im Darlehensvertrag enthaltenen **Zinsanpassungsklausel** den veränderten Marktbedingungen anzupassen, wirken derartige Zinsänderungen auch zulasten des Bürgen.⁸⁸

b) Verbot nachträglicher Erweiterung der Hauptschuld

Durch ein (neues) Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, kann allerdings die Verpflichtung des Bürgen gemäß § 767 Abs. 1 S. 3 BGB nicht erweitert werden. Diese Regelung ist Ausdruck der Privatautonomie des Bürgen (Verbot der Fremddisposition).⁸⁹ Sie gilt auch für Höchstbetragsbürgschaften, obwohl dort durch eine nachträgliche Abrede zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ohnehin nicht der durch den

⁸⁴ BGH NJW 2018, 3637, 3638 f. = ZIP 2018, 2162, 2164 (Rn. 20-22).

⁸⁵ BGHZ 156, 302 = NJW 2004, 161.

⁸⁶ Siehe oben § 2 III 2. c) dd); in BGHZ 156, 302, 307 = NJW 2004, 161, 162 wird die unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmerbürgschaft und Angehörigenbürgschaft begründet mit der besonderen Schutzbedürftigkeit des von Emotionen geprägten Angehörigenverhältnisses gegenüber dem eher von gegenseitigen Interessen geprägten Arbeitsverhältnis.

⁸⁷ BGH NJW 2018, 3637, 3638 = ZIP 2018, 2162, 2163.

⁸⁸ BGH ZIP 2000, 962, 964.

⁸⁹ BGH ZIP 2010, 120, 122 (Rn. 21).

Höchstbetrag festgelegte Gesamtumfang der Bürgenpflicht verändert werden könnte. Innerhalb jenes Höchstbetrags muss der Bürge jedoch ebenfalls davor geschützt werden, dass ihm nachträglich eine zusätzliche Verbindlichkeit untergeschoben wird.⁹⁰

Hat sich der Bürge beispielsweise für eine Werklohnforderung verbürgt, dann haftet er gemäß § 767 Abs. 1 S. 3 BGB nicht für erst nach Übernahme der Bürgschaft vom Auftraggeber verlangte **Auftragserweiterungen**, selbst wenn die Möglichkeit dazu bereits im Werkvertrag (insbesondere gemäß den Regelungen der VOB/B) angelegt ist.⁹¹ Solche zu einem *zusätzlichen* Werklohnanspruch führende Auftragserweiterungen sind nicht mit der o.g. Zinsänderung vergleichbar, in der nur die *ursprüngliche* Verpflichtung angepasst wird.⁹²

c) Erweiterung der Bürgenhaftung im ursprünglichen Bürgschaftsformular

Vor dem Hintergrund des geschilderten Verbots der Fremddisposition erscheint auch eine Vertragspraxis nicht unproblematisch, mit der viele Banken bis zum Ende des letzten Jahrhunderts versuchten, die Bürgenhaftung von vorneherein über das von ihnen vorformulierte Bürgschaftsformular auf Forderungen auszudehnen, die der Bürge bei Unterzeichnung der Bürgschaft nicht im Blick hatte. Dies geschah durch eine damals ganz regelmäßig im Bürgschaftsformular vorhandene Bestimmung, nach welcher die **Bürgschaft für alle bestehenden und zukünftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners** (Bankkunde) gegenüber dem Gläubiger (Bank) gelten soll. Eine solche Ausdehnung der Haftung ist für den Bürgen insbesondere dann überraschend, wenn er die Bürgschaft aus Anlass einer bestimmten Kreditgewährung an den Hauptschuldner übernimmt (sog. Anlasskredit).

Beispiel: Kreditinstitut K gewährt Hauptschuldner S für dessen Unternehmen einen Kredit zur Anschaffung eines neuen Firmenfahrzeugs i.H.v. 50.000 EUR. Aus diesem Anlass übernimmt Bürge B eine Bürgschaft, weil K gegenüber S geäußert hatte, ohne entsprechende Sicherheit könne der Kredit nicht gewährt werden. Im Bürgschaftsformular findet sich nun die Formulierung, dass B für *alle* bestehenden und zukünftigen Verbindlichkeiten des S gegenüber K einzustehen habe. Kann K auf dieser Basis von B auch die Rückzahlung eines weiteren Kredits i.H.v. 200.000 EUR verlangen, den K dem B vor oder nach der Bürgschaftsübernahme durch B zur Finanzierung einer Renovierung der Betriebsstätte gewährt hatte?

Bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer solchen Ausdehnung der Bürgenhaftung auf alle bestehenden und zukünftigen Verbindlichkeiten hat die Rechtsprechung zwischen solchen Bürgen unterschieden, die eine besondere Nähebeziehung zum Hauptschuldner aufweisen (insbesondere Gesellschafter und Geschäftsführer der kreditnehmenden Gesellschaft), und anderen Bürgen, bei denen es keine derartige Nähebeziehung gibt:

Bei letzteren hat der BGH die formularmäßige Ausdehnung auf alle Verbindlichkeiten als **überraschende Klausel i.S.v. § 305c BGB** (früher: § 3 AGBG) eingeordnet, wenn die Bürgschaftsübernahme aus Anlass einer bestimmten Kreditaufnahme erfolgte (siehe das obige

⁹⁰ BGH ZIP 2010, 120, 123 (Rn. 29).

⁹¹ BGH ZIP 2010, 120.

⁹² BGH ZIP 2010, 120, 122 (Rn. 20 f.).

Beispiel).⁹³ Zur Begründung hebt das grundlegende Urteil **BGHZ 130, 19**⁹⁴ maßgeblich auf das **in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB enthaltene Verbot der Fremddisposition** ab, aus dem sich auch das Erfordernis einer Begrenzung der Bürgschaft ergebe. Diese Regelung sei nicht lediglich dann anzuwenden, wenn eine Begrenzung konkret vereinbart ist. Vielmehr setze das Gesetz zum Schutze des Bürgen neben der Bestimmtheit der zu sichernden Forderungen eine summenmäßige Begrenzung der Bürgschaft als selbstverständlich voraus. Auf diese Weise solle verhindert werden, dass Hauptschuldner und Gläubiger den Umfang der Bürgschaft eigenmächtig ausweiten. Eine unbegrenzte Ausdehnung der Haftung durch rechtsgeschäftliches Handeln anderer widerspreche dem elementaren Schutz der Privatautonomie des Bürgen, weshalb der Bürge mit einer derartigen Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht im Allgemeinen nicht rechne. Da die Bankverbindung eine inhaltlich offene Geschäftsbeziehung darstellt, reiche die sachliche Beschränkung der Bürgenhaftung auf Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung zum Schutz des Bürgen nicht aus.

Darüber hinaus hält der BGH die Ausdehnung der Bürgenhaftung auf *alle* Verbindlichkeiten auch für gemäß § 307 Abs. 3 BGB (damals: § 8 AGBG) kontrollfähig.⁹⁵ Im Rahmen der damit eröffneten **Inhaltskontrolle** stellt das Gericht maßgeblich darauf auf, dass die formularmäßige Ausdehnung der Bürgenhaftung über die Forderung hinaus, die Anlass der Verbürgung war, mit der gesetzlichen **Leitentscheidung des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB** (s.o.) nicht zu vereinbaren sei (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB; damals § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG); zugleich schränke sie wesentliche Rechte des Bürgen, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so ein, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet sei (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB; damals § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG). Aus beiden Gründen sei eine unangemessene Benachteiligung des Bürgen anzunehmen.⁹⁶ Mit der weiten Zweckerklärung werde dem Bürgen nämlich zugemutet, ein unkalkulierbares Risiko zu übernehmen. Die Entstehung und ordnungsgemäße Tilgung neuer Schulden könne der Bürge nicht beeinflussen. Hätte er dafür einzustehen, könne sich seine Haftung unversehens auf ein Vielfaches dessen belaufen, womit er schlimmstenfalls gerechnet hat. Dadurch drohe ihm unter Umständen der Ruin. Vor diesen Folgen solle er durch § 767 Abs. 1 S. 3 BGB aber gerade bewahrt werden.⁹⁷

Nach dieser Rechtsprechung haftet der nicht in besonderer Beziehung zum Hauptschuldner stehende Bürge nicht für weitere (später gewährte) Kredite, wohl aber für den Anlasskredit⁹⁸; eine verbotene geltungserhaltende Reduktion liegt in dieser Rückführung auf den gewollten Vertragsinhalt der Bürgschaft nach Ansicht des BGH nicht.⁹⁹ Bei einem ohnehin in der Höhe variablen **Kontokorrentkredit** bedeuten diese Grundsätze: Ist die Bürgschaft aus Anlass der

⁹³ BGHZ 130, 19 = NJW 1995, 2553 (Leitsatz 2).

⁹⁴ BGHZ 130, 19, 26 f. = NJW 1995, 2553 (juris-Rn. 19).

⁹⁵ BGHZ 130, 19, 29 = NJW 1995, 2553 (juris-Rn. 29).

⁹⁶ BGHZ 130, 19, 30 = NJW 1995, 2553 (juris-Rn. 30).

⁹⁷ BGHZ 130, 19, 30 f. = NJW 1995, 2553 (juris-Rn. 31).

⁹⁸ BGHZ 130, 19 = NJW 1995, 2553 (Leitsatz 3).

⁹⁹ BGHZ 130, 19, 35 f. = NJW 1995, 2553 (juris-Rn. 40).

Gewährung oder Prolongierung eines bestimmten, betragsmäßig limitierten Kontokorrentkredits oder der Erhöhung des Limits um einen bestimmten Betrag geleistet worden, haftet der Bürge nur auf dieses Limit und nicht für spätere Erhöhungen jenes Limits.¹⁰⁰

Die **Begründung** für die Unwirksamkeit einer Ausdehnung auf *alle* Verbindlichkeiten wurde später in **BGHZ 143, 95 erweitert**, um auch solche Fälle erfassen zu können, in denen der Bürge nicht für eine *nach* der Bürgschaftsübernahme entstandene Verbindlichkeit des Hauptschuldners in Anspruch genommen wird, sondern wegen einer damals **schon bestehenden Kreditschuld**. Für diesen Fall passe nämlich die auf § 767 Abs. 1 S. 3 BGB gestützte Argumentation nicht, weil keine *nachträgliche* Fremddisposition gegeben sei.¹⁰¹ Der Bürge, der eine strenge, einseitige Haftung für fremde Schuld übernimmt, habe jedoch ein schutzwürdiges typisches Interesse daran, dass sich – gemäß dem Transparenzgebot – aus dem Bürgschaftsformular Gegenstand und Umfang seines Risikos klar und richtig ergeben. Aus der weiten Formulklausel könne der Bürge aber regelmäßig nicht erkennen, ob und gegebenenfalls welche Ansprüche des Gläubigers gegen den Hauptschuldner bestehen. Die sich daraus ergebende Wissenslücke führe dazu, dass der Bürge die Trag- und Reichweite seines Risikos nicht ermessen kann. Vielmehr werde ihm der Umfang seiner Verpflichtung durch die undurchsichtige globale Zweckerklärung verschleiert.¹⁰² Deshalb sei eine Klausel in einem Bürgschaftsformular, die die Haftung des Bürgen auf alle bestehenden Ansprüche des Gläubigers gegen den Hauptschuldner erstreckt, ohne die verbürgten Forderungen näher zu bezeichnen, grundsätzlich eine den Geboten von Treu und Glauben (§ 242 BGB) widersprechende, unangemessene Benachteiligung des Bürgen und deswegen gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam (damals § 9 Abs. 1 AGBG).¹⁰³

Die gleichen Grundsätze gelten auch für eine **Höchstbetragsbürgschaft**. Die Begrenzung der Haftung auf einen Höchstbetrag schützt nämlich den Bürgen nach Ansicht des BGH nicht ausreichend vor der Gefahr, wegen einer Schuld in Anspruch genommen zu werden, die er nicht kennt; dies gelte insbesondere dann, wenn die „Anlassforderung“ niedriger ist als der Höchstbetrag.¹⁰⁴

Insgesamt anders urteilt der BGH jedoch – wie schon angedeutet – für Bürgen, die in besonderer Beziehung zur Hauptschuldnerin stehen, nämlich für **Bürgschaften von Gesellschaftern und Geschäftsführern der kreditnehmenden Gesellschaft**. Bereits in BGHZ 130, 19 war ausgesprochen worden, die formularmäßige Erweiterung der Bürgenhaftung für alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten einer Gesellschaft werde regelmäßig den Bürgen nicht überraschen, der als Geschäftsführer, Allein- oder Mehrheitsgesellschafter der Hauptschuldnerin Art und Höhe ihrer Verbindlichkeiten bestimmen kann. Er bedürfe des Schutzes des § 767

¹⁰⁰ Siehe auch dazu BGHZ 130, 19 = NJW 1995, 2553 (Leitsatz 2).

¹⁰¹ BGHZ 143, 95, 97 f. = NJW 2000, 658 (juris-Rn. 17).

¹⁰² BGHZ 143, 95, 99 = NJW 2000, 658 (juris-Rn. 21).

¹⁰³ BGHZ 143, 95, 98 = NJW 2000, 658 (juris-Rn. 19).

¹⁰⁴ BGHZ 143, 95, 100 = NJW 2000, 658 (juris-Rn. 23).

Abs. 1 S. 3 BGB nicht.¹⁰⁵ In BGHZ 143, 95 wurde sodann ergänzt, dass bei der Verbürgung von Gesellschaftsverbindlichkeiten durch Geschäftsführer und Gesellschafter – wie diesem Personenkreis regelmäßig bekannt sein werde – nicht die Bürgschaft für eine einzelne „Anlassforderung“, sondern die Sicherung des Gesamtengagements des Gesellschaftsgläubigers – im Regelfall eines Kreditgebers – im Vordergrund stehe. Außerdem sei der Transparenzbedarf solcher Bürgen nicht so hoch wie derjenige anderer Bürgen. Geschäftsführer und Gesellschafter würden entweder die Gesellschaftsverbindlichkeiten, für die sie einstehen sollen, kennen oder könnten sich diese Kenntnis jedenfalls durch Einsicht in Geschäftsbücher und -unterlagen verschaffen (vgl. § 51 a GmbHG).¹⁰⁶ Bei derartigen Bürgen in besonderer Beziehung zur Gesellschaft kommt daher weder eine Überraschung i.S.v. § 305c BGB noch eine Unwirksamkeit gemäß § 307 BGB in Betracht.

Für die im Ansatz parallelen, vom BGH jedoch partiell abweichend entschiedenen Rechtsfragen in Bezug auf die formularmäßige Ausdehnung der Haftung in Sicherungszweckerklärungen für *dingliche* Sicherheiten sei auf das Skript zu den Unwirksamkeitsgründen für Sicherungsübertragungen verwiesen.

IV. Erlöschen der Bürgschaftsforderung

Ist der Bürgschaftsanspruch nach den oben dargelegten Grundsätzen wirksam entstanden, ist – wie allgemein im Gutachtenaufbau¹⁰⁷ – im zweiten Schritt zu prüfen, ob der Anspruch später erloschen ist (sog. *rechtsvernichtende* Einwendungen). Das Erlöschen kann sich – wie schon erwähnt – aufgrund der Akzessorietät der Bürgschaft einerseits aus dem späteren Erlöschen der Hauptschuld (unten 1.), andererseits aber auch aus bürgschaftsbezogenen Einwendungen ergeben, die den Bürgschaftsvertrag nachträglich entfallen lassen (unten 2.).

1. Erlöschen der Hauptforderung (§ 767 Abs. 1 S. 1 BGB)

Der bürgschaftsspezifische und in der Praxis – nicht freilich in Klausuren – häufigste Grund für den Untergang des Anspruchs aus § 765 Abs. 1 BGB ist das Erlöschen der Hauptforderung oder – umgekehrt gesprochen – der Schuld des Hauptschuldners gegenüber dem Gläubiger. Da gemäß § 767 Abs. 1 S. 1 BGB für die Verpflichtung des Bürgen der *jeweilige* Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist, beeinflusst nicht nur das ursprüngliche Fehlen der Hauptforderung den Anspruch gegen den Bürgen¹⁰⁸, sondern ebenso das nachträgliche Entfallen der Hauptforderung. Die Bürgschaftsforderung erlischt, wenn die zunächst existente gesicherte Forderung im späteren Verlauf untergeht, etwa durch Erfüllung (§ 362 BGB) oder Erfüllungssurrogate wie die Aufrechnung (§ 389 BGB), ferner durch die Beseitigung eines der

¹⁰⁵ BGHZ 130, 19, 30 = NJW 1995, 2553 (juris-Rn. 24) mit dem Hinweis, dass für einen Kommanditisten, dessen Stellung innerhalb der Gesellschaft dem gesetzlichen Leitbild entspricht, etwas anderes gilt.

¹⁰⁶ BGHZ 143, 95, 101 = NJW 2000, 658 (juris-Rn. 26).

¹⁰⁷ Dazu *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 3 Rn. 12 f.

¹⁰⁸ Dazu oben § 2 III 1.

Hauptforderung ggf. zugrunde liegenden Vertrags durch Rücktritt, Kündigung oder Widerruf.¹⁰⁹ Die strenge Akzessorietät und der Sicherungszweck verbieten hierbei eine doppelte Befriedigung des Gläubigerinteresses.

2. Bürgschaftsbezogene Einwendungen

Besteht die Hauptforderung fort, kann sich ein Erlöschen des Bürgschaftsanspruchs immer noch aus einer bürgschaftsbezogenen Einwendung ergeben.

a) *Aufhebung der Bürgschaft (z.B. gemäß § 775 BGB)*

Selbstverständlich kann der Bürge vom Gläubiger nicht mehr in Anspruch genommen werden, wenn der Bürgschaftsvertrag später einvernehmlich aufgehoben wurde.

Hat sich der Bürge – wie regelmäßig in der Praxis – im Auftrag des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm – wie in der Praxis eher selten – die Rechte eines Beauftragten nach den Regeln der GoA zu, so kann der Bürge von dem Hauptschuldner gemäß § 775 BGB in folgenden vier Fällen die Befreiung von der Bürgschaft verlangen:

- die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners haben sich wesentlich verschlechtert;
- die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner ist infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert;
- der Hauptschuldner ist mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug; oder
- der Gläubiger hat gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt.

Der Anspruch aus § 775 BGB ist in diesen Fällen darauf gerichtet, dass der Hauptschuldner jene Handlungen vorzunehmen hat, die für das Entfallen der Bürgschaftsverpflichtung erforderlich sind.¹¹⁰ Der Hauptschuldner hat also den Gläubiger dazu zu bewegen, auf die Bürgschaft zu verzichten, was dieser freilich nur dann tun wird, wenn ihm der Hauptschuldner eine vergleichbare andere Sicherheit anbietet. Dazu wiederum wird der Hauptschuldner oftmals nicht in der Lage sein.

Wichtig für das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürge ist in jedem Fall, dass § 775 BGB nur einen schuldrechtlichen Anspruch im Verhältnis zwischen (beauftragtem) Bürge und Hauptschuldner begründet. Dem Gläubiger kann also ohne seine Mitwirkung der Anspruch aus der Bürgschaft nicht entzogen werden und er ist auch nicht zu einer solchen Mitwirkung verpflichtet.

¹⁰⁹ Zu der Frage, ob auch die Anfechtung gemäß §§ 119 ff. BGB zu den rechtsvernichtenden Einwendungen gehört und folglich beim Erlöschen des Anspruchs zu prüfen ist oder aufgrund ihrer *ex-tunc*-Wirkung (§ 142 Abs. 1 BGB) von einer rechtshindernden Einwendung auszugehen ist, die bei der Entstehung des Anspruchs zu prüfen ist, siehe *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 3 Rn. 10.

¹¹⁰ Palandt/*Sprau*, BGB, 80. Aufl. 2021, § 775 Rn. 1.

b) Ablauf einer Bürgschaft auf Zeit (§ 777 BGB)

Im Regelfall ist die Bürgschaft zeitlich unbegrenzt, läuft also als Dauerschuldverhältnis bis zur Erfüllung oder einem sonstigen Erlöschen der Hauptschuld (oben 1.) weiter.

Anders ist dies jedoch bei der Sonderform einer Bürgschaft auf Zeit i.S.d. § 777 BGB, für die im Vertrag ein zeitliches Ende der Bürgschaftsverpflichtung i.S.v. § 163 BGB bestimmt ist. Für die Wirkung jener zeitlichen Befristung differenziert § 777 Abs. 1 BGB zwischen der – den gesetzlichen Regelfall bildenden – Bürgschaft mit Einrede der Vorausklage¹¹¹ und der – in der Praxis häufigen, im Verhältnis zu Kreditinstituten als Gläubiger sogar fast ausnahmslos vereinbarten – selbstschuldnerischen Bürgschaft. Für den erstgenannten Fall ordnet Satz 1 jener Vorschrift an: „Hat sich der Bürge für eine bestehende Verbindlichkeit auf bestimmte Zeit verbürgt, so wird er nach dem Ablauf der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger die Einziehung der Forderung unverzüglich nach Maßgabe des § 772 betreibt, das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortsetzt und unverzüglich nach der Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzeigt, dass er ihn in Anspruch nehme.“ Hintergrund jener Regel ist die in der **Einrede der Vorausklage** zum Ausdruck kommende Subsidiarität der Bürgschaft. Der Gläubiger kann – wie in § 1 II 1 bereits angedeutet und später noch im Detail darzustellen ist¹¹² – im Grundsatz nicht sogleich auf den Bürgen zugreifen, sondern muss sein Glück erst einmal beim Hauptschuldner suchen, insbesondere gegen diesen nach Maßgabe der §§ 771, 772 BGB vollstrecken. Erst bei Erfolglosigkeit jenes Vorgehens gegen den Hauptschuldner kann der Gläubiger sodann auf den Bürgen zugreifen. Vor diesem Hintergrund wäre eine Regelung nicht sachgerecht, die den Bürgen bei einer Bürgschaft auf Zeit sogleich mit dem Zeitablauf aus der Haftung entlässt, weil der Gläubiger dann überhaupt keine Chance hätte, den Bürgen in Anspruch zu nehmen. Er muss ja gerade zunächst gegen den Hauptschuldner vorgehen, was notwendig zu einer Verzögerung der Inanspruchnahme des Bürgen führt, die grundsätzlich in dessen Interesse liegt. Deshalb kann der Bürge auf Zeit auch noch in Anspruch genommen werden, wenn der Gläubiger zunächst ohne wesentliche Verzögerung die Vollstreckung gegen den Hauptschuldner betreibt und nach deren Ergebnislosigkeit auf den Bürgen zurückkommt.

Steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage jedoch nicht zu, handelt es sich insbesondere um einen **selbstschuldnerischen Bürgen** i.S.v. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB (oder – dem nach § 349 HGB gleichstehend – um einen kaufmännischen Bürgen)¹¹³, so wird er gemäß § 777 Abs. 1 S. 2 BGB nach dem Ablauf der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger ihm unverzüglich anzeigt, dass er ihn in Anspruch nimmt. Da der Gläubiger den Bürgen bei Ausschluss der Einrede der Vorausklage sogleich (parallel mit dem Hauptschuldner) in Anspruch nehmen kann, besteht in diesem Fall kein Anlass, den Zugriff auf den Bürgen auch noch nach einer Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner zu ermöglichen.

¹¹¹ Zur Einrede der Vorausklage s.u. § 2 V 2 b.

¹¹² Unten § 2 V 2 b.

¹¹³ Dazu unten § 2 V 2 b.

Erfolgt die Anzeige rechtzeitig, so beschränkt sich die Haftung des Bürgen gemäß § 777 Abs. 2 BGB bei vorhandener Einrede der Vorausklage auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit zur Zeit der Beendigung des Zwangsvollstreckungsverfahrens hat, bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit bei dem Ablauf der bestimmten Zeit hat.

Mit dem jeweiligen Zeitablauf wird der Bürge frei (§§ 163, 158 Abs. 2 BGB), auch wenn er zu keinem Zeitpunkt in Anspruch genommen werden konnte.¹¹⁴ Allerdings dürfte dieser Fall jedenfalls in der Kreditpraxis selten eintreten. Läuft nämlich die in der Bürgschaft liegende Sicherheit aus, kann der Kreditgeber vom Hauptschuldner (Kreditnehmer) eine Nachbesicherung verlangen (Nr. 13 AGB-Banken) und bei fehlender Erfüllung jenes Anspruchs den Kreditvertrag kündigen (Nr. 19 AGB-Banken).¹¹⁵ Damit wird die Hauptschuld – auch gegenüber dem Bürgen – fällig gestellt.

Von der Bürgschaft auf Zeit i.S.d. § 777 BGB zu unterscheiden ist der Fall einer **gegenständlich beschränkten Bürgschaft**, bei welcher sich die Haftung des Bürgen auf eine (Kredit-)Verbindlichkeit bezieht, die in einem bestimmten Zeitraum entstanden ist. Denkbar wäre beispielsweise, dass ein Bürge für einen dem Hauptschuldner eingeräumten Kontokorrentkredit auf den Saldo haften will, der bis zu einem bestimmten Zeitpunkt aufgelaufen ist. In diesem Fall ist die Haftung gegenständlich auf jenen Saldo begrenzt, aber zeitlich unlimitiert. Welche Art von Bürgschaft im Einzelfall gewollt ist, muss aufgrund einer Auslegung der Bürgschaftsverpflichtung ermittelt werden.¹¹⁶

c) Aufgabe einer Parallelsicherheit durch den Bürgschaftsgläubiger (§ 776 BGB)

Eine auf den ersten Blick nicht leicht zu verstehende Regelung, die zum Erlöschen der Bürgschaftsverpflichtung führen kann, findet sich in § 776 BGB. Satz 1 jener Vorschrift lautet: „Gibt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek oder Schiffshypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 hätte Ersatz erlangen können.“ Die Vorschrift knüpft damit an den später noch näher darzustellenden Regress des Bürgen beim Hauptschuldner nach seiner Zahlung an den Bürgschaftsgläubiger an:¹¹⁷

aa) Aufgabe einer akzessorischen Sicherheit

Gemäß § 774 BGB geht, soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner zum Zwecke des Regresses auf den Bürgen über. Zusammen mit jener Hauptschuld gehen – wie bereits im Skript zur Vorlesung „Schuldrecht AT“

¹¹⁴ Palandt/*Sprau* (Fn. 110), § 777 Rn. 3.

¹¹⁵ Siehe zu den AGB-Banken die Folien Nr. 27 ff. zur Vorlesung Bankrecht (erhältlich über www.georg-bitter.de).

¹¹⁶ Dazu BGH NJW 2004, 2232.

¹¹⁷ Siehe zum Regress des Bürgen unten § 2 VII.

beschrieben¹¹⁸ und eingangs im Hinblick auf den Grundsatz der Akzessorietät wiederholt¹¹⁹ – die in § 401 BGB genannten akzessorischen Sicherheiten auf den Bürgen über, weil jene Vorschrift gemäß § 412 BGB auch für den gesetzlichen Forderungsübergang (*cessio legis*) gilt. Besteht folglich neben der Bürgschaft eine weitere akzessorische Sicherheit, d.h. ein Pfandrecht, eine Hypothek oder eine weitere Bürgschaft, kann der zahlende Bürge auch aus jenen weiteren Sicherheiten nach Maßgabe des später noch im Detail darzustellenden Innenregresses zwischen den Sicherungsgebern Rückgriff nehmen.¹²⁰ Eben jene Möglichkeit des Regresses bei anderen akzessorischen Sicherungsgebern wird ihm jedoch genommen, wenn der Gläubiger vor der Inanspruchnahme des Bürgen ein derartiges zweites Sicherungsrecht aufgibt. Da jedoch der Bürge nur in zweiter Linie und nicht primär für die Hauptschuld eintreten soll (**Subsidiarität**)¹²¹, sanktioniert das Gesetz jene für den Bürgen negative Vereitelung des Regresses durch den Gläubiger mit einem (partiellen) Erlöschen der Bürgschaft. Der Gläubiger kann in genau dem Umfang vom Bürgen keine Zahlung mehr verlangen, in dem der Bürge ohne die Aufgabe der anderen Sicherheit(en) daraus rechtlich und tatsächlich hätte Befriedigung finden können. Das bedingt in der Klausur eine doppelte Untersuchung: Erstens ist im Rahmen des § 776 BGB eine komplette hypothetische Prüfung anzustellen, in welcher nach Maßgabe der später noch darzustellenden Regeln des Innenregresses mehrerer Sicherungsgeber (einschließlich der dort diskutierten Streitfragen¹²²) zu prüfen ist, in welchem Umfang der Bürge *rechtlich* zum Rückgriff auf die aufgegebenen Sicherheit(en) berechtigt gewesen wäre, wenn diese noch Bestand hätten. Zum anderen ist, wenn der zulässige Regress rechtlich geklärt ist, in einem zweiten Schritt zu fragen, ob der Bürge aus der alternativen Sicherheit auch *tatsächlich* Befriedigung gefunden hätte.

Beispiel: Gläubiger G hat eine Forderung von 10.000 EUR gegen Hauptschuldner S. Hierfür haben sich Bürge 1 und Bürge 2 gleichrangig verbürgt. Nach einiger Zeit entlässt G den Bürgen 1 aus der Haftung. Tritt G später an den Bürgen 2 aus § 765 BGB heran, ist bei der Prüfung des § 776 BGB zunächst gemäß § 774 Abs. 2 BGB festzustellen, dass beide Mitbürgen bei fehlender Aufgabe der Erstbürgschaft nach § 426 BGB Regress hätten nehmen können, also im Zweifel zu gleichen Teilen. Der die 10.000 EUR zahlende Bürge 2 hätte also im hypothetischen Sachverhalt der fehlenden Sicherheitenfreigabe beim Bürgen 1 i.H.v. 5.000 Euro Regress nehmen können. In diesem Umfang erlischt gemäß § 776 BGB im Grundsatz die Bürgschaftspflicht des Bürgen 2 gegenüber G. Allerdings ist vor dieser Feststellung noch im zweiten Schritt zu prüfen, ob der *rechtlich* zulässige Regress auch *tatsächlich* zum Erfolg geführt hätte und dies wäre insbesondere dann nicht der Fall, wenn der von G aus der Haftung entlassene Bürge 1 ohnehin insolvent ist. Dann nämlich hätte dem Bürgen 2 sein (hypothetischer) Regressanspruch gegen den Bürgen 1 faktisch nichts genützt. Der Bürgschaftsanspruch des G gegen den Bürgen 2 erlischt dann nicht gemäß § 776 BGB. Ist in einem über das Vermögen des Bürgen 1 eröffneten Insolvenzverfahren immerhin eine Quotenzahlung zu erwarten, so erlischt die Bürgschaft des Bürgen 2 gemäß § 776 BGB in genau diesem Umfang, in dem er tatsächlich einen Wert im Rahmen des Regresses hätte erlangen können.

¹¹⁸ Siehe das Skript zur Vorlesung „Schuldrecht AT“, Stand: 2021, Abschnitt C V 2 (S. 56 f.); zu nicht akzessorischen Sicherheiten s.u. bei Fn. 287.

¹¹⁹ Oben § 1 II 1 bei Fn. 6.

¹²⁰ Unten § 2 VII 2, 3.

¹²¹ Siehe dazu in Bezug auf § 776 BGB BGHZ 144, 52, 57 f. = NJW 2000, 1566 = ZIP 2000, 656 (juris-Rn. 41).

¹²² Zum sog. Stufen- und Quotenmodell bei betragsmäßig beschränkten Sicherheiten s.u. § 2 VII 2, 3.

Bei einer (hypothetischen) Insolvenzquote von 10 % könnte G den Bürgen 2 also nur i.H.v. 9.500 EUR in Anspruch nehmen, während die Bürgschaft i.H.v. 500 EUR (10 % von 5.000 EUR) gemäß § 776 BGB erlischt.

bb) Aufgabe einer nicht akzessorischen Sicherheit

Die Vorschrift des § 776 BGB wird analog angewendet, wenn der Gläubiger ein für die Hauptforderung bestehendes nicht akzessorisches Sicherungsrecht aufgibt (Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, Sicherungsgrundschuld). Solche nicht akzessorischen Sicherheiten gehen zwar nicht in direkter oder analoger Anwendung der §§ 412, 401 BGB automatisch mit der gemäß § 774 Abs. 1 S. 1 BGB auf den zahlenden Bürgen übergehenden Forderung auf ihn über. Es besteht aber – wie bei der Darstellung der Regressfragen noch auszuführen sein wird – ein schuldrechtlicher Anspruch des Bürgen gegen den Gläubiger auf Übertragung jener Sicherheiten.¹²³ Im Anschluss an jene vom Gläubiger Zug um Zug gegen Zahlung des Bürgen geschuldete Übertragung der anderweitigen nicht akzessorischen Sicherheit hätte der Bürge folglich ebenfalls Regress nehmen können, falls es nicht zur Aufgabe jener Sicherheit durch den Gläubiger gekommen wäre. Im Umfang des – in hypothetischer Prüfung – rechtlich und tatsächlich möglichen Regresses erlischt folglich auch hier die Bürgschaft analog § 776 BGB.

cc) Konsequenzen eines späteren Rückerwerbs der Sicherheit

Das Erlöschen der Bürgschaft gemäß § 776 BGB ist endgültig. Es entfällt also nicht dadurch, dass der Gläubiger die zunächst aufgebene Sicherheit später zurückerwirbt oder neu begründet. Die Vorschrift des § 776 BGB begründet nämlich eine rechtsvernichtende Einwendung und stellt keine dilatorische Einrede dar.¹²⁴

Eine Neubegründung der Verpflichtung des Bürgen ist – ebenso wie die erstmalige Bürgschaftsübernahme – nur in der Form des § 766 BGB möglich, sodass eine spätere formlose *Genehmigung* der Sicherheitenaufgabe durch den Bürgen die bereits eingetretene Wirkung des § 776 BGB nicht nachträglich entfallen lässt.¹²⁵ Ausdrücklich offen gelassen hat der XI. Zivilsenat des BGH demgegenüber die Frage, ob eine formlose *Einwilligung* in die Aufgabe der Sicherheit reicht.¹²⁶ Allerdings geben seine Ausführungen zur Reichweite des § 766 BGB, der nach seinem Schutzzweck alle den Bürgen belastenden Abreden der Schriftform unterwirft¹²⁷, einen gewissen Fingerzeig auf die nach Ansicht jenes Senats zutreffende Lösung.

¹²³ Dazu unten § 2 VII 3 b bei Fn. 308; ferner BGHZ 144, 52, 57 f. = NJW 2000, 1566 = ZIP 2000, 656 (juris-Rn. 41); Palandt/*Sprau* (Fn. 110), § 774 Rn. 9, § 776 Rn. 4.

¹²⁴ BGHZ 197, 335, 341 f. = NJW 2013, 2508 = ZIP 2013, 1318 (Leitsatz 1 und Rn. 16 ff.).

¹²⁵ BGHZ 197, 335, 344 f. = NJW 2013, 2508 = ZIP 2013, 1318 (Leitsatz 2 und Rn. 23 ff.).

¹²⁶ BGHZ 197, 335, 345 = NJW 2013, 2508 = ZIP 2013, 1318 (Rn. 25) mit Hinweis auf BGH WM 2001, 2378, 2379 = ZIP 2001, 2168 a.E. (juris-Rn. 16).

¹²⁷ BGHZ 197, 335, 344 = NJW 2013, 2508 = ZIP 2013, 1318 (Rn. 24).

dd) Abdingbarkeit des § 776 BGB

§ 776 BGB enthält kein zwingendes Recht, sondern ist grundsätzlich durch vertragliche Abrede abdingbar.¹²⁸ Allerdings ist in BGHZ 144, 52 – in Abweichung von früheren Urteilen – jedenfalls der generelle Verzicht auf die Rechte aus § 776 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für unwirksam i.S.v. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB erklärt worden.¹²⁹ Ein Verzicht sei zwar insoweit nicht zu beanstanden, wie es um die Sicherheit einer Bank aus dem allgemeinen AGB-Pfandrecht in Nr. 14 AGB-Banken gehe, weil ansonsten die geschäftliche Handlungsfreiheit des Hauptschuldners zu sehr eingeschränkt werde. Für durch gesonderte Sicherungsvereinbarungen begründete Sicherungsrechte könne hingegen nicht allgemein davon ausgegangen werden, dass sie ohne eine mögliche Aufgabe durch den Sicherungsnehmer die geschäftliche Handlungsfreiheit des Hauptschuldners unangemessen beschränken.¹³⁰ § 776 BGB solle den Bürgen, der mit seinem gesamten Vermögen für die Erfüllung seiner Verpflichtungen aus der Bürgschaft einzustehen hat, in besonderer Weise schützen, indem er aus Parallelsicherheiten Regress nehmen könne. Dadurch werde unterstrichen, dass der Bürge – selbst wenn ihm im Einzelfall die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) nicht zusteht – nicht der primäre Schuldner ist. Die vom Gesetz bezweckte Verstärkung der Durchsetzbarkeit des Rückgriffsanspruchs durch Zugriff auf die Parallelsicherheiten solle die Folgen der Bürgenhaftung mildern. Eine Klausel, die dem Bürgen diese Möglichkeit ganz allgemein abschneidet, indem sie ihm ohne gewichtige Gründe und ein überwiegendes Interesse des Gläubigers einen generellen Verzicht auf die Rechtsfolgen des § 776 BGB ansinnt, sei folglich mit dem Grundgedanken dieser Vorschrift nicht vereinbar und beeinträchtige daher den Bürgen unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.¹³¹

d) Kündigung der Bürgschaft (insbes. § 314 BGB)

Die Bürgschaftsverpflichtung kann – wie bei jedem Dauerschuldverhältnis – auch durch Kündigung enden. Dabei kann ein Kündigungsrecht mit den Voraussetzungen seiner Ausübung ausdrücklich im Vertrag bestimmt sein. Allerdings ist dies in der Praxis selten der Fall.

Fehlt es an einem vertraglichen Kündigungsrecht, richtet sich der Blick des Bürgen auf das Gesetz. Allerdings findet sich im Bürgschaftsrecht der §§ 765 ff. BGB – anders als bei anderen Dauerschuldverhältnissen wie Miet-, Dienst- oder Werkverträgen – keine besondere Regelung zur Kündigung. Gewöhnlich läuft die Bürgschaft daher – wie bereits im Zusammenhang mit der Bürgschaft auf Zeit erläutert – auf Dauer bis zur Befriedigung des Gläubigers und dem dadurch bedingten Erlöschen der Bürgschaftsschuld.

Gleichwohl ist anerkannt, dass auch eine Bürgschaft gekündigt werden kann. In einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1985 heißt es dazu:

¹²⁸ BGHZ 144, 52, 55 = NJW 2000, 1566 = ZIP 2000, 656 (juris-Rn. 36).

¹²⁹ BGHZ 144, 52 = NJW 2000, 1566 = ZIP 2000, 656 m.N. zur früheren Rspr. in juris-Rn. 37.

¹³⁰ BGHZ 144, 52, 56 f. = NJW 2000, 1566 = ZIP 2000, 656 (juris-Rn. 40).

¹³¹ BGHZ 144, 52, 57 = NJW 2000, 1566 = ZIP 2000, 656 (juris-Rn. 41).

„Ein Bürge, der auf unbestimmte Zeit eine (Kredit-)Bürgschaft übernommen hat, ist – wie bei jedem zeitlich nicht begrenzten Dauerschuldverhältnis – nach Treu und Glauben berechtigt, die Bürgschaft nach Ablauf eines gewissen Zeitraums oder bei Eintritt besonders wichtiger Umstände mit Wirkung für die Zukunft zu kündigen; dabei hat er auf die berechtigten Interessen des Gläubigers und des Hauptschuldners Rücksicht zu nehmen und eine angemessene Frist einzuhalten, damit diese sich auf die veränderte Lage einstellen können (...). Zu den besonders wichtigen Umständen in dem genannten Sinne kann auch das Ausscheiden aus einer Gesellschaft gehören, wenn die Gesellschafterstellung Anlaß für die Übernahme der Bürgschaft war (...).“¹³²

aa) Kündigung aus wichtigem Grund (§ 314 BGB)

Zumindest die Kündigung aus wichtigem Grund ist allgemein in § 314 BGB für Dauerschuldverhältnisse geregelt. Fraglich ist jedoch, wie jener allgemeine Grundsatz auf die Bürgschaft angewendet werden kann. Dafür gibt die o.g. BGH-Entscheidung – allerdings nicht vollständig klare – Hinweise:

Wie bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen aus wichtigem Grund gemäß § 626 BGB¹³³ lässt sich in zwei Stufen fragen, ob (1) ein an sich geeigneter wichtiger Grund vorliegt, um sodann (2) in einer umfassenden Interessenabwägung zu entscheiden, ob und mit welcher Wirkung gekündigt werden kann.

(1) Da die Verbürgung oftmals im Auftrag des Hauptschuldners aufgrund einer besonderen (persönlichen) Verbundenheit zwischen ihm und dem Bürgen erfolgt, wird sich der wichtige Grund in der Praxis oftmals aus diesem – später gestörten – (Vertrauens-)Verhältnis ergeben. So kann etwa – ebenso wie das vom BGH genannte **Ausscheiden aus einer Gesellschaft** – bei einer Ehegattenbürgschaft auch eine **Trennung der Eheleute** einen wichtigen Grund dafür liefern, dass der bürgende Ehegatte nicht weiter für die durch den anderen Ehegatten begründeten Verbindlichkeiten einstehen will. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das gemeinsame Leben der Ehegatten die Grundlage für die Übernahme der Bürgschaft war. Ferner ist denkbar, dass auch bei nicht gesellschaftsvertraglich oder ehelich verbundenen Personen das dem Auftragsverhältnis zugrunde liegende Vertrauen nachhaltig gestört wird, sodass es dem Bürgen an sich nicht mehr zumutbar ist, für die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners einstehen zu müssen.

(2) Gleichwohl kann aber das Interesse des ausscheidenden Gesellschafters, des sich trennenden Ehegatten oder sonst aus wichtigem Grund kündigenden Bürgen nicht einseitig berücksichtigt werden und deshalb die Kündigung nicht dazu führen, dass sich der Bürge mit dieser Begründung rückwirkend von bereits entstandenen Verbindlichkeiten befreit. Dann nämlich würde das **berechtigte Vertrauen des Gläubigers** nicht hinreichend berücksichtigt, der seine Dispositionen zu einer Zeit getroffen hat, als er noch von der Bürgenhaftung ausgehen durfte.

¹³² BGH NJW 1986, 252, 253; vgl. auch Palandt/*Sprau* (Fn. 110), § 765 Rn. 16 m.w.N.

¹³³ Dazu *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 1057 ff.; siehe auch Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 110), § 626 Rn. 38 ff.

Die Formulierung des BGH, der Bürge könne sich nur „mit Wirkung für die Zukunft“ von seiner Verpflichtung befreien, dürfte daher in dem Sinne zu verstehen sein, dass der Bürge nach seiner Kündigung nicht mehr für *weitere* Verbindlichkeiten einzustehen hat, die erst *nach* seiner Kündigung durch den Hauptschuldner begründet werden. Dies gilt nach der BGH-Rechtsprechung etwa bei einem verbürgten Kontokorrentkredit für eine **Erhöhung der Kreditanspruchnahme nach der Kündigung**.¹³⁴ Gegen die Übernahme solcher *zusätzlicher* Risiken kann sich nämlich der Gläubiger selbst schützen, indem er nach der Kündigung der Bürgschaft weitere (Vor-)Leistungen an den Hauptschuldner von der Gewährung einer anderen vergleichbaren Sicherheit oder von einer Zug-um-Zug-Leistung abhängig macht (vgl. das Kündigungsrecht des § 490 I BGB im Kreditrecht, § 321 BGB für Austauschverträge). Im Fall des Kontokorrentkredits hatte der Kreditgläubiger auch keine gesicherte Erwerbsposition, an einer Erhöhung der Kreditanspruchnahme über den Zinsanspruch zu verdienen, weil die Kreditanspruchnahme im Belieben des Kreditnehmers steht.

Nicht so einfach wie beim Kontokorrentkredit liegen die Dinge hingegen bei (ggf. längerfristigen) **Austauschbeziehungen**, bei denen der Gesamtumfang des Geschäfts zwischen Gläubiger und Hauptschuldner bereits zuvor festgelegt wurde, der Gläubiger zum Zeitpunkt der Kündigung aber noch nicht vorgeleistet hat und damit das Kreditrisiko noch nicht eingegangen ist.

Hat sich etwa jemand für die Schuld des Bestellers aus einem **Werkvertrag** über die Errichtung eines Hauses verbürgt und ist das Haus zum Zeitpunkt der Kündigung partiell errichtet, erscheint fraglich, ob der Bürge – wie beim Kontokorrentkredit – mit der Wirkung kündigen kann, dass er für bis dahin vom Werkunternehmer noch nicht erbrachte Leistungen nicht mehr einzustehen hat. Auf den ersten Blick ließe sich zwar auch hier argumentieren, der Werkunternehmer könne sich nach Kündigung der Bürgschaft selbst schützen, indem er vom Besteller (Hauptschuldner) eine alternative Sicherheit verlangt oder auf (ständigen) Vorauszahlungen besteht. Jedoch kann im Einzelfall fraglich sein, ob der Besteller zur Stellung einer alternativen Sicherheit oder zu früheren Zahlungen überhaupt in der Lage ist. Man könnte den Werkunternehmer dann zwar darauf verweisen, die Bauarbeiten im Zweifel einzustellen (§ 321 BGB), doch droht ihm dann die Gefahr, dass er den kalkulierten Gewinn aus dem Bauprojekt nicht mehr erzielen kann. Dies erscheint ihm bei Abwägung der beiderseitigen Interessen jedenfalls dann nicht zumutbar, wenn **von vorneherein ein Festpreis für das gesamte Bauvorhaben vereinbart** wurde und der Unternehmer auf dieser Basis das gesamte Vorhaben kalkuliert hat. Dann hatte er insoweit – nicht anders als der Verkäufer bei einer Bürgschaft für eine gewöhnliche Kaufpreisschuld – **eine gesicherte Erwerbsaussicht**, die ihm nicht nachträglich durch die Kündigung der Bürgschaft entzogen werden kann. Zu denken ist speziell im Werkvertragsrecht freilich auch an eine differenzierte Lösung, wonach der Bürge nur auf den (weiteren)

¹³⁴ BGH ZIP 1985, 984, 986.

Gewinnanteil des Unternehmers haftet, weil dieser im Hinblick auf § 649 BGB kein unbedingtes Vertrauen auf volle Vertragsdurchführung haben konnte.¹³⁵

Problematisch erscheint auch die Kündigung von Bürgschaften aus wichtigem Grund für Schulden aus **Sukzessivlieferungsverträgen**. Im Rahmen der Interessenabwägung ist auch hier eine eventuelle gesicherte Erwerbsaussicht von Bedeutung, die es zwar beim **Ratenlieferungsvertrag** („echter“ Sukzessivlieferungsvertrag), nicht aber beim **Bezugsvertrag** (Dauerlieferungsvertrag) gibt.¹³⁶ War der Gesamtumfang aller Lieferungen von vorneherein festgelegt und lediglich vereinbart, dass sie in Teilen/Raten erbracht werden, ist die Interessenlage des Verkäufers kaum eine andere als bei einem gewöhnlichen, auf nur einmalige Lieferung gerichteten Kaufvertrag, bei dem eine Kündigung der Bürgschaft nur in den seltensten Fällen und allenfalls mit der Wirkung in Betracht kommt, dass dem Verkäufer bei einer sodann unterbleibenden Lieferung jedenfalls sein komplettes positives Interesse vom Bürgen zu ersetzen ist. Handelte es sich hingegen um einen Bezugsvertrag ohne Festlegung eines bestimmten (Mindest-)Lieferumfangs – wie etwa bei der Stromlieferung und partiell auch beim Bierbezug – so sind die vom BGH für den Kontokorrentkredit entwickelten Grundsätze prinzipiell übertragbar, weil auch der Verkäufer in diesem Fall keine gesicherte Erwerbsaussicht hatte und es ihm folglich zumutbar ist, die weitere Belieferung von der Stellung einer vergleichbaren Sicherheit oder von einer Zug-um-Zug-Leistung abhängig zu machen.

Die Kündigung aus wichtigem Grund ist in jedem Fall von der **Einhaltung einer kurzen Kündigungsfrist** abhängig, die mit der Kenntnis vom Kündigungsgrund beginnt (§ 314 Abs. 3 BGB). Für die Länge kann man sich an der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB orientieren, auch wenn diese außerhalb des Dienstrechts nicht als starre Grenze gilt, sondern § 314 Abs. 3 BGB stattdessen von einer „angemessenen Frist“ spricht.

bb) Ordentliche Kündigung

Nicht anders als bei allen anderen Dauerschuldverhältnissen ist neben der Kündigung aus wichtigem Grund aber auch an die ordentliche, fristgemäße Kündigung zu denken. Auch sie wird in dem o.g. Zitat aus der BGH-Rechtsprechung mit dem als Alternative zum „Eintritt besonders wichtiger Umstände“ formulierten Fall des „Ablaufs eines gewissen Zeitraums“ angedeutet, anschließend jedoch in den Voraussetzungen nicht sauber getrennt.

Ein Bürge hat auch unabhängig von einem wichtigen Grund (wie dem Ausscheiden aus einer Gesellschaft oder der Ehescheidung) ein Interesse, sich von einer ohne zeitliche Begrenzung eingegangenen Bürgschaft zu befreien. Das gilt insbesondere in Fällen, in denen die zugrunde liegende Schuld nicht befristet ist, sondern endlos weiterläuft, wie es insbesondere bei einem Kontokorrentkredit der Fall sein kann, der immer wieder zurückgeführt und in Anspruch genommen werden kann.

¹³⁵ Vgl. dazu eingehend *Bitter/Rauhut*, Vertragsdurchführungspflicht des Werkbestellers? – § 649 BGB zwischen wirtschaftlicher Vernunft und Treuwidrigkeit, JZ 2007, 964 ff.

¹³⁶ Zur Abgrenzung siehe Palandt/*Grüneberg* (Fn. 110), Überbl v. § 311 Rn. 27 f.

Ohne wichtigen Grund haben freilich die Interessen des Gläubigers und auch des Hauptschuldners ein deutlich höheres Gewicht als bei der oben diskutierten Kündigung gemäß § 314 BGB. Die Kündigung kommt dann nicht mit der Wirkung in Betracht, dass sogleich mit Zugang der Kündigungserklärung die Bürgenhaftung auf die Höhe der aktuellen Kontokorrentkreditlinie eingefroren wird. Vielmehr gilt gerade bei der ordentlichen Kündigung der Satz des BGH, dass der Bürge auf „die berechtigten Interessen des Gläubigers und des Hauptschuldners Rücksicht zu nehmen und eine angemessene Frist einzuhalten [hat], damit diese sich auf die veränderte Lage einstellen können.“¹³⁷ Jenen Parteien des Hauptvertrags muss vor dem Wirksamwerden der Kündigung die Gelegenheit gegeben werden, ihre rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse neu zu ordnen, indem entweder die Kreditlinie langsam zurückgefahren oder alternativ neue Sicherheiten bestellt werden. Ist beides in absehbarer Zeit – insbesondere wegen der schlechten Bonität des Hauptschuldners – nicht möglich, wird der Bürge überhaupt nicht frei. Die Sachlage ist dann nämlich nicht anders, als wenn er gemäß § 775 BGB einen Anspruch gegen den Hauptschuldner auf Befreiung von der Bürgschaft hat, jener ihn aber nicht erfüllen kann.¹³⁸ In derartigen Fällen ist das Interesse des Gläubigers eindeutig vorrangig vor dem Kündigungsinteresse des Bürgen, weil die Bürgschaft gerade das Risiko eines Vermögensverfalls des Hauptschuldners abdecken soll.

e) Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)

Im Ausnahmefall ist auch ein Erlöschen der Bürgschaftsforderung nach den allgemeinen Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage denkbar. Ein gänzliches Entfallen des Anspruchs setzt allerdings gemäß § 313 Abs. 3 BGB voraus, dass eine Anpassung des Vertrags nicht möglich ist. Bei Dauerschuldverhältnissen ist dann eine Kündigung möglich (§ 313 Abs. 3 S. 2 BGB).

Allgemeine Voraussetzung ist gemäß § 313 Abs. 1 BGB, dass sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten.

Die Rechtsprechung stellt strenge Anforderung an den Wegfall der Geschäftsgrundlage, da andernfalls die durch die Bürgschaft herbeigeführte Risikoverteilung torpediert werde.¹³⁹ Hiernach kommt ein Wegfall der Geschäftsgrundlage in solchen Fällen in Betracht, in denen Umstände, die nicht unmittelbar dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit zuzurechnen sind, zur Geschäftsgrundlage gemacht wurden.¹⁴⁰

Einen solchen Wegfall der Geschäftsgrundlage hat die Rechtsprechung – wie bereits dargestellt – für Angehörigenbürgschaften bejaht, deren ausdrücklich festgelegter Zweck darin lag,

¹³⁷ BGH ZIP 1985, 984, 986.

¹³⁸ Zu § 775 BGB oben § 2 IV 2 a.

¹³⁹ BGH, ZIP 1993, 903, 904 (juris-Rn. 10 f.)

¹⁴⁰ BGH NJW 1994, 2146, 2147 (juris-Rn. 16) m.w.N.

Vermögensverlagerungen zwischen Hauptschuldner und Bürge zu verhindern, falls es später zur Ehescheidung kommt. Dann nämlich ist die Gefahr einer Vermögensverschiebung nicht mehr gegeben und folglich die Geschäftsgrundlage für die Übernahme der Bürgschaft weggefallen.¹⁴¹

In anderen Fällen, in denen sich ein (vermögender) Ehegatte wirksam für den anderen verbürgt hat, dürfte hingegen bei späterer Ehescheidung nicht vom Wegfall der Geschäftsgrundlage auszugehen sein. Vielmehr ist dem bürgenden Ehegatten dann nur ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund (§ 314 BGB) nach Maßgabe der soeben dargestellten Regeln zu gewähren.¹⁴² Gleiches gilt für das Ausscheiden eines Gesellschafters, wenn die Gesellschafterstellung Anlass für die Übernahme der Bürgschaft war.¹⁴³ Angesichts der geschilderten Kündigungsmöglichkeiten dürfte für die Anwendung des § 313 BGB insgesamt kein großer Raum bleiben. Jedenfalls aber würde man auch im Rahmen des § 313 BGB kaum zu anderen Ergebnissen gelangen, weil auch dort die jeweiligen Interessen maßgeblich sind.

f) Verbraucherschützenscher Widerruf (§ 355 BGB)

Im Verbraucherschutzrecht gibt es für verschiedene Fallkonstellationen die Möglichkeit, sich als Verbraucher von einem wirksam mit einem Unternehmer geschlossenen Vertrag nachträglich innerhalb einer (Überlegungs-)Frist von grundsätzlich 14 Tagen durch einseitige Willenserklärung – den sog. Widerruf – mit der Wirkung des § 355 Abs. 1 S. 1 BGB zu lösen. Verbraucher ist gemäß § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Demgegenüber ist jede natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt, Unternehmer (§ 14 BGB).

Die Begründung eines verbraucherschützenden Widerrufsrechts kann sich einerseits aus der Art des Rechtsgeschäfts, welches abgeschlossen wird [unten aa)], andererseits aus der spezifischen Situation, welche während des Vertragsschlusses vorlag, ergeben [unten bb)].

aa) Analogie zu § 495 BGB

Ein auf die Art des Rechtsgeschäfts abstellendes Widerrufsrecht gibt es insbesondere im Verbraucherkreditrecht (§ 495 BGB), d.h. bei entgeltlichen Darlehensverträgen zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und einem Verbraucher als Darlehensnehmer (vgl. § 491 Abs. 2 und 3 BGB). Bei unentgeltlichen Darlehensverträgen besteht das Widerrufsrecht nach Maßgabe des § 514 Abs. 2 BGB.

¹⁴¹ Siehe oben bei Fn. 82.

¹⁴² Oben § 2 IV 2 c aa.

¹⁴³ Siehe das BGH-Zitat bei Fn. 82 und dazu § 2 IV 2 c aa.

Die Frage, ob jenes rechtsgeschäftsspezifische Widerrufsrecht durch entsprechende Anwendung des § 495 BGB (bzw. § 514 Abs. 2 BGB) i.V.m. § 355 BGB auch bei einem Bürgschaftsvertrag gilt, der zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher zur Sicherung eines Kredits geschlossen wird, beantwortet sich parallel zu dem bereits diskutierten Problem einer analogen Anwendung der §§ 492, 494 BGB (Schriftform). Wie in jenem Zusammenhang näher dargelegt, verneint die herrschende Meinung (insbesondere die Rechtsprechung) die Möglichkeit einer analogen Anwendung der §§ 491 ff. BGB auf Bürgschaftsverträge wegen fehlender vergleichbarer Interessenlage und zudem fehlender planwidriger Regelungslücke.¹⁴⁴

bb) Fernabsatz- und Außergeschäftsraumvertrag (§§ 312g, 312b, 312c BGB)

Ein Widerrufsrecht zugunsten des Verbrauchers kann sich auch aus den Umständen ergeben, unter denen das Geschäft geschlossen wird. So steht dem Verbraucher bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen, welche eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben (§ 312 Abs. 1 BGB) ein Widerrufsrecht nach § 312g i.V.m. § 312b bzw. § 312c BGB zu. Bürgt nun ein Verbraucher gegenüber einem Unternehmer für die Forderung eines Dritten und wird dieser Bürgschaftsvertrag – was selten sein dürfte – per Fernabsatz oder – was häufiger denkbar ist – außerhalb von Geschäftsräumen (etwa in der Wohnung des Bürgen oder Hauptschuldners) geschlossen, stellt sich die Frage, ob dem Bürgen ein Widerrufsrecht nach §§ 312g, 312b, 312c BGB zusteht.

In einem den Schuldbeitritt betreffenden Urteil aus dem Jahr 2015 hat der BGH in Übereinstimmung mit der schon zuvor ganz h.M. entschieden, dass die Vorschriften über **Fernabsatzgeschäfte** auf Sicherungsgeschäfte nicht anwendbar sind; jenes Widerrufsrecht habe nämlich den Zweck, dem Verbraucher die Prüfung einer Ware oder Dienstleistung zu ermöglichen und darum gehe es beim Schuldbeitritt nicht.¹⁴⁵ Details der Begründung finden sich unten bei der Darstellung des Schuldbeitritts.¹⁴⁶ Da sich das BGH-Urteil allgemein auf „Sicherungsgeschäfte“ bezieht, ist die Rechtsfrage bei der Bürgschaft nicht anders zu entscheiden.

Fraglich ist jedoch, ob und inwieweit ein Widerrufsrecht bei **Außergeschäftsraumverträgen** in Betracht kommt.

aaa) Rechtslage bis zum 12.6.2014

Hierbei war schon unter dem alten, bis zum 12.6.2014 geltenden Verbraucherschutzrecht problematisch, dass der Bürgschaftsvertrag nicht auf eine „entgeltliche Leistung“ i.S.d. § 1 Haustürwiderrufgesetzes bzw. § 312 BGB a.F. gerichtet war, weil der Bürgschaftsvertrag, wie dargestellt, ein einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft ist, bei dem es an einem Entgelt fehlt. Entsprechend hatte der BGH zunächst eine Anwendung des damaligen Haustürwiderrufsrechts

¹⁴⁴ Dazu oben § 2 III 2 c aa.

¹⁴⁵ BGH ZIP 2016, 1640 (Leitsatz 2 und Rn. 29 ff.).

¹⁴⁶ Unten § 3 II 2 a bei Fn. 331 ff.

auf die Bürgschaft abgelehnt.¹⁴⁷ Allerdings setzte die zugrunde liegende Haustürwiderrufsrichtlinie 85/577/EWG keine Entgeltlichkeit voraus, weshalb der EuGH von ihrer Anwendbarkeit auf die Bürgschaft ausging¹⁴⁸ und folglich im deutschen Recht eine richtlinienkonforme Auslegung erforderlich wurde. Dabei ging der EuGH freilich in einer im Ergebnis wenig interessengerechten Auslegung der Richtlinie davon aus, dass die Haustürsituation sowohl bezüglich der Bürgschaft als auch der Hauptverbindlichkeit erforderlich sei, sodass auch der Hauptschuldner als Verbraucher (!) den Kredit in einer Haustürsituation (!) abgeschlossen haben musste („doppeltes Haustürgeschäft“).¹⁴⁹ Begründet wurde dies mit dem akzessorischen Charakter der Bürgschaft zur Hauptschuld.¹⁵⁰ Dem folgte der BGH zunächst und vertrat die Ansicht, dass auch im nationalen Recht kein höheres Schutzniveau anzuerkennen sei, obwohl dies gemäß der damaligen – nur eine Mindestharmonisierung begründenden – Haustürwiderrufsrichtlinie 85/577/EWG durchaus erlaubt gewesen wäre.¹⁵¹ Erst später ist dann in BGHZ 165, 363 entschieden worden, dass für die Anwendbarkeit des Haustürwiderrufsrechts allein auf die Bürgschaft abzustellen und folglich ein Widerrufsrecht anzuerkennen sei, wenn nur der Bürge als Verbraucher die Bürgschaft in einer Haustürsituation übernommen hat. Der nunmehr für das Bürgschaftsrecht zuständige XI. Zivilsenat des BGH¹⁵² führte dazu u.a. aus:

- „Das Widerrufsrecht eines Verpfänders [Bürgen] gemäß § 312 I Satz 1 BGB [a.F.] hängt nicht von der Verbrauchereigenschaft des persönlichen Schuldners oder einer auf diesen bezogenen Haustürsituation ab [...].“¹⁵³
- „§ 312 I Satz 1 Nr. 1 BGB [a.F.] dient dem Schutz des Verbrauchers vor der Gefahr, bei der Anbahnung eines Vertrages in einer ungewöhnlichen räumlichen Situation überrumpelt und zu einem unüberlegten Geschäftsabschluss veranlasst zu werden [...]. **Diese Gefahr** droht einem Bürgen immer, wenn er sich selbst in einer so genannten Haustürsituation befindet. Sie **besteht unabhängig davon, ob die Hauptschuld ein Verbraucherdarlehen oder ein gewerblicher Kredit ist und ob der Hauptschuldner ebenfalls durch eine Haustürsituation zum Vertragsschluss bestimmt worden ist** [...]. Die Akzessorietät der Bürgschaft rechtfertigt keine andere Beurteilung. [...]. Der Bürgschaftsvertrag begründet ein eigenes Schuldverhältnis [...] und unter den Voraussetzungen des § 312 BGB [a.F.] ein eigenes Widerrufsrecht des Bürgen.“¹⁵⁴
- „Dass ein Bürgschaftsvertrag, der eine im Rahmen der Erwerbstätigkeit des Hauptschuldners begründete Verbindlichkeit sichert, nach Ansicht des EuGH [...] nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie 577/85/EWG des Rates vom 20. Dezember 1995 betr. den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen [...] fällt, obwohl deren Wortlaut dafür nichts hergibt und der

¹⁴⁷ BGHZ 113, 287 = NJW 1991, 975.

¹⁴⁸ EuGHE I 1998, 1199 = NJW 1998, 1295 (Rn. 17 ff.).

¹⁴⁹ EuGHE I 1998, 1199 = NJW 1998, 1295 (Rn. 22).

¹⁵⁰ EuGHE I 1998, 1199, 1220 f. = NJW 1998, 1295, 1296 (Rn. 17 ff.).

¹⁵¹ Der Leitsatz von BGHZ 139, 21 = NJW 1998, 2356 lautet: „Ein Bürgschaftsvertrag, der zur Absicherung einer Verbindlichkeit geschlossen wird, die der Hauptschuldner im Rahmen seiner Erwerbstätigkeit eingegangen ist, ist kein Geschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 HTürWG. Dasselbe gilt, wenn der Hauptschuldner die durch die Bürgschaft gesicherte Verbindlichkeit zwar als Verbraucher, jedoch nicht im Rahmen eines Haustürgeschäfts eingegangen ist.“

¹⁵² Hintergrund des Rechtsprechungswandels ist der Übergang der Zuständigkeit für das Bürgschaftsrecht vom IX. auf den XI. Zivilsenat des BGH.

¹⁵³ Leitsatz von BGHZ 165, 363.

¹⁵⁴ BGHZ 165, 363 (Rn. 13).

vom EuGH angeführte akzessorische Charakter der Bürgschaft und der Zweck des verbürgten Kredits für den von der Haustürgeschäfte richtlinie bezweckten Schutz der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers in einer Haustürsituation bedeutungslos sind [...], ändert nichts. **Nach Art. 8 dieser Richtlinie können die Mitgliedstaaten günstigere Verbraucherschutzbestimmungen erlassen oder beibehalten.** Davon ist hier unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Haustürwiderrufsgesetzes [...] sowie zur Vermeidung unerträglicher Wertungswidersprüche auszugehen. Der Bürge, der in einer Haustürsituation einen gewerblichen Zwecken dienenden Kredit verbürgt, darf nicht schlechter stehen als derjenige, der in einer solchen Situation den Kreditvertrag als Mithaftender unterzeichnet.“¹⁵⁵

Seither hing das Widerrufsrecht gemäß § 312 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. nicht mehr von der Verbrauchereigenschaft des persönlichen Schuldners oder einer auf diesen bezogenen Haustürsituation ab.¹⁵⁶

bbb) Rechtslage seit dem 13.6.2014

Vor dem Hintergrund der bereits zum alten Recht geführten Diskussion mutet es schon merkwürdig an, dass der Gesetzgeber bei der mit Wirkung zum 13.6.2014 erfolgten Umsetzung der neuen Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU¹⁵⁷ erneut eine Unsicherheit über die Einbeziehung der Bürgschaften und anderen Kreditsicherheiten im Verbraucherschutzrecht heraufbeschworen hat. In der seither geltenden Fassung des § 312 Abs. 1 BGB ist nun sogar von einer „entgeltlichen Leistung des Unternehmers“ die Rede, während es zuvor auf einen „Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat“, ankam. Mit dem neuen Wortlaut, der speziell auf eine entgeltliche Leistung *des Unternehmers* abstellt, ist noch zweifelhafter geworden, ob darunter auch die Bürgschaft und andere Kreditsicherheiten zu fassen sind; zumindest im Verhältnis zwischen Sicherungsgeber (Verbraucher) und Sicherungsnehmer (Unternehmer) geht es nämlich offensichtlich nicht um eine *entgeltliche Leistung des Unternehmers*, weil dieser dem Bürgen keinerlei Vorzüge verspricht und deshalb von einer Leistung des Unternehmers keine Rede sein kann.¹⁵⁸ Ob die Bürgschaft dennoch nach den Regelungen des neuen Außergeschäftsraumrechts widerruflich ist, ist höchst umstritten.

(1) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des § 312 Abs. 1 BGB anhand der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU

Die überwiegende und m.E. überzeugende Ansicht in der Literatur geht davon aus, dass die Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU auf Bürgschaftsverträge anwendbar und die

¹⁵⁵ BGHZ 165, 363 (Rn. 14).

¹⁵⁶ So ausdrücklich der Leitsatz von BGHZ 165, 363 = NJW 2006, 845; siehe allgemein auch BGH ZIP 2016, 1640, 1643 (Rn. 32) m.w.N.

¹⁵⁷ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl. EU 2011, L 304, S. 64 ff.; die Umsetzung erfolgte durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.09.2013, BGBl. I 2013, 3642.

¹⁵⁸ Zutreffend *Meier*, ZIP 2015, 1156, 1157.

Umsetzungsvorschrift in § 312 Abs. 1 BGB mithin unionsrechtswidrig ist.¹⁵⁹ Dafür spricht – neben dem Wortlaut in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie („Diese Richtlinie gilt ... für jegliche Verträge, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden.“) – vor allem ein teleologisches Argument: Die Richtlinie will Verbraucher schützen, die bei der Vertragsanbahnung aufgrund situativer Umstände psychologischem Druck und/oder einem **Überraschungselement** ausgesetzt sind.¹⁶⁰ Diese situativen Nachteile sind **vom Vertragstypus unabhängig**, können also z.B. bei einem Kaufvertrag, einem Dienstvertrag, aber gleichermaßen auch bei einer Bürgschaft auftreten.¹⁶¹ Es ist daher unwahrscheinlich, dass der Richtliniengeber eine Regelung schaffen wollte, die ihren eigenen Regelungszweck (den Verbraucherschutz in Überraschungssituationen) nur „halbherzig“ verfolgen kann, weil sie auf besonders schützenswerte Vertragskonstellationen wie den Verbraucher einseitig verpflichtende Bürgschaftsverträge unanwendbar ist, und dies obwohl die weitaus enger formulierte Vorgängerrichtlinie 85/577/EWG noch auf Bürgschaften anwendbar war.¹⁶²

Die Divergenz zwischen der Richtlinie, die richtigerweise auf Bürgschaften anwendbar ist (s.o.), und der nationalrechtlichen Umsetzungsvorschrift des § 312 Abs. 1 BGB, welche Bürgschaften dem Wortlaut nach nicht erfasst, kann trotz der ausdrücklichen gegenteiligen Entscheidung des nationalen Gesetzgebers über das Instrument der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung aufgelöst werden.¹⁶³

Man wird insoweit den vom BGH im „Quelle“-Urteil¹⁶⁴ entwickelten, in der Blockveranstaltung zur Methodenlehre im ersten Semester näher diskutierten Ansatz¹⁶⁵ heranziehen können: Damals hatte der BGH in Bezug auf § 439 Abs. 4 BGB a.F. (heute § 439 Abs. 5 BGB) entschieden, dass der Verbraucher bei einer Nachlieferung nicht zur Erstattung der aus der ursprünglich gelieferten Sache gezogenen Nutzungen verpflichtet ist, obwohl der deutsche Gesetzgeber genau diese Rechtsfolge in vermeintlicher Übereinstimmung mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ausdrücklich so angeordnet hatte. Zur Begründung verwies der BGH darauf, dass der Gesetzgeber die Richtlinie ausweislich der Gesetzesmaterialien vollständig europarechtskonform habe umsetzen wollen. Dann aber könne nicht angenommen werden, dass er die getroffene Regelung auch für den – erst später vom EuGH festgestellten¹⁶⁶ – Fall der Europarechtswidrigkeit so gewollt habe. Aus diesem Grund sei die Rechtsprechung befugt, die gesetzliche Anordnung zu korrigieren, um dem europarechtlich Gewollten zum Durchbruch zu

¹⁵⁹ In diese Richtung zuletzt *Fritz*, NJW 2020, 3629, 3631 f.; *Kehl*, WM 2018, 2018, 2025 m.w.N. zur h.M. in Fn. 61; ausdrücklich auch *Meier*, ZIP 2015, 1156, 1161.

¹⁶⁰ Vgl. Erwägungsgrund 21 und 37 der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU.

¹⁶¹ *Kehl*, BKR 2021, 44, 45.

¹⁶² Zur Anwendbarkeit der Haustürwiderrufsrichtlinie 85/577/EWG auf die Bürgschaft EuGHE I 1998, 1199 = NJW 1998, 1295 – *Dietzinger*.

¹⁶³ Dazu ausführlich *Kehl*, WM 2018, 2018, 2025 f.

¹⁶⁴ BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427.

¹⁶⁵ Siehe dazu *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289, 294 f. und 296.

¹⁶⁶ Siehe EuGHE I 2008, 2685 = NJW 2008, 1433.

verhelfen.¹⁶⁷ Der Gesetzgeber hat dieses BGH-Urteil dann später durch eine ausdrückliche Gesetzesänderung nachvollzogen (vgl. nunmehr § 475 Abs. 3 S. 1 BGB¹⁶⁸).

In gleicher Weise muss nun auch im hier relevanten Fall des § 312 Abs. 1 BGB die vom nationalen Gesetzgeber in nur vermeintlicher Übereinstimmung mit der Verbraucherrechtlinie angeordnete Regelung korrigiert werden, um auf diese Weise eine planwidrige Regelungslücke zu begründen, die sodann durch analoge Anwendung des § 312 Abs. 1 BGB auf Bürgschaften und andere Kreditsicherungsrechte gefüllt werden kann und muss.¹⁶⁹

Anerkennt man eine solche richtlinienkonforme Interpretation des § 312 Abs. 1 BGB, stellt sich die Folgefrage, ob das europäische Recht auch unter der jetzt geltenden Verbraucherrechtlinie 2011/83/EU nach Ansicht des EuGH ein **doppeltes Haustürgeschäft** verlangen würde. Dann nämlich ließe sich die oben angeführte Linie des XI. Zivilsenats des BGH nicht mehr aufrechterhalten, der seinerzeit zur Begründung des höheren Schutzniveaus im deutschen Recht auf Art. 8 der damaligen Haustürwiderrufsrichtlinie 85/577/EWG verwiesen hat, welche nach dem damals verfolgten Grundsatz der Mindestharmonisierung ein höheres Schutzniveau im nationalen Recht ausdrücklich erlaubte.¹⁷⁰

Da die **jetzige Verbraucherrechtlinie** 2011/83/EU jedoch gemäß ihrem Art. 4 dem **Grundsatz der Vollharmonisierung** folgt, ist jener damaligen Argumentation nunmehr der Boden entzogen. In einem Gerichtsverfahren müsste folglich eine erneute Vorlage an den EuGH erfolgen mit der Frage, ob das Gericht auch unter dem neuen Recht an dem Erfordernis des doppelten Haustürgeschäfts festhält.

Für eine **abweichende Beurteilung der aktuellen Richtlinie** spricht der Umstand, dass diese nicht mehr an Verträge anknüpft, „die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden“ und deshalb die **Widerruflichkeit der Bürgschaft nicht mehr über deren akzessorischen Charakter begründet werden muss**, welcher seinerzeit für den EuGH das entscheidende Argument für das von ihm aufgestellte Erfordernis eines doppelten Haustürgeschäfts war (s.o.). Vielmehr nimmt Art. 1 der Verbraucherrechtlinie 2011/83/EU ganz allgemein Bezug auf „Verträge, die zwischen Verbrauchern und Unternehmern geschlossen werden“, sodass die Bürgschaft nun auch unabhängig von dem zugrunde liegenden, die Hauptschuld begründenden Vertrag unter das Außergeschäftsraumrecht fällt. Dann aber gibt es keinen Grund mehr, die Widerruflichkeit

¹⁶⁷ Siehe den 2. Leitsatz des Urteils BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427: „Eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus; eine solche planwidrige Unvollständigkeit kann sich daraus ergeben, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich seine Absicht bekundet hat, eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen, die Annahme des Gesetzgebers, die Regelung sei richtlinienkonform, aber fehlerhaft ist.“; dazu *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289, 295 und 296 (Beispiel 20).

¹⁶⁸ Die Vorschrift lautet: „§ 439 Absatz 5 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind.“

¹⁶⁹ Überzeugend *Meier*, ZIP 2015, 1156, 1162 f.

¹⁷⁰ Dazu oben bei Fn. 151.

der Bürgschaft davon abhängig zu machen, dass auch jener Hauptvertrag unter das Außergeschäftsraumrecht fällt.

Hinweis: Zu dieser nicht nur methodisch anspruchsvollen und spannenden, sondern zudem höchst examensrelevanten Thematik sei allen Vorlesungsteilnehmern/innen der m.E. sehr überzeugende Aufsatz von *Meier* „Sind Bürgschaften wieder unwiderruflich? – Eine Untersuchung zu Inhalt und Reichweite des § 312 Abs. 1 BGB“ in ZIP 2015, 1156 ff. sehr zur Lektüre empfohlen.

(2) Keine Anwendbarkeit der Richtlinie, aber nationale Einbeziehung über Analogie

Im Ergebnis gleich, aber methodisch völlig anders argumentiert *Schinkels*, der zwar von der Unanwendbarkeit der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU auf Bürgschaftsverträge ausgeht, den Verbraucherbürgen aber dennoch über eine analoge Anwendung des § 312 Abs. 1 BGB in den Schutzbereich des Außergeschäftsraumrechts miteinbeziehen will.¹⁷¹ Die Analogie stütze sich auf einen sog. Erst-Recht-Schluss¹⁷²: Der sich einseitig verpflichtende Bürge dürfe nicht schlechter stehen als ein Verbraucher, der im Rahmen eines Austauschvertrages (immerhin noch) eine Gegenleistung erhält.¹⁷³

Problematisch an diesem Ansatz ist, dass über das Erst-Recht-Schluss-Argument zwar plausibel eine vergleichbare Interessenlage begründet werden kann: Der Verbraucherbürge ist aufgrund der einseitigen Verpflichtung schließlich doppelt belastet und damit jedenfalls vergleichbar schutzbedürftig wie Verbraucher bei Austauschgeschäften. Jedoch fehlt es unter der von *Schinkels* getroffenen Annahme einer Unanwendbarkeit der Richtlinie auf die Bürgschaft an einer planwidrigen Regelungslücke und somit am Kernelement einer jeden Analogie. Wenn nämlich die Richtlinie auf Bürgschaften tatsächlich unanwendbar sein sollte, hätte der Gesetzgeber mit der (dem eindeutigen Wortlaut nach) ebenfalls bürgschaftsausschließenden Regelung des § 312 Abs. 1 BGB gerade eine Umsetzungsvorschrift erlassen, die sich mit dem Regelungsinhalt der Umsetzungsgrundlage (= der Richtlinie) deckt. Der gesetzgeberische Plan zur Richtlinienumsetzung wäre aufgegangen; die unionsrechtliche Pflicht zur möglichst richtliniengetreuen Umsetzung wäre erfüllt. Von einer Planwidrigkeit der Regelung kann dann keine Rede sein.¹⁷⁴

(3) BGH: Keine Anwendbarkeit des Außergeschäftsraumrechts auf Bürgschaften

Der XI. Zivilsenat des BGH hatte im Urteil **BGHZ 227, 72** aus dem Jahr 2020 erstmals die Gelegenheit, zur Streitfrage des Verbraucherwiderrufs von Bürgschaften im neuen Außergeschäftsraumrecht Stellung zu beziehen. Überraschend und in Abweichung zu seiner bisherigen Rechtsprechungslinie zum alten Haustürwiderrufsrecht¹⁷⁵ entschied sich der Senat gegen die

¹⁷¹ *Schinkels*, WM 2017, 113, 119 f.

¹⁷² Allgemein dazu *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289, 297.

¹⁷³ Vgl. *Schinkels*, WM 2017, 113, 119.

¹⁷⁴ Zum Ganzen *Kehl*, WM 2018, 2018, 2026 f.

¹⁷⁵ Siehe oben Fn. 153.

Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB auf die Verbraucherbürgschaft. Der Leitsatz der Entscheidung lautet kurz, aber prägnant: „Ein Bürge hat kein Widerrufsrecht gemäß § 312g BGB.“¹⁷⁶

Der Senat führt dazu sinngemäß aus, dass der verschärfte Wortlaut in der Neufassung des § 312 Abs. 1 BGB („entgeltliche Leistung *des Unternehmers*“ anstatt „entgeltliche Leistung“) eine Einbeziehung von einseitig den Verbraucher verpflichtenden Bürgschaftsverträgen nicht mehr erlaube.¹⁷⁷ Außerdem könne das Widerrufsrecht der §§ 312g, 312b BGB auch nicht „aus Schutzzweckerwägungen im Wege einer Analogie auf außerhalb von Geschäftsräumen gestellte Verbraucherbürgschaften ausgeweitet werden“, da es an einer planwidrigen Regelungslücke fehle.¹⁷⁸ Zudem komme eine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung der Norm nicht in Betracht, da die Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU auf Bürgschaftsverträge nicht anwendbar sei.¹⁷⁹ Der BGH schließt sich damit einem funktional-konzeptionellen Verständnis der Richtlinie an, welches insbesondere von *Schinkels* in die Diskussion eingeführt wurde.¹⁸⁰ Damit ist Folgendes gemeint: Die Richtlinie enthält verschiedene Regelungen (z.B. zu Informationspflichten in Art. 6 und zum Beginn der Widerrufsfrist in Art. 9 Abs. 2), die auf die gängigsten Vertragstypen – Kauf- und Dienstverträge – zugeschnitten sind und daher für Bürgschaftsverträge größtenteils untauglich erscheinen oder für diese keine gesonderten Bestimmungen enthalten.¹⁸¹ Die Bürgschaft passe demnach nicht in die „Gesamtkonzeption“ der Richtlinie.¹⁸²

Dieser Argumentation ist zuzugeben, dass insbesondere die fehlende Regelung für den Beginn der Widerrufsfrist für Bürgschaftsverträge in Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie ein gewisses Störgefühl erzeugt. Auf der anderen Seite handelt es sich dabei um eine eher formale Unstimmigkeit innerhalb eines umfassenden Richtlinienwerkes. Jene Unstimmigkeit sollte hingenommen werden, weil anderenfalls – bei Unanwendbarkeit der Verbraucherrechterichtlinie auf die Bürgschaft – eine Regelungslücke heraufbeschwört wird, die nach dem Schutzzweck jener Richtlinie¹⁸³ geschlossen und gewiss nicht – in Abkehr zur bürgschaftseinschließenden Vorgängerrichtlinie 85/577/EWG – erstmals geschaffen werden sollte.

V. Durchsetzbarkeit (= keine Einreden)

Der Bürgschaftsforderung dürfen keine Einreden entgegenstehen. Einreden in materiell-rechtlicher Hinsicht sind dabei solche Gegenrechte des Schuldners, die ihn im Hinblick auf einen gegen ihn bestehenden Anspruch zur dauernden oder vorübergehenden

¹⁷⁶ BGHZ 227, 72 = NJW 2020, 3649 = BKR 2021, 39, 44 (m. Anm. *Kehl*).

¹⁷⁷ BGHZ 227, 72, 74 ff. = NJW 2020, 3649, 3650 (Rn. 15 ff.).

¹⁷⁸ BGHZ 227, 72, 76 ff. = NJW 2020, 3649, 3650 f. (Rn. 19 ff.).

¹⁷⁹ BGHZ 227, 72, 79 ff. = NJW 2020, 3649, 3651 f. (Rn. 26 ff.).

¹⁸⁰ Vgl. BGHZ 227, 72, 80 = NJW 2020, 3649, 3650, 3652 (Rn. 27) mit Verweis auf *Schinkels*, WM 2017, 113, 114.

¹⁸¹ Ausführlich zu den für die Bürgschaft (scheinbar) „unpassenden“ Richtlinienbestimmungen einerseits *Schinkels*, WM 2017, 113, 116 ff.; andererseits *Kehl*, WM 2018, 2018, 2023 ff.

¹⁸² Vgl. *Schinkels*, WM 2017, 113, 114.

¹⁸³ Dazu oben § 2 IV 2. f) bb) bbb) (1) bei Fn. 160.

Leistungsverweigerung berechtigen. Erhebt der Schuldner wirksam eine Einrede, ist der Anspruch nicht durchsetzbar. Dabei kann die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs dauerhaft (peremptorische Einrede) oder zumindest für eine gewisse Zeit (dilatorische Einrede) gehemmt sein.¹⁸⁴

Nicht anders als bei den Einwendungen ist auch bei den gegen einen Bürgschaftsanspruch gerichteten Einreden zwischen zwei verschiedenen Arten zu unterscheiden: forderungsbezogene und bürgschaftsbezogene Einreden. Bei forderungsbezogenen Einreden handelt es sich um solche, die originär dem Hauptschuldner gegen die Hauptforderung zustehen und sich wegen des Akzessorietätsgrundsatzes auch auf die Durchsetzbarkeit der Bürgschaftsforderung auswirken (unten 1.). Dahingegen sind bürgschaftsbezogene Einreden solche, die dem Bürgen originär aus dem Bürgschaftsvertrag zustehen und deshalb ausschließlich die Bürgschaftsforderung betreffen (unten 2.).

1. Forderungsbezogene Einreden

Aus der Akzessorietät der Bürgschaft ergibt sich, dass die Bürgschaftsforderung nicht nur – wie dargelegt – in Bezug auf die Einwendungen (vgl. § 767 Abs. 1 S. 1 BGB), sondern auch hinsichtlich der Durchsetzbarkeit das Schicksal der Hauptforderung teilt. Das bedeutet, dass Einreden, welche der Hauptschuldner gegen den Gläubiger in Bezug auf die Hauptforderung hat, auch dem Bürgen wegen der Bürgschaftsforderung zustehen müssen. Könnte der Bürge diese Einreden nicht geltend machen, wäre seine Haftung weitreichender als die des Hauptschuldners. Die Bürgschaft soll den Gläubiger jedoch nur im Hinblick auf die Begleichung der Hauptschuld absichern und keine darüber hinausgehende Inanspruchnahme ermöglichen.¹⁸⁵

Das Schicksal derjenigen Einreden, welche sich auf die Forderung beziehen, ist in den §§ 768, 770 BGB geregelt.

a) Einreden des Hauptschuldners (§ 768 BGB)

Zunächst kann der Bürge grundsätzlich alle dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen (§ 768 Abs. 1 S. 1 BGB). Geht der Hauptschuldner seiner Einrede – gleich aus welchem Grund – hinsichtlich der Hauptforderung verlustig, betrifft dies aufgrund der Akzessorietät auch die Einrede des Bürgen.

aa) Anwendungsbereich des § 768 Abs. 1 S. 1 BGB

Häufiger Anwendungsfall des § 768 S. 1 BGB ist die Verjährung der Hauptschuld (§§ 199, 195, § 214 Abs. 1 BGB). Tritt diese ein, kann der Hauptschuldner dauerhaft die Inanspruchnahme aus der Hauptschuld gemäß § 214 Abs. 1 BGB verweigern. Das gleiche Recht steht sodann auch dem Bürgen aus § 768 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 214 Abs. 1 BGB zu. Beachtenswert ist hierbei, dass der Bürge sich auch dann noch auf das dauernde

¹⁸⁴ Vgl. *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 3 Rn. 14, 21 ff.

¹⁸⁵ BGHZ 107, 210 (juris-Rn. 22); BGHZ 153, 311 (juris-Rn. 31); BGHZ 179, 374 (juris-Rn. 9); BGHZ 181, 278 (juris-Rn. 27).

Leistungsverweigerungsrecht berufen kann, wenn er bereits rechtskräftig zur Leistung der Bürgschaftsforderung verurteilt wurde, die Verjährung der Hauptforderung jedoch erst nach der Verurteilung eintritt. Letzteres ist insbesondere dann möglich, wenn der Hauptschuldner – weil vermögenslos – aus Kostengründen nicht mitverklagt wurde und folglich gegen ihn keine Hemmung der Verjährung eingetreten ist (vgl. § 204 BGB).¹⁸⁶ Der diese Zusammenhänge nicht beachtende Gläubiger verliert dann nachträglich seine bereits sicher geglaubte Rechtsverfolgungsmöglichkeit gegen den Bürgen. Allerdings muss der Bürge in diesem Fall mit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO gegen die Vollstreckung aus dem bereits vorliegenden Titel (Urteil oder Vollstreckungsbescheid) vorgehen.¹⁸⁷

Darüber hinaus ist vorstellbar, dass Schuldner und Gläubiger der Hauptforderung einen Fälligkeitszeitpunkt vereinbart haben. Vor Ablauf dieses Zeitpunktes ist der Gläubiger nicht berechtigt, die Leistung von seinem Schuldner zu fordern. Ist der vereinbarte Fälligkeitszeitpunkt bereits verstrichen, können Hauptschuldner und Gläubiger immer noch die Stundung der Hauptschuld vereinbaren. Vor Fälligkeit beziehungsweise während des Zeitraums der Stundung kann der Gläubiger vom Hauptschuldner keine Leistung fordern. Der Gläubiger soll durch die Bürgschaft nicht mehr erreichen können, als ihm aus der Hauptschuld gegenüber dem Schuldner zusteht. Deshalb soll während dieser Zeit auch der Bürge nicht in Anspruch genommen werden können, sofern er sich darauf beruft. Der Grundsatz, dass der Gläubiger von dem Bürgen nicht mehr als vom Hauptschuldner verlangen können soll, gilt also nicht nur in betraglicher, sondern auch in zeitlicher Hinsicht.

Für die Zeit bis zur Erbringung der Gegenleistung des Gläubigers (§ 320 BGB, Einrede des nicht erfüllten Vertrages) oder bis zur Erfüllung einer anderen, aus demselben zwischen Gläubiger und Hauptschuldner bestehenden rechtlichen Verhältnis stammenden Verbindlichkeit des Gläubigers (§ 273 BGB, Leistungsverweigerungsrecht) soll der Bürge ebenfalls zur zeitweisen Leistungsverweigerung berechtigt sein. Wenn es sich bei dem Gläubiger und dem Hauptschuldner um Kaufleute i.S.d. § 1 Abs. 1 HGB handelt¹⁸⁸, kann sich auch der Bürge auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gemäß § 369 HGB berufen. § 369 HGB erweitert das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB um ein besonderes Befriedigungsrecht, welches nach § 369 Abs. 2 HGB pfandrechtsähnlich ausgestaltet ist.¹⁸⁹ Die Norm hat jedoch im Übrigen wegen der weiten Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Konnexität im Rahmen von § 273 Abs. 1 BGB einen geringen Anwendungsbereich und damit wenig Bedeutung.

¹⁸⁶ Ein Sonderfall liegt vor, wenn der Hauptschuldner nicht mehr existiert, weil er eine juristische Person (z.B. GmbH) war, die bereits wegen Vermögenslosigkeit aus dem Handelsregister gelöscht wurde. In diesem Fall läuft die Verjährung gegen die nicht mehr existente Person nicht mehr weiter, zumal der Bürge die Verjährung auch gar nicht mehr durch eine Rechtsverfolgungsmaßnahme i.S.v. § 204 BGB gegen die inexistente Person hemmen könnte (vgl. BGHZ 182, 76 = ZIP 2009, 1608 = NJW-RR 2010, 975 [Rn. 26]).

¹⁸⁷ Vgl. BGHZ 139, 214 = NJW 1998, 2972 – Leitsatz 1 (juris-Rn. 8, 11).

¹⁸⁸ Dazu *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 14), § 2.

¹⁸⁹ Vgl. *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 14), § 7 Rn. 62.

bb) Einschränkung durch § 768 Abs. 1 S. 2 BGB

Der Grundsatz, dass der Bürge sich auf die Einreden des Hauptschuldners berufen kann, wird in § 768 Abs. 1 S. 2 BGB für den Sonderfall eingeschränkt, dass der Hauptschuldner stirbt und im Wege der Gesamtrechtsnachfolge die Erben in die Stellung des Hauptschuldners einrücken. Während sich die Erben auf die begrenzte Haftung auf die Erbmasse berufen können¹⁹⁰, steht diese Möglichkeit dem Bürgen nicht zu. Könnte der Bürge nämlich die Erfüllung der Bürgschaftsverbindlichkeit in eben dieser Höhe verweigern, würde dies dem – trotz des Versterbens des Hauptschuldners – fortbestehenden Sicherungszweck der Bürgschaft zuwiderlaufen.¹⁹¹

cc) Unwirksamkeit eines Einredeverzichts des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen (§ 768 Abs. 2 BGB)

In § 768 Abs. 2 BGB wird angeordnet, dass der Bürge eine Einrede nicht dadurch verliert, dass der Hauptschuldner auf sie verzichtet. Der Grundsatz der Akzessorietät wird folglich insoweit durchbrochen, als der Hauptschuldner nicht zulasten des Bürgen disponieren können soll.

Die Vorschrift ist insbesondere in Fällen relevant, in denen der Hauptschuldner eine **Verlängerung der Verjährungsfrist** bewirkt und dadurch der Bürge bei Annahme einer vollen Akzessorietät die Einrede der Verjährung verlieren würde. Genau dies will § 768 Abs. 2 BGB verhindern. Zu einer derartigen, nicht gegenüber dem Bürgen wirkenden Verlängerung der Verjährungsfrist für die Hauptschuld kann es etwa kommen, wenn der Hauptschuldner – beispielsweise im Gegenzug zu einer vom Gläubiger gewährten Stundung – für einen gewissen Zeitraum auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichtet. Der Verzicht i.S.d. § 768 Abs. 2 BGB ist nicht im engen Sinne zu verstehen, sondern meint auch jede Rechtshandlung, durch welche unmittelbar die Verjährungsfrist der Hauptforderung verlängert wird. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Hauptschuldner ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen lässt oder die Schuld anerkennt (§ 212 BGB).¹⁹²

Anderes gilt jedoch, wenn die Verlängerung der Verjährung im Rahmen des vom Bürgen übernommenen Risikos liegt. Dies ist beispielsweise bei einer **Gewährleistungsbürgschaft** der Fall, bei welcher es geradezu typisch ist, dass sich die Gewährleistungsfrist während schwebender Verhandlungen zwischen Besteller und Unternehmer über die Gewährleistungsrechte verlängert (vgl. § 203 BGB).¹⁹³ In gleicher Weise wirkt die per Gesetz eintretende und damit nicht vom Parteiwillen des Hauptschuldners abhängige Hemmung der Verjährung gemäß § 205

¹⁹⁰ Beschränkte Erbenhaftung gemäß §§ 1990, 1975 BGB – Einrede der Dürftigkeit. Weitere haftungsbeschränkende Maßnahmen der Erben finden sich in §§ 1967 f., 1975 ff., 1993 ff., 2014 f. BGB, § 780 ZPO.

¹⁹¹ MünchKommBGB/Habersack, Band 7, 8. Aufl. 2020, § 768 Rn. 11.

¹⁹² Palandt/Sprau (Fn. 110), § 768 Rn. 9 m.N. zur Rspr.

¹⁹³ Vgl. auch dazu Palandt/Sprau (Fn. 110), § 768 Rn. 9.

BGB auch gegenüber dem Bürgen. Dies hat der BGH¹⁹⁴ im Jahr 2015 für einen typischen Leasingfall angenommen, in dem sich ein Bürge für die Schuld des Leasingnehmers zur Zahlung der Leasingraten verbürgt hatte. Nach der **leasingtypischen Abtretungskonstruktion** werden dem Leasingnehmer die dem Leasinggeber aus seinem Kaufvertrag mit dem Lieferanten des Leasingguts zustehenden Gewährleistungsrechte abgetreten. Klagt nun der Leasingnehmer aus jenem abgetretenen Recht wegen Mängeln des Leasingguts gegen den Lieferanten auf Rückabwicklung des zwischen diesem und dem Leasinggeber abgeschlossenen Kaufvertrags, kann der Leasingnehmer für die Dauer jenes Prozesses vorläufig die Zahlung der Leasingraten einstellen. Während der Dauer dieses dem Leasingnehmer zustehenden Leistungsverweigerungsrechts ist gemäß § 205 BGB die Verjährung für die Leasingraten gehemmt und diese Hemmung wirkt auch gegenüber dem Bürgen. Ein Fall des § 768 Abs. 2 BGB ist das nicht.

Keine Möglichkeit, die Zahlung zu verweigern, hat der Bürge nach Ansicht des BGH auch in Fällen, in denen der Hauptschuldner seine gegen die Hauptschuld gerichteten Gewährleistungsrechte wegen Versäumung der Rüge aus § 377 HGB verliert; wer aus einer Bürgschaft für die Schulden eines Kaufmanns aus Handelskauf einzustehen hat, muss auch die damit ggf. verbundenen Nachteile tragen.¹⁹⁵

dd) Abdingbarkeit des § 768 BGB

Da es sich bei der Regelung des § 768 BGB um eine dispositive Vorschrift handelt, ist sie grundsätzlich abdingbar.¹⁹⁶ Der Verzicht des Bürgen auf die Rechte aus § 768 BGB muss jedoch in der Schriftform des § 766 S. 1 BGB erfolgen.¹⁹⁷

Während die individualvertragliche Abbedingung im Grundsatz unproblematisch ist, gilt anderes für den formularmäßigen Verzicht des Bürgen. Nach der Rechtsprechung ist das Recht des Bürgen, dem Gläubiger alle Einreden des Hauptschuldners entgegenhalten zu können, ein wesentliches und prägendes Merkmal der Bürgschaft und kann daher in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht ausgeschlossen werden; der Ausschluss bedeutet wegen der Abweichung von Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (Akzessorietät der Bürgschaft) eine unangemessene Benachteiligung des Bürgen i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.¹⁹⁸

b) Einrede der Anfechtbarkeit (§ 770 Abs. 1 BGB)

aa) Unmittelbarer Anwendungsbereich des § 770 Abs. 1 BGB

Gemäß § 770 Abs. 1 BGB kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende

¹⁹⁴ BGH ZIP 2015, 2177 = NJW 2016, 397.

¹⁹⁵ Vgl. BGH ZIP 1987, 1035 = JuS 1987, 908 (Leitsatz und juris-Rn. 23) mit dem Hinweis auf eine denkbare Ausnahme unter ganz besonderen Umständen (Rechtsmissbrauch).

¹⁹⁶ BGH WM 1980, 10 = NJW 1980, 445 (juris-Rn. 10).

¹⁹⁷ Palandt/Sprau (Fn. 110), § 768 Rn. 8.

¹⁹⁸ BGHZ 181, 278 = NJW 2009, 3422 = ZIP 2009, 1703 (Rn. 13).

Rechtsgeschäft anzufechten. Durch diese Regelung wird der Akzessorietätsgrundsatz der Bürgschaft dahingehend erweitert, dass der Bürge solange nicht in Anspruch genommen werden kann, wie der Hauptschuldner noch die Möglichkeit hat, die Hauptforderung durch Anfechtung des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts zu beseitigen und der Bürge sich hierauf beruft.

Diese Ergänzung des Akzessorietätsgrundsatzes lässt sich nur mit Blick auf die Anfechtungswirkung verstehen: Das Rechtsgeschäft zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ist trotz eines bestehenden Anfechtungsgrundes zunächst wirksam und wird erst nach Ausübung des Anfechtungsrechts rückwirkend nichtig (§ 142 Abs. 1 BGB). Sobald die Anfechtung vom Hauptschuldner erklärt ist, kann sich auch der Bürge gemäß § 767 Abs. 1 S. 1 BGB auf das Erlöschen der Hauptschuld berufen. *Vor* Erklärung der Anfechtung gilt das jedoch nicht, weil das Rechtsgeschäft dann noch wirksam, die Leistungspflicht also nicht entfallen ist. Allein die Möglichkeit der Anfechtung ohne deren Ausübung begründet auch kein Leistungsverweigerungsrecht des Hauptschuldners, auf das sich der Bürge gemäß § 768 BGB berufen könnte.

Der Bürge befindet sich deshalb in einer misslichen Lage: Er weiß, dass der Hauptschuldner das Rechtsgeschäft durch Anfechtung beseitigen kann, das Gestaltungsrecht aber noch nicht ausgeübt hat. Selbst kann der Bürge aber die Anfechtung nicht erklären, weil er nicht Vertragspartner desjenigen Rechtsgeschäftes ist, aus dem die Hauptschuld resultiert. Er müsste vielmehr vom Hauptschuldner zur Abgabe der Anfechtungserklärung bevollmächtigt sein (§§ 164, 167 BGB), um für diesen die Anfechtung erklären zu können. Ist dies nicht geschehen, will das Gesetz den Bürgen schützen, solange der Hauptschuldner seine Schuld noch durch Anfechtung beseitigen kann. Für den Zeitraum, in dem der Fortbestand der Hauptforderung in der Schwebe ist, gibt das Gesetz dem Bürgen ein temporäres Leistungsverweigerungsrecht (dilatatorische Einrede). Hierdurch wird verhindert, dass der Bürge zunächst zahlen muss, um sich das Geld dann später nach Abgabe der Anfechtungserklärung durch den Hauptschuldner nach § 812 BGB zurückzuholen.

Die Dauer der Einrede bestimmt sich nach der Frist für das in Rede stehende Anfechtungsrecht, kann also, wie §§ 121, 124 BGB zeigen, divergieren und bis zu zehn Jahre betragen (vgl. §§ 121 Abs. 2, 124 Abs. 3).¹⁹⁹

bb) Analoge Anwendung des § 770 Abs. 1 BGB bei sonstigen Gestaltungsrechten

Da es der Zweck des § 770 Abs. 1 BGB ist, dem Bürgen bei einer Möglichkeit des Hauptschuldners zur Beseitigung seiner Zahlungspflicht durch Ausübung eines Gestaltungsrechts (Anfechtung) ein zeitlich befristetes Leistungsverweigerungsrecht zu gewähren, ist die Vorschrift aufgrund der insoweit vergleichbaren Interessenlage bei den sonstigen Gestaltungsrechten (Widerruf, Minderung, Rücktritt) entsprechend anzuwenden.²⁰⁰

¹⁹⁹ Bis dahin wird aber, jedenfalls ohne eine Hemmung der Verjährung gemäß § 204 BGB, die Hauptforderung verjährt sein.

²⁰⁰ BGHZ 165, 363, 368 = NJW 2006, 845, 846 (juris-Rn. 13).

c) Einrede der Aufrechenbarkeit (§ 770 Abs. 2 BGB)

Die Erfüllung der Bürgschaftsverbindlichkeit kann der Bürge auch verweigern, solange der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann (§ 770 Abs. 2 BGB). In diesen Fällen kann der Bürge auf eine einfachere Befriedigungsmöglichkeit als seine Inanspruchnahme verweisen. § 770 Abs. 2 BGB ist, wie auch § 771 BGB, eine Ausprägung des Subsidiaritätsgrundsatzes²⁰¹, wonach der Bürge im Verhältnis zum Hauptschuldner nachrangig haftet.²⁰² Diese Verteidigungsmöglichkeit des Bürgen besteht aber nur, sofern die Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers noch besteht.

§ 770 Abs. 2 BGB verlangt jedoch – anders als die im Skript zur Vorlesung „Schuldrecht AT“ näher dargestellte Vorschrift des § 387 BGB²⁰³ –, dass die betreffende Forderung des Hauptschuldners fällig ist oder er zumindest auf zukünftige Leistung i.S.d. § 257 ZPO klagen könnte.²⁰⁴

Da § 770 Abs. 2 BGB auf die Möglichkeit des Gläubigers abstellt, sich durch Aufrechnung einfacher als durch Inanspruchnahme des Bürgen befriedigen zu können (Subsidiarität), gilt die Einrede der Aufrechenbarkeit unabhängig davon, ob der Hauptschuldner seinerseits die Aufrechnung erklären könnte. Der Bürge kann also die Leistung auch dann verweigern, wenn der Hauptschuldner seinerseits nicht (mehr) aufrechnen kann, etwa weil er auf sein Aufrechnungsrecht verzichtet hat oder die Aufrechnung ausgeschlossen ist, z.B. nach einer rechtskräftigen Verurteilung des Hauptschuldners.²⁰⁵

Etwas anderes gilt, wenn der *Gläubiger* – beispielsweise aufgrund eines gesetzlichen Aufrechnungsverbots (§ 393 BGB) – an der Aufrechnung gehindert ist. Der Wortlaut des § 770 Abs. 2 BGB stellt auf die Aufrechnungsmöglichkeit des Gläubigers, nicht auf die des Schuldners ab. Daher bleibt in diesem Fall dem Bürgen die Verweigerung der Inanspruchnahme unter Berufung auf § 770 Abs. 2 BGB verwehrt.²⁰⁶

Die Rechtsfolge ist also nicht mit derjenigen bei § 129 Abs. 3 HGB vergleichbar; bei jener Vorschrift aus dem Recht der OHG kommt es – wie im Lern- und Fallbuch zum Gesellschaftsrecht beschrieben – nach h.M. entgegen dem mit § 770 Abs. 2 BGB übereinstimmenden Wortlaut nicht auf die Aufrechnungsmöglichkeit des Gläubigers, sondern allein auf die Aufrechnungsmöglichkeit der Gesellschaft an.²⁰⁷

²⁰¹ BGHZ 153, 293, 299 = NJW 2003, 1521 (juris-Rn. 18); BGHZ 95, 350 (juris-Rn. 47).

²⁰² Oben § 1 II 1.

²⁰³ Die Aufrechnung setzt nur für die Aktiv-/Gegenforderung die Fälligkeit und Durchsetzbarkeit voraus, während für die Passiv-/Hauptforderung die Erfüllbarkeit genügt; vgl. das Skript zur Vorlesung „Schuldrecht AT“, Stand: 2021, Abschnitt B IV 2 a cc, dd (S. 33 f.).

²⁰⁴ BGHZ 38, 122, 128 = NJW 1963, 244 (juris-Rn. 33 f.).

²⁰⁵ BGHZ 153, 293, 301 = NJW 2003, 1521 (juris-Rn. 23 ff.).

²⁰⁶ Entscheidend ist alleine die Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers: RGZ 137, 34, 36 (ausdrücklich); BGHZ 153, 293, 301 = NJW 2003, 1521 (juris-Rn. 25; implizit).

²⁰⁷ Bitter/Heim, GesR (Fn. 1), § 6 Rn. 26.

d) Abdingbarkeit des § 770 BGB

Wie auf die Rechte aus § 768 BGB kann der Bürge auch auf die ihm durch § 770 BGB gewährten Vergünstigungen individualvertraglich schriftlich (§ 766 S. 1 BGB) verzichten. Gleiches galt nach der früheren Rechtsprechung des BGH sehr allgemein auch für einen formularmäßig erklärten Verzicht. Nach dem Urteil BGHZ 95, 350 aus dem Jahr 1985 tangiert der Verzicht auf die Rechte aus § 770 Abs. 1 BGB den Grundsatz der Akzessorietät der Bürgschaft nicht, weil die Hauptschuld bis zur Erklärung der Anfechtung tatsächlich bestehe.²⁰⁸ Der Verzicht auf die Rechte aus § 770 Abs. 2 BGB ist nach jenem Urteil mit dem Verzicht auf die Einrede der Vorausklage aus § 771 BGB vergleichbar, der bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft schon nach § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB eingreife. Beide Einreden seien Ausprägungen des Grundsatzes der Subsidiarität der Bürgenhaftung, dem jedoch für das Wesen der Bürgschaft nicht die gleiche Bedeutung zukomme wie dem Grundsatz der Akzessorietät.²⁰⁹

Eine Einschränkung des zuletzt genannten Standpunktes brachte jedoch später das Urteil BGHZ 153, 293. Der formularmäßige Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit benachteiligt danach den Bürgen unangemessen, wenn der Ausschluss auch für den Fall gilt, dass die Gegenforderung des Hauptschuldners unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist. Für diesen Fall sei der formularmäßige Ausschluss des § 770 Abs. 2 BGB vergleichbar mit der – durch § 309 Nr. 3 BGB verbotenen – Bestimmung, die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis nimmt, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen. Zwar räume das Gesetz dem Bürgen in § 770 Abs. 2 BGB nur eine schwache Rechtsposition ein. Sein Recht ende nämlich, wenn und soweit der Gläubiger die Gegenforderung erfüllt oder der Hauptschuldner auf sie verzichtet oder mit ihr gegen eine andere Forderung des Gläubigers aufrechnet. Das rechtfertige es aber nicht, die Stellung des Bürgen noch weiter zu schwächen.²¹⁰

Sieht eine Verzichtsklausel keine Ausnahme für die beiden genannten Fälle der unbestrittenen und rechtskräftig festgestellten Gegenforderung des Hauptschuldners vor, ist sie wegen des Verbots geltungserhaltender Reduktion insgesamt unwirksam; sie hat also auch dann keine Wirkung, wenn im konkreten Fall die Gegenforderung des Hauptschuldners weder unbestritten noch rechtskräftig festgestellt ist.²¹¹

2. Bürgschaftsbezogene Einreden

Selbstredend kann der Bürge der Forderung des Gläubigers auch im Hinblick auf die Bürgschaftsforderung bestehende Einreden entgegenhalten. Diese ergeben sich dann originär aus dem Bürgschaftsvertrag.

²⁰⁸ BGHZ 95, 350, 357 = NJW 1986, 43 (juris-Rn. 35).

²⁰⁹ BGHZ 95, 350, 361 = NJW 1986, 43 (juris-Rn. 47).

²¹⁰ BGHZ 153, 293, 300 = NJW 2003, 1521 = ZIP 2003, 621 (juris-Rn. 19); zust. *Habersack/Schürnbrand*, JZ 2003, 848.

²¹¹ BGHZ 153, 293, 300 = NJW 2003, 1521 = ZIP 2003, 621 (juris-Rn. 20).

a) Einreden aus dem Bürgschaftsvertrag

Der Bürge kann der Forderung des Hauptschuldners alle Einreden entgegenhalten, welche aus seinem Rechtsverhältnis mit ihm stammen.

aa) Einrede der Verjährung

Zu denken ist hier insbesondere an die Einrede einer Verjährung der Bürgschaftsschuld (§ 214 Abs. 1 BGB). Die Verjährung beginnt bei einer – in der Kreditpraxis den Regelfall darstellenden – selbstschuldnerischen Bürgschaft i.S.v. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB²¹² gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB im Grundsatz mit Fälligkeit der Hauptforderung. Nach der BGH-Rechtsprechung kann allerdings die Fälligkeit einer selbstschuldnerischen Bürgschaft in den Bürgschafts-AGB von einer Leistungsaufforderung der Bank abhängig gemacht werden²¹³ mit der Folge, dass erst dadurch die Verjährungsfrist zu laufen beginnt.²¹⁴

Die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren ab dem Jahresultimo (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB) kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf fünf Jahre verlängert werden, wenn im Gegenzug zu jenem Nachteil des Bürgen ihm der Vorteil zukommt, dass die Frist abweichend von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB immer zum Ende des Jahres der Fälligkeit beginnt und die Frist von zehn Jahren (§ 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB) nie gelten soll.²¹⁵

bb) Sonstige Einreden

Neben der die Praxis dominierenden Einrede der Verjährung ist beispielsweise auch an eine Stundung der Bürgschaftsschuld für einen bestimmten Zeitraum oder an ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB zu denken, wenn dem Bürgen gegen den Gläubiger ein konnexer Gegenanspruch zusteht. Im Einzelfall kommt auch die Einrede einer treuwidrigen Herbeiführung des Bürgschaftsfalls in Betracht, wenn der Gläubiger – etwa in einer Sanierungssituation – den wirtschaftlichen Zusammenbruch des Hauptschuldners schuldhaft verursacht und jeden Rückgriff des Bürgen vereitelt.²¹⁶

b) Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB)

Ein spezielles Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrag ist in § 771 BGB geregelt, das als „Einrede der Vorausklage“ bezeichnet wird. Dieser Begriff ist insoweit missverständlich, als § 771 BGB vom Gläubiger nicht nur verlangt, dass er zunächst den Hauptschuldner klageweise (oder per Mahnbescheid) in Anspruch nimmt, sondern von ihm

²¹² Zur Einrede der Vorausklage und deren Ausschluss bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft siehe sogleich unten § 2 V 2 b.

²¹³ Wortlaut der Klausel: „Sind die durch die Bürgschaft gesicherten Ansprüche der Bank fällig und erfüllt der Hauptschuldner diese Ansprüche nicht, kann sich die Bank an den Bürgen wenden, der dann auf Grund seiner Haftung als Selbstschuldner nach Aufforderung durch die Bank Zahlung zu leisten hat“.

²¹⁴ BGH ZIP 2013, 816 = NJW 2013, 1803; a.A. z.B. OLG Stuttgart ZIP 2012, 1703.

²¹⁵ BGHZ 205, 83 = ZIP 2015, 1332 = NJW 2015, 2571.

²¹⁶ BGH ZIP 2004, 1589 = NJW 2004, 3779.

auch gewisse Vollstreckungsbemühungen gegenüber dem Hauptschuldner verlangt, ehe er sich an den Bürgen halten kann. Die Obliegenheit des Gläubigers ist in § 772 BGB so ausgestaltet, dass er zunächst versuchen muss, seine Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners beizutreiben. Die Regelung ist – ebenso wie § 770 Abs. 2 BGB²¹⁷ – eine **Ausprägung des Subsidiaritätsgrundsatzes**, wonach der Bürge im Verhältnis zum Hauptschuldner nur nachrangig haften soll.

Das in §§ 771, 772 BGB angeordnete Pflichtenprogramm des Gläubigers kann individualvertraglich erweitert oder – wie bereits die selbstschuldnerische Bürgschaft zeigt (§ 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB) – auch ausgeschlossen oder beschränkt werden. In Erweiterung des § 772 BGB kann beispielsweise vereinbart werden, dass der Gläubiger mehrere erfolglose Vollstreckungsversuche bzw. einen Vollstreckungsversuch an unterschiedlichen Orten unternommen haben muss, ferner dass die Zwangsvollstreckung nicht nur in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners, sondern auch in andere Gegenstände (Grundstücke, Forderungen – insbesondere das Bankkonto –) versucht werden muss.

Beruft sich der Bürge auf sein dilatorisches Leistungsverweigerungsrecht aus § 771 BGB, so hemmt dies die Verjährung der Bürgschaftsforderung (§ 771 S. 2 BGB). Die Zeit, welche der Gläubiger zur Erwirkung eines Titels und die anschließende Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner benötigt, soll nicht zu Lasten des Gläubigers gehen, also nicht das Zeitfenster der möglichen Inanspruchnahme des Bürgen verkürzen.

Wie im Lern- und Fallbuch zum Handelsrecht näher dargestellt, ist die Einrede der Vorausklage aus § 771 BGB gemäß § 349 HGB per Gesetz ausgeschlossen, wenn sich der Abschluss des Bürgschaftsvertrages aus Sicht des Bürgen als Handelsgeschäft darstellt.²¹⁸

VI. Sonderformen der Bürgschaft

Die Bürgschaft gibt es in einer Reihe von Sonderformen, welche Studierende ebenfalls kennen sollten. Sie werden nachfolgend aufgezeigt:

1. Mitbürgschaft (§ 769 BGB)

Gemäß § 769 BGB sind mehrere Bürgen, die sich für dieselbe Verbindlichkeit verbürgen, **Mitbürgen** und **haften als Gesamtschuldner**. Das gilt nach § 769 BGB auch dann, wenn sich die Bürgen zeitlich getrennt, unabhängig oder ohne Kenntnis voneinander²¹⁹ verbürgen. Somit ist nicht erforderlich, dass die Bürgschaftserklärungen auf derselben Vertragsurkunde abgegeben werden oder Bezug aufeinander nehmen.²²⁰

²¹⁷ Dazu oben § 2 V 1 c.

²¹⁸ *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 14), § 7 Rn. 32 ff. mit Fall Nr. 22 – Partnerschaftsvermittlung, ferner auch § 2 Rn. 21 mit Fällen Nr. 2 und 3 – Altstadtkneipe I und II.

²¹⁹ Verpflichten sich Bürgen gemeinschaftlich, dann liegt eine Gesamtschuld bereits nach § 427 BGB vor. Demnach besteht der Regelungszweck des § 769 BGB darin, den Gläubiger abzusichern, indem abweichend von der Auslegungsregel des § 427 BGB eine gesamtschuldnerische Bürgenpflicht auch dann entsteht, wenn die Erklärungen der Bürgen keinen Bezug aufeinander nehmen.

²²⁰ Vgl. BGH NJW 1986, 3131.

Zwingend erforderlich ist indes die **Identität der gesicherten Gläubigerforderung**. Das ist beispielsweise nicht der Fall bei der unten noch näher darzustellenden Nachbürgschaft oder Rückbürgschaft: Bei der Nachbürgschaft verbürgt sich der Bürge für die Bürgschaftsverpflichtung des Hauptbürgen (= Vorbürge); bei der Rückbürgschaft haftet der Rückbürge für den Regressanspruch des Hauptbürgen gegen den Hauptschuldner. Mithin steht in beiden Fällen kein zusätzlicher, neben dem Hauptbürgen tretender Bürge für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners ein, sondern es wird eine *andere* Verbindlichkeit durch den Nach- bzw. Rückbürgen abgesichert. Dann aber fehlt es an der Identität der Verbindlichkeiten.

Weiterhin muss die Verbürgung **gleichstufig** sein. Hieran fehlt es, wenn einer der Bürgen nur einstehen will, soweit der Gläubiger beim Hauptschuldner trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt Befriedigung – auch mit Hilfe sonstiger Personalsicherheiten wie etwa einer bestehenden Regelbürgschaft – nicht erlangen konnte (Ausfallbürgschaft).²²¹ In diesem Fall haftet nämlich der Ausfallbürge erst dann, wenn der Gläubiger sich auch beim Regelbürgen nicht erholen konnte. Stehen hingegen mehrere Bürgen als Teilbürgen ein, so kommt es darauf an, ob sie für verschiedene oder für dieselben Teile der Hauptschuld einstehen. Verpflichten sich mehrere Bürgen für die Hauptforderung auf einen Höchstbetrag (Höchstbetragsbürgschaft), haften sie im Verhältnis zum Gläubiger im Zweifel kumulativ im Sinne einer Addition der Höchstbetragsbürgschaften auf den gesamten Betrag der Hauptforderung²²², und nicht nur beschränkt auf den sich deckenden Betrag der Bürgschaften.

Beispiel: Bank B gewährt der S-GmbH (Hauptschuldnerin) einen Kredit i.H.v. 500.000 EUR. Selbstschuldnerisch verbürgt sich der Geschäftsführer der Hauptschuldnerin GF bis zum Höchstbetrag von 350.000 EUR. Weiterhin übernimmt die Ehefrau E des GF eine selbstschuldnerische Bürgschaft beschränkt auf den Betrag von 150.000 EUR. Gesamtschuldnerisch haften GF und E im Außenverhältnis für die ganze Kreditschuld von 500.000 EUR, dies allerdings jeweils summenmäßig beschränkt (auf 350.000 EUR bzw. 150.000 EUR). Wird beispielsweise der Kredit auf 350.000 Euro zurückgeführt, kann E nicht geltend machen, jetzt hafte nur noch GF mit seiner Höchstbetragsbürgschaft. Vielmehr haften nach wie vor GF und E gesamtschuldnerisch auf jenen verbleibenden Gesamtbetrag, E jedoch summenmäßig beschränkt auf 150.000 EUR.

Nach § 769 BGB entsteht bei der Mitbürgschaft ein **gesetzliches Gesamtschuldverhältnis**; für die Rechtsbeziehung zum Gläubiger sind folglich die im Skript zur Vorlesung „Schuldrecht AT“ näher dargestellten §§ 421 – 425 BGB²²³ maßgeblich. Dem Gläubiger steht insbesondere nach § 421 BGB ein **Wahlrecht** zu, in welcher Reihenfolge und in welchem Umfang er die gesamtschuldnerischen Bürgen in Anspruch nimmt.

Beispiel: In dem o.g. Fall des auf 350.000 EUR zurückgeführten Kredits kann sich B aussuchen, ob sie zunächst auf GF oder E zugreifen will.

²²¹ BGH NJW 1986, 3131 (juris-Rn. 33 ff.); zur Ausfallbürgschaft s.u. § 2 VI 5.

²²² OLG Hamm WM 1984, 829, 832; MünchKommBGB/*Habersack* (Fn. 191), § 769 Rn. 2.

²²³ Siehe zur Gesamtschuld das Skript zur Vorlesung „Schuldrecht AT“, Stand: 2021, Abschnitt D I 2 (S. 74 ff.).

Ist einer der Bürgschaftsverträge unwirksam, so bleibt die Gültigkeit der anderen Bürgschaftsverpflichtung hiervon unberührt, es sei denn, im Verhältnis zwischen Bürgen und Gläubiger wurde eine abweichende Abrede getroffen.²²⁴

Im **Innenverhältnis** haften die Bürgen gemäß § 774 Abs. 2 BGB bereits mit Zustandekommen²²⁵ des Gesamtschuldverhältnisses nach § 426 BGB grundsätzlich zu gleichen Anteilen.²²⁶

Beispiel: Hätte E in dem o.g. Fall des auf 350.000 EUR zurückgeführten Kredits ebenfalls eine Höchstbetragsbürgschaft i.H.v. 350.000 EUR übernommen und würde B nur sie in Anspruch nehmen, könnte sie GF nach Zahlung jener 350.000 EUR grundsätzlich i.H.v. 175.000 EUR aus § 426 Abs. 1 BGB sowie § 426 Abs. 2 BGB i.V.m. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB in Regress nehmen. Während bestehender Ehe ist jener Gesamtschuldnerregress allerdings im Regelfall ausgeschlossen.²²⁷

Haften die Mitbürgen jedoch auf unterschiedliche Höchstbeträge, so kommt es zu einer von der Grundregel des § 426 BGB abweichenden Verteilung im Innenverhältnis, wie später bei der allgemeinen Diskussion der Regressproblematik noch darzustellen sein wird.²²⁸

2. Höchstbetragsbürgschaft

Bei der Höchstbetragsbürgschaft haftet der Bürge zwar für den gesamten Umfang der Hauptforderung, allerdings betragsmäßig auf einen bestimmten Höchstbetrag begrenzt. Zweck ist es, das **Risiko** des Bürgen zu **beschränken**. In der Praxis werden Höchstbetragsbürgschaften regelmäßig dann abgeschlossen, wenn zwischen Gläubiger und Hauptschuldner mehrere, wechselnde Forderungen im Rahmen von langlaufenden Geschäftsbeziehungen bestehen, wodurch für einen Bürgen das potenzielle Haftungsrisiko ohne betragliche Begrenzung unvorhersehbar werden könnte. Zahlt der Hauptschuldner einen Teil seiner Schuld zurück, so wird der Höchstbetragsbürge von seiner Verpflichtung insoweit frei, wie aufgrund der Zahlung die Hauptschuld unter den Bürgschaftshöchstbetrag sinkt.²²⁹

Durch die Höchstbetragsbürgschaft wird der Bürge auch **gegen nachteilige Veränderungen der Hauptschuld abgesichert**; die an früherer Stelle²³⁰ erläuterten Vorschriften zum Umfang der Bürgenhaftung in § 767 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB sind dementsprechend abbedungen: Der Haftungsbetrag des Bürgen kann weder durch Verzug oder Verschulden des Hauptschuldners noch durch etwaige Kosten der Rechtsverfolgung überschritten werden.²³¹ Ausschließlich

²²⁴ RGZ 138, 270; Palandt/*Sprau* (Fn. 110), § 769 Rn. 2.

²²⁵ BGH NJW 1986, 3131 (juris-Rn. 15).

²²⁶ Näher zum Regress unter Mitbürgen unten § 2 VII 2.

²²⁷ Siehe die detaillierten Hinweise in der Lösung zu Fall Nr. 17 – High Definition (Frage 2) zur Vorlesung „Schuldrecht AT“.

²²⁸ Siehe unten § 2 VII 2 bei Fn. 298.

²²⁹ *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht (Fn. 16), S. 48.

²³⁰ Oben § 2 III 3.

²³¹ BGHZ 151, 374, 383 = NJW 2002, 3167, 3169 (juris-Rn. 24), jedoch nur bezüglich § 767 Abs. 1 S. 2 BGB; nach ganz h.M. gilt indes für Abs. 2 selbiges, vgl. *Fischer*, in *Lwowski/Fischer/Gehrlein*, Das Recht der Kreditsicherung, 10. Aufl. 2018, § 9 Rn. 178 in Fn. 539.

eigene Pflichtverletzungen des Bürgen (z.B. Verzug²³²) können über den Höchstbetrag hinausgehende Ansprüche des Gläubigers begründen.

Die Kreditwirtschaft hat in der Praxis lange Zeit die Einstandspflicht des Höchstbetragsbürgen auszudehnen gesucht, indem in Formulklauseln die Bürgenhaftung auf **Nebenforderungen** – insbesondere Zinsen, Provisionen und Kosten – erstreckt wurde, welche im Zusammenhang mit der Hauptforderungen anfielen, auch wenn hierdurch der vereinbarte Haftungshöchstbetrag überschritten wurde.

Beispiel:²³³

(1) Ich übernehme hiermit für alle Ansprüche, die Ihrer Bank aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung mit X, insbesondere aus der Gewährung von Krediten jeder Art, ferner aus Bürgschaften und aus Wechseln zustehen, die Bürgschaft als Selbstschuldner bis zu einem Kapitalbetrag von 600.000 EUR.

(2) Ferner verbürge ich mich für die zugehörigen Zinsen, Provisionen, Spesen und Kosten jeder Art, auch soweit die Zinsen usw. zum Kapital geschlagen werden und dadurch die Bürgschaftssumme überschritten wird.

Solche Klauseln (Ziff. 2) wurden über eine längere Zeit hinweg von der Rechtsprechung nicht beanstandet, bis der BGH im Jahr 2002 mit Blick auf den wirtschaftlichen Zweck der Höchstbetragsbürgschaft eine klauselmäßige Ausweitung auf Nebenforderungen für **unwirksam** erklärt hat.²³⁴ Die besondere Form der Höchstbetragsbürgschaft diene dem Zweck, das Haftungsrisiko des Bürgen summenmäßig endgültig festzulegen. Eine solche Risikoeinschränkung könne auch dann vorgenommen werden, wenn sich die Verpflichtung des Bürgen auf mehrere Gläubigerforderungen bezieht und diese den vereinbarten Höchstbetrag übersteigen. Gesichert seien dann alle Ansprüche, jedoch im Gesamtergebnis nur bis zu dem vertraglich festgelegten Höchstbetrag, unabhängig davon, in welchem Umfang dem Gläubiger Forderungen gegen den Hauptschuldner zustehen. Der in dieser Begrenzung liegende vertragswesentliche Schutz des Bürgen werde durch eine Erweiterungsklausel weitgehend beseitigt. Es bestünde auch die Gefahr, dass der Bürge nicht mehr feststellen kann, auf welchen Betrag sich seine Verpflichtung beläuft, bevor er nicht die Entwicklung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners in allen Einzelheiten überprüft hat. Damit begründe die Klausel für den Bürgen in mehrfacher Hinsicht ein nicht kalkulierbares Risiko, das nach dem Sinn und Zweck einer Höchstbetragsbürgschaft gerade ausgeschaltet sein soll.

3. Nachbürgschaft

Bei der Nachbürgschaft wird eine (bestehende) Bürgschaft durch eine weitere Bürgschaft „unterfüttert“. Der Nachbürge verbürgt sich gegenüber dem Gläubiger für die Verbindlichkeit des Vorbürgens (= Hauptbürge). Hinter die erste Bürgschaft wird also zur Absicherung eine

²³² Vogel/Schmitz, NJW 2011, 2096.

²³³ Nach BGH NJW 1994, 2146 (aktualisiert und vereinfacht).

²³⁴ BGHZ 151, 374, 382 = NJW 2002, 3167, 3169 (juris-Rn. 22).

zweite Bürgschaft geschaltet, wobei im Verhältnis zwischen Vorbürgen und Nachbürgen dem Vorbürgen die Rechtsstellung eines Hauptschuldners zukommt.²³⁵

Aus rechtlicher Sicht **steht der Nachbürge für die Bürgschaftsverbindlichkeit des Vorbürgen ein**; wirtschaftlich betrachtet haftet er indes auch für die Forderung des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner.²³⁶ Weil sich die Hauptschuld gemäß §§ 767 f. BGB jeweils auf die Bürgschaftsschuld auswirkt²³⁷ und die Schuld aus der Vorbürgschaft die Hauptschuld in Bezug auf die Nachbürgschaft ist, entsteht eine Kette von Einwendungen und Einreden beginnend beim Hauptschuldner über den Vorbürgen zum Nachbürgen. Der Nachbürge kann folglich gegenüber dem Gläubiger sowohl die Einwendungen und Einreden des Hauptschuldners als auch diejenigen des Vorbürgen geltend machen.²³⁸

Beispiel: Der Hauptschuldner, Käufer einer Sache, kann sich gegenüber dem Kaufpreisanspruch des Verkäufers (Gläubigers) bei Mängeln der Sache im Hinblick auf seinen Nacherfüllungsanspruch aus § 439 BGB auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags aus § 320 BGB berufen. Diese Einrede des § 320 BGB kann auch der Vorbürge gemäß § 768 BGB gegenüber dem Gläubiger erheben und muss daher ebenfalls nicht zahlen, solange der Verkäufer nicht nacherfüllt. Da der Nachbürge für jene Schuld des Vorbürgen haftet, kann der Nachbürge gemäß § 768 BGB die sich aus § 768 BGB ergebende Einrede des Vorbürgen (= Hauptschuldner in Bezug auf die Nachbürgschaft) erheben, welche sich – wie dargelegt – aus der Einrede des Käufers (= Hauptschuldner in Bezug auf die Vorbürgschaft) gemäß § 320 BGB ableitet. Über die doppelte Anwendung des § 768 BGB kann folglich der Nachbürge die Einreden aus dem Kaufvertrag erheben.

War die Sache nicht mangelhaft, steht aber dem Vorbürgen die Einrede der Vorausklage aus § 771 BGB zu, kann sich darauf gemäß § 768 BGB auch der Nachbürge berufen, selbst wenn er sich selbstschuldnerisch verbürgt haben sollte. Die Einrede aus §§ 768, 771 BGB bezieht sich in diesem Fall jedoch nur auf das Erfordernis einer vorherigen Vollstreckung gegen den Vorbürgen (= Hauptschuldner der Nachbürgschaft).

Befriedigt der Nachbürge den Gläubiger, so gehen nach § 774 Abs. 1 S. 1 BGB dessen Forderung gegen den Hauptschuldner sowie die Rechte des Gläubigers gegen den Vorbürgen gemäß §§ 412, 401 BGB auf den Nachbürgen über.²³⁹

4. Rückbürgschaft

Von der Nachbürgschaft, die der zusätzlichen Absicherung des Gläubigers der Hauptschuld dient, ist die Rückbürgschaft zu unterscheiden, mit welcher sich der Hauptbürge abzusichern sucht.

a) Inhalt der Rückbürgschaft

Befriedigt der Bürge den Gläubiger, so trägt er das Risiko, mit seiner Regressforderung gegen den Hauptschuldner auszufallen. Hiergegen kann er sich durch eine Rückbürgschaft

²³⁵ BGHZ 73, 94, 96 f. = WM 1979, 144, 145; *Fischer*, in Lwowski/Fischer/Gehrlein (Fn. 231), § 9 Rn. 181; MünchKommBGB/*Habersack* (Fn. 191), § 765 Rn. 117.

²³⁶ *Fischer*, in Lwowski/Fischer/Langenbacher (Fn. 231), § 9 Rn. 181.

²³⁷ Vgl. dazu oben § 2 III 1, IV 1 und V 1.

²³⁸ MünchKommBGB/*Habersack* (Fn. 191), § 765 Rn. 127; *Fischer*, in Lwowski/Fischer/Gehrlein (Fn. 231), § 9 Rn. 181.

²³⁹ OLG Köln WM 1995, 1224, 1227.

absichern: Der Rückbürge verpflichtet sich mittels Rückbürgschaft gegenüber dem Hauptbürgen, **für die Erfüllung etwaiger Rückgriffsansprüche des Hauptbürgen gegen den Hauptschuldner einzustehen**, sodass Gläubiger des Rückbürgen der Hauptbürge ist; Hauptschuldner bleibt der Hauptschuldner der vom Hauptbürgen verbürgten Verbindlichkeit.²⁴⁰

Beispiel:²⁴¹ Gemeinde G beauftragte 1978 das Bauunternehmen U mit der Errichtung eines Wirtschaftsweges im Gemeindegebiet. U hatte eine Bankbürgschaft beizubringen, weshalb sie mit der Bank B ein Bankaval abschloss. B übernahm die Bürgschaftspflicht hinsichtlich des Erfüllungsanspruchs von G und ließ sich die Rückgriffsansprüche gegen U von S absichern (= Rückbürgschaft), der zum damaligen Zeitpunkt der Schwiegervater des Geschäftsführers von U war.

Da der Rückbürge etwaige Regressansprüche des Hauptbürgen gegen den Hauptschuldner verbürgt, kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn eine entsprechende Forderung des Hauptbürgen entstanden ist. Es gelten demnach auch hier die allgemeinen Regeln des Bürgschaftsrechts: Gemäß §§ 765, 767 BGB ist die Bürgschaft akzessorisch zur abgesicherten Hauptforderung. Im Falle der Rückbürgschaft entsteht die Hauptforderung – der Regressanspruch – erst dann, wenn der Gläubiger durch den Hauptbürgen befriedigt ist.²⁴² Durch die Rückbürgschaft wird demzufolge ein künftiger Anspruch i.S.d. § 765 Abs. 2 BGB abgesichert.

Denkbar ist auch eine Kombination aus Rück- und Nachbürgschaft. Durch eine Rückbürgschaft kann sich auch ein Nachbürge für seine Verpflichtung, für die Bürgschaftsverbindlichkeit eines Hauptbürgen einzustehen, absichern. In dem Fall sichert der Rückbürge den Rückgriffsanspruch des Nachbürgen gegen den Hauptbürgen ab.²⁴³

b) Konsequenzen einer Erfüllung der Rückbürgschaft

Befriedigt der Rückbürge den Hauptbürgen, so geht der gesicherte Rückgriffsanspruch des Hauptbürgen gegen den Hauptschuldner nach Maßgabe des § 774 Abs. 1 S. 1 BGB auf den Rückbürgen über.²⁴⁴ Dieser übergehende Rückgriffsanspruch des Hauptbürgen hat eine doppelte Basis: Zum einen ergibt er sich aus dem Innenverhältnis zwischen Hauptschuldner und Hauptbürge zumeist aus § 670 BGB aufgrund eines Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnisses (ggf. i.V.m. § 675 BGB). Daneben dient jedoch auch die Hauptforderung aus dem Verhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner dem Rückgriff, welche durch die Leistung des Hauptbürgen gemäß § 774 Abs. 1 S. 1 BGB auf diesen übergegangen ist. Insoweit kommt es dann bei Befriedigung des Hauptbürgen durch den Rückbürgen zu einem erneuten Übergang jener Hauptforderung auf den Rückbürgen. Diesen Übergang kann man in zweierlei Form begründen: Entweder geht man auch insoweit von einem Übergang gemäß § 774 Abs. 1 S. 1 BGB aus, falls man beide Regressforderungen des Hauptbürgen (aus dem Innen- und

²⁴⁰ BGHZ 73, 94 (96, 98) = NJW 1979, 415, 416; BGHZ 95, 375, 379 = NJW 1986, 310, 311; *Fischer*, in *Lwowski/Fischer/Gehrlein* (Fn. 231), § 9 Rn. 183.

²⁴¹ Sachverhalt vereinfacht nach BGHZ 95, 375.

²⁴² BGHZ 95, 375, 380 = NJW 1986, 310, 311.

²⁴³ BGHZ 73, 94, 96 f. = NJW 1979, 415, 416; *Fischer*, in *Lwowski/Fischer/Gehrlein* (Fn. 231), § 9 Rn. 183.

²⁴⁴ *Reinicke/Tiedtke*, *Kreditsicherung*, 5. Auf. 2006, Rn. 428.

Außenverhältnis) als durch den Rückbürge abgesichert ansieht. Oder man sieht die auf den Hauptbürgen übergegangene Hauptforderung als ein Nebenrecht i.S.d. §§ 412, 401 BGB an, welches den Innenregress absichert und folglich zusammen mit jener Forderung auf den Rückbürgen übergeht.²⁴⁵ Der Rückbürge nimmt folglich beim Hauptschuldner aus § 774 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 670 BGB (des Hauptbürgen) sowie im Wege einer doppelten Anwendung des § 774 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. aus einem Übergang gemäß §§ 412, 401 BGB aus der Hauptforderung Regress. Zusätzlich kann sich auch noch aus dem Innenverhältnis zwischen Hauptschuldner und Rückbürge ein eigener Regressanspruch des Letzteren aus § 670 BGB (ggf. i.V.m. § 675 BGB) oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) gemäß §§ 670, 683, 677 BGB ergeben.

5. Ausfallbürgschaft

Während die Nach- und Rückbürgschaft einer *Verbesserung* der Position des Gläubigers bzw. Hauptbürgen dienen, ist es bei der Ausfallbürgschaft umgekehrt so, dass die **Einstandspflicht des Bürgen erhöhten Anforderungen unterworfen** wird.

a) Inhalt der Ausfallbürgschaft

Der Ausfallbürge haftet dem Gläubiger erst für den **endgültigen Ausfall** der Hauptforderung. Mit der Hauptforderung ausgefallen ist der Gläubiger, wenn er trotz **Anwendung gehöriger Sorgfalt** keine Befriedigung erlangen konnte, etwa durch Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners oder durch Verwertung anderer Sicherheiten.²⁴⁶ Bei der Ausfallbürgschaft ist das vom Bürgen übernommene Haftungsrisiko demnach enger begrenzt. Gleichwohl trifft ihn das Risiko der Verwertbarkeit etwaiger vorrangiger Sicherheiten, beispielsweise der Werthaltigkeit eines dinglichen Sicherungsrechts oder der Bonität eines anderen Bürgen. Ein diesbezüglicher Irrtum des Ausfallbürgen über sein Haftungsrisiko ist grundsätzlich unbeachtlich und entbindet ihn nicht von seiner Einstandspflicht.²⁴⁷

Der Ausfall des Gläubigers mit der Hauptforderung ist **Anspruchsvoraussetzung**.²⁴⁸ Der Gläubiger ist dementsprechend darlegungs- und beweisbelastet für (a) den endgültigen Eintritt des Forderungsausfalls und dass er (b) gehörige Sorgfalt angewandt, mithin nicht durch Nachlässigkeit den Ausfall mitverursacht hat.²⁴⁹ Der Gedanke hierhinter ist, dass der Gläubiger weit eher in der Lage ist, den Geschehensablauf und die Gründe für den Forderungsausfall nachzuvollziehen und entsprechend darzulegen.²⁵⁰

²⁴⁵ In letzterem Sinne *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht (Fn. 16), S. 144 f.

²⁴⁶ BGH WM 1998, 976, 979; BGH NJW 1999, 1467, 1469 f.

²⁴⁷ BGH WM 1989, 707, 708; *Fischer*, in Lwowski/Fischer/Gehrlein (Fn. 231), § 9 Rn. 175.

²⁴⁸ BGH NJW 1999, 1467, 1470; von einer aufschiebenden Bedingung geht *Knütel*, in: Festschrift für Flume I, 1978, S. 559, 573 m.w.N. aus.

²⁴⁹ *Fischer*, in Lwowski/Fischer/Gehrlein (Fn. 231), § 9 Rn. 174.

²⁵⁰ BGH NJW 1999, 1467, 1470.

Weil der Ausfall des Bürgen – und damit auch der erfolglose Versuch der Zwangsvollstreckung – zum anspruchsbegründenden Tatbestand gehört, bedarf es seitens des Bürgen nicht der Einrede der Vorausklage nach § 771 BGB.²⁵¹ Den Parteien steht es grundsätzlich frei, die Haftungspflicht des Ausfallbürgen – auch über Allgemeine Geschäftsbedingungen – zu gestalten. Jedoch sind solche Klauselbedingungen unwirksam, welche die Haftung des Ausfallbürgen ihrer Rechtsnatur nach wesentlich verändern, insbesondere erheblich niedrigeren Voraussetzungen unterwerfen. So hat der BGH eine Klausel als überraschend eingestuft (§ 305c BGB), derzufolge der Forderungsausfall spätestens sechs Monate nach Anzeige des Gläubigers an den Bürgen über rückständige Leistungen des Hauptschuldners in Höhe der dann noch rückständigen Beträge als festgestellt galt.²⁵² Durch die zeitlich fingierte Feststellung des Forderungsausfalls würde nämlich der Gläubiger von seiner Obliegenheit befreit, mit gehöriger Sorgfalt den Erhalt der Hauptforderung zu betreiben. Eine dahingehende Vertragsklausel wird folglich nicht Vertragsbestandteil (vgl. die Rechtsfolge des § 305c BGB).

bb) Verhältnis zu weiteren (Personal-)Sicherheiten

Eine Ausfallbürgschaft kann neben weitere (Personal-)Sicherheiten treten. So kann sich beispielsweise für die Hauptforderung ein Bürge selbstschuldnerisch (= Regelbürge) und zusätzlich ein Ausfallbürge für den Forderungsausfall verbürgen. Anders als der Nachbürge steht der Ausfallbürge nicht für die Bürgschaftsverbindlichkeit des Regelbürgen ein, sondern er haftet ebenfalls für die Hauptschuld, dies jedoch mit der Besonderheit, dass seine Haftung im Verhältnis zur Regelbürgschaft **subsidiär** ausgestaltet ist. Sie greift also nur ein, wenn der Gläubiger *insgesamt* erfolglos versucht hat, die Forderung beim Regelbürgen zu betreiben, d.h. alle möglichen Wege gegangen ist, um die Hauptforderung auch bei jenem Regelbürgen zu erlangen. Während der Nachbürge also bereits dann einzustehen hat, wenn der Sicherungsfall eintritt und der Hauptbürge seiner Bürgschaftsverpflichtung nicht nachkommen kann, muss bei der Ausfallbürgschaft darüber hinausgehend feststehen, dass der Gläubiger bei aller Sorgfalt keine andere Möglichkeit hatte, Befriedigung aus der Hauptforderung zu erlangen.

Bestehen Regel- und Ausfallbürgschaft nebeneinander, scheidet eine Mitbürgschaft i.S.d. § 769 BGB zwischen Ausfall- und Regelbürge aus, weil die Ausfallbürgschaft im Verhältnis zur Regelbürgschaft subsidiär ist und es dadurch an der Gleichstufigkeit der Bürgschaftsverpflichtungen fehlt.²⁵³

c) Konsequenzen einer Erfüllung der Ausfallbürgschaft

Sofern ein Ausfallbürge den Gläubiger befriedigt, gehen – nach allgemeinen Regeln – mit der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auch alle Nebenrechte nach § 774 Abs. 1 i.V.m. §§ 412, 401 BGB über. Besteht neben der Ausfallbürgschaft eine

²⁵¹ BGH ZIP 2012, 966, 967 f. (juris-Rn. 22); NJW 2002, 2869, 2870; 1999, 1467, 1470; Münch-KommBGB/Habersack (Fn. 191), § 765 Rn. 115.

²⁵² BGH WM 1998, 976, 979.

²⁵³ BGH ZIP 2012, 966, 967 f. (juris-Rn. 22); s. bereits oben bei § 2 VI 1.

Regelbürgschaft, geht folglich auch die Bürgschaftsforderung des Gläubigers gegen den Regelbürgen auf den Ausfallbürgen über.²⁵⁴

Daneben gewährt der BGH dem Ausfallbürgen im Innenverhältnis zum Regelbürgen einen Ausgleichsanspruch nach § 774 Abs. 2 BGB i.V.m. § 426 Abs. 1 BGB.²⁵⁵ Das überrascht auf den ersten Blick, denn schließlich liegt – wegen der Subsidiarität der Ausfallbürgschaft – keine Mitbürgschaft i.S.d. § 774 Abs. 2 BGB vor. Die Rechtsprechung gelangt zum Ausgleichsanspruch indes über einen werten Vergleich zur Rechtslage, wie sie bestünde, wenn gleichstufig zwei Regelbürgen haften würden: In dem Fall entsteht – wie oben dargelegt²⁵⁶ – kraft gesetzlichen Gesamtschuldverhältnisses nach § 774 Abs. 2 BGB i.V.m. § 426 Abs. 1 BGB ein Ausgleichsanspruch des zahlenden Regelbürgen gegen den vom Gläubiger nicht in Anspruch genommenen zweiten Regelbürgen. Hierdurch wird gewährleistet, dass der zahlende Regelbürge auch dann Ausgleich nehmen kann, wenn sowohl die auf ihn nach § 774 Abs. 1 BGB übergegangene Hauptforderung als auch die nach §§ 412, 401 BGB erlangte Bürgschaftsforderung einredebehaftet ist. Verwehrte man demgegenüber dem Ausfallbürgen den Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis, so würde dieser schlechter stehen als ein Regelbürge, weil er Ausgleich nur über die erlangte Haupt- und Bürgschaftsforderung suchen könnte, denen gegenüber er sich ggf. Einreden und Einwendungen aus dem jeweiligen Rechtsverhältnis ausgesetzt sehen würde. Die Ausfallbürgschaft und die damit einhergehend stärkere Haftungssubsidiarität soll den Ausfallbürgen indes besser und nicht schlechter stellen als einen Regelbürgen. Deshalb muss die unter mehreren Regelbürgen nach § 426 Abs. 1 BGB bestehende Ausgleichspflicht nach Ansicht des BGH auch zugunsten des im Verhältnis zum Regelbürgen subsidiär haftenden Ausfallbürgen gelten. Der Ausfallbürge kann hierbei im Innenverhältnis im vollen Umfang der Schuldtilgung Rückgriff beim Regelbürgen nehmen. Denn der Regelbürge haftet im Verhältnis zum Ausgleichsbürgen vorrangig, sodass i.S.d. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB „ein anderes bestimmt ist“.²⁵⁷

Beispiel:²⁵⁸ Bank B gewährte 2012 der Existenzgründerin E einen Kredit i.H.v. 100.000 EUR, für den sich ihr Ehemann M selbstschuldnerisch verbürgte. Daneben übernahm eine Selbsthilfeeinrichtung S des Landes L eine Ausfallbürgschaft bis zum Höchstbetrag von 80.000 EUR. Anfang 2014 wurde M in die Liste der Insolvenzen und Schuldverzeichnisse aufgenommen. Bereits Ende 2013 kündigte B wegen Zahlungsverzugs den Kreditvertrag gegenüber E. B nahm sodann S in Höhe der Kreditausfallsumme in Anspruch, die sie Mitte 2014 mit 78.000 EUR bezifferte. S zahlte hierauf an B die geltend gemachte Ausfallsumme und forderte von M (= Regelbürge) – unter Berücksichtigung der Ergebnisse aus der Verwertung anderweitiger Sicherheiten – Regress i.H.v. 30.000 EUR. Der BGH bejahte einen solchen Anspruch entsprechend § 774 Abs. 2, § 426 Abs. 1 BGB.

²⁵⁴ BGH ZIP 2012, 966 m.w.N.

²⁵⁵ BGH ZIP 2012, 966, 968 (juris-Rn. 24 ff.).

²⁵⁶ Oben § 2 VI 1.

²⁵⁷ BGH ZIP 2012, 966, 968 (juris-Rn. 25).

²⁵⁸ Nach BGH ZIP 2012, 966 (vereinfacht).

6. Bürgschaft auf erstes Anfordern

a) Gegenstand und Wirkung

Die Bürgschaft auf erstes Anfordern ist gesetzlich nicht geregelt, sondern wurde durch Vertragsgestaltung im unternehmerischen Rechtsverkehr entwickelt und von der Rechtsprechung als Ausdruck der Vertragsautonomie anerkannt.²⁵⁹ Mit der Bürgschaft auf erstes Anfordern wurde das früher im internationalen Geschäftsverkehr übliche Bardepot²⁶⁰ abgelöst. Heutzutage spielen Bürgschaften auf erstes Anfordern bei der Konzernfinanzierung, im Außenhandel, im Geschäftsverkehr zwischen Banken und im Baugewerbe eine Rolle.²⁶¹

Beispiel: Die Unternehmen U1 und U2 gründen eine Zweckgesellschaft (*Special Purpose Vehicle*, SPV), die den Bau eines Großkraftwerks realisieren soll. Bank B tritt als Finanzierer auf und gewährt dem SPV einen Startfinanzierungskredit i.H.v. 10 Mio. EUR, welcher zur Rückzahlung erst fällig wird, wenn die Zweckgesellschaft nach Verwirklichung des Projekts das Großkraftwerk erfolgreich veräußert hat. Um sich vor etwaigen Ausfallrisiken abzusichern, lässt sich B jeweils von U1 und U2 eine Bürgschaft auf erstes Anfordern einräumen.

Wirtschaftlicher Zweck der Bürgschaft auf erstes Anfordern ist es, dem Gläubiger möglichst **schnell liquide Mittel** aus der Bürgschaftsforderung zu verschaffen.²⁶² Um dies zu erreichen, werden zum einen reduzierte, stark **formalisierte Anforderungen** an den Gläubiger gestellt, um die Bürgschaftsforderung abrufen zu können: Er muss nur behaupten, der Bürgschaftsfall sei eingetreten. Zum anderen wird der Bürge mit Einwänden und Einreden hiergegen weitestgehend nicht gehört, sondern darauf verwiesen, diese in einem gesonderten **Rückfordnungsprozess** gegen den Gläubiger²⁶³ geltend zu machen.²⁶⁴ Insbesondere braucht der Gläubiger, der aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern den Bürgen zur Zahlung auffordert, nicht schlüssig darzulegen, dass die Hauptforderung besteht und fällig geworden ist.²⁶⁵ Er muss nur diejenigen Voraussetzungen behaupten, die für jeden Dritten aus der Bürgschaftsurkunde nachvollziehbar als maßgeblich benannt werden.

Der Bürge kann dementsprechend dem Gläubiger keine Einwendungen in Bezug auf den Bestand oder die Höhe der Hauptforderung entgegenhalten, ferner auch nicht die sich aus der Hauptforderung ergebenden Einreden nach § 768 BGB. Im Bürgschaftsprozess kann er dem Gläubiger ausnahmsweise nur solche Einwendungen und Einreden entgegenhalten, die sich

²⁵⁹ BGHZ 74, 244, 247 = NJW 1979, 1500, 1501 (juris-Rn. 24).

²⁶⁰ Das Bardepot stellte nach Maßgabe des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) eine Zwangseinlage dar, die im Inland bei der Deutschen Bundesbank für im Ausland aufgenommene Kredite gehalten werden musste. Zweck war es, Kapitalzuflüsse aus dem Ausland zu begrenzen. Das Bardepot war für etwaige Schuldner insoweit nachteilig, als dass sie über die dort gebundene Liquidität nicht mehr frei verfügen konnten. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern ermöglicht es ihnen hingegen, über ihre Mittel frei zu disponieren.

²⁶¹ *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht (Fn. 16), S. 108 m.w.N.

²⁶² *Fischer*, in *Lwowski/Fischer/Gehrlein* (Fn. 231), § 9 Rn. 139.

²⁶³ Zum Entstehungszeitpunkt des Rückgriffsanspruchs des Bürgen gegen den Hauptschuldner aus dem Innenverhältnis vgl. unten § 2 VII 1 b.

²⁶⁴ *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht (Fn. 16), S. 108 f.

²⁶⁵ BGH WM 1996, 2228, 2229.

entweder aus der Bürgschaftsurkunde selbst oder aus dem unstreitigen Sachverhalt ergeben und das Begehren des Gläubigers als rechtsmissbräuchlich klar auf der Hand erscheinen lassen.²⁶⁶

Dementsprechend sind etwaige Streitfragen – auch mit Blick auf Bestand und Höhe der Hauptforderung – im Rückforderungsprozess zu klären.²⁶⁷ Hierzu gehört etwa auch der Einwand des Bürgen, die Einstandspflicht sei zeitlich begrenzt gewesen oder die zugrunde liegenden Voraussetzungen wieder entfallen.²⁶⁸ Folge ist, dass der Bürge das Insolvenzrisiko des Gläubigers im Rückforderungsprozess trägt.

Durch die Bürgschaft auf erstes Anfordern wird die Akzessorietät zur Hauptforderung nicht aufgehoben; vielmehr begründet sie nur eine vorläufige Zahlungspflicht des Bürgen, um dem Gläubiger zügig liquide Mittel zu verschaffen. Dabei soll indes die Zahlungspflicht des Bürgen – anders als bei der Garantie – nicht unabhängig von der Existenz der Hauptschuld bestehen.²⁶⁹ Stattdessen soll die Frage nach der Hauptforderung zu einem späteren Zeitpunkt geklärt werden. Die akzessorische Verknüpfung zwischen Hauptschuld und Bürgschaft ist somit nicht aufgehoben, sondern lediglich auf den Rückforderungsprozess verlagert. Für die Klausur bedeutet das: Auch die Bürgschaft auf erstes Anfordern ist nach dem oben dargelegten, allgemein gültigen Prüfungsschema zu prüfen, indes mit der Besonderheit, dass jenes Schema regelmäßig in einen Rückforderungsanspruch eingebettet sein wird, der sich nach der Rechtsprechung aus § 812 BGB ergibt²⁷⁰, richtigerweise aber wohl eher direkt aus dem Sicherungsvertrag folgt.²⁷¹

Wegen der **hohen Risiken**, die mit der Bürgschaft auf erstes Anfordern verbunden sind, war teilweise strittig, (1) welche Personen eine Verpflichtung aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern eingehen könnten und (2) ob dies auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen oder nur individualvertraglich wirksam vereinbart werden kann:

Während der BGH ursprünglich die Ansicht vertrat, die Bürgschaft auf erstes Anfordern sei aufgrund der Risikolage nur Kreditinstituten vorbehalten²⁷², wurde diese Sichtweise auf **formulärmäßige** Verpflichtungserklärungen von Unternehmen, zu deren Geschäftsbetrieb entsprechende Erklärungen typischerweise gehören, erweitert.²⁷³ Hingegen soll im Rahmen der Vertragsfreiheit jedermann **individualvertraglich** eine Bürgschaft auf erstes Anfordern erteilen können, soweit die sich verbürgende Partei mit dem Inhalt und den Rechtsfolgen einer dahingehenden Bürgschaft hinreichend vertraut ist.²⁷⁴ Ist hingegen besonderer Schutz von Personen geboten, die aufgrund ihrer Kenntnisse und Erfahrungen den Inhalt und die Rechtsfolgen

²⁶⁶ BGH NJW 1996, 717; *Fischer*, in Lwowski/Fischer/Gehrlein (Fn. 231), § 9 Rn. 139.

²⁶⁷ BGH NJW 1996, 717, 718; BGH WM 2002, 2192, 2193.

²⁶⁸ BGH NJW 1996, 717, 718; BGH NJW-RR 1989, 1324, 1325.

²⁶⁹ Vgl. dazu einleitend oben § 1 II 1 und 3.

²⁷⁰ BGH WM 1989, 709, 710; WM 1992, 773, 776.

²⁷¹ *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht (Fn. 16), S. 109.

²⁷² BGH WM 1990, 1410 (Leitsatz 1).

²⁷³ BGH NJW-RR 1990, 1265; NJW 1998, 2280; NJW 2001, 1857, 1858.

²⁷⁴ BGH WM 1998, 1062, 1063 (juris-Rn. 24) m.w.N.; *Fischer*, in Lwowski/Fischer/Gehrlein (Fn. 231), § 9 Rn. 140.

einer Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht überblicken können, so soll zum einen eine besondere Aufklärungs- und Hinweispflicht des Gläubigers bestehen, wenn der sich Verpflichtende nach Treu und Glauben eine entsprechende **Belehrung** erwarten darf; bei Verstoß hiergegen soll nur ein gewöhnlicher Bürgschaftsvertrag zustande kommen.²⁷⁵ Zum anderen soll, wenn beiden Parteien die notwendige Rechtskenntnis fehlt, durch **interessensgerechte Auslegung** der Willenserklärung ebenfalls eine gewöhnliche Bürgschaft anzunehmen sein.²⁷⁶

b) Grenzen der Durchsetzbarkeit

Wie bereits erwähnt, kann die Bürgschaftsforderung nicht geltend gemacht werden, wenn der Gläubiger **offenkundig rechtsmissbräuchlich** handelt.²⁷⁷ Erforderlich ist, dass für jedermann erkennbar und einfach beweisbar der Gläubiger seine formale Rechtsstellung auszunutzen sucht, obwohl sich aus der Urkunde ergibt, dass der Bürgschaftsfall – etwa weil die Hauptforderung wegen Verjährung oder mangels Fälligkeit nicht durchsetzbar ist – ersichtlich nicht besteht.²⁷⁸ Der Gedanke dahinter ist: Würde man dem Gläubiger dasjenige zusprechen, was er erkennbar nicht zu erlangen hat, so wäre er im Rückforderungsprozess sofort zur Erstattung verpflichtet. Insoweit steht dem Bürgen die **Arglisteinrede** zu (§ 242 BGB). Die Voraussetzungen sind indes hoch, um nicht Sinn und Zweck der Bürgschaft auf erstes Anfordern zu untergraben. Sie sind beispielsweise erfüllt, wenn sich bereits aus der Vertragsurkunde ergibt, dass die Bürgschaft auf erstes Anfordern ohne rechtlichen Grund erlangt wurde.²⁷⁹

Beispiel:²⁸⁰ Hauptunternehmer H beauftragt Subunternehmer S mit der Errichtung einer Bauanlage im Rahmen eines Großbauprojekts. Im Vertrag heißt es unter Ziff. 14.1, S habe für die Erfüllung seiner Hauptpflichten bis zur Abnahme eine Bürgschaft als Sicherheit („Erfüllungsbürgschaft“) beizubringen; nach Ziff. 14.2 sind darüber hinaus etwaige Gewährleistungsansprüche des H gegen S durch eine „Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern“ abzusichern. Anhand der Vertragsurkunde ersucht S die Bank B mit dem Antrag, entsprechende Bürgschaftspflichten gegenüber H einzugehen. Hierauf gewährt B mit Bezug auf die Vertragsurkunde eine „Erfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern“ als auch eine „Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern“. Als H wegen finanzieller Schwierigkeiten noch vor Abnahme der Arbeiten B aus der „Erfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern“ in Anspruch nehmen will, macht diese geltend, die Bürgschaft auf erstes Anfordern sei im Verhältnis zu S rechtsgrundlos erlangt worden, weil Ziff. 14.1 der Vertragsurkunde – worauf B Bezug genommen hatte – eine reguläre Bürgschaft vorsehe.

c) Beweislastverteilung im Rückforderungsprozess

Zweck der Bürgschaft auf erstes Anfordern ist es, dem Gläubiger auf formalisiertem Weg einfach und schnell Liquidität zu verschaffen. Dass der Bürge im Erstprozess mit dem Großteil

²⁷⁵ BGH WM 1998, 1062, 1063 (juris-Rn. 24).

²⁷⁶ BGH WM 1998, 1062, 1063 (juris-Rn. 24).

²⁷⁷ BGH NJW 1988, 2610 (Leitsatz).

²⁷⁸ BGH NJW 1988, 2610 (juris-Rn. 16); s.a. BGH NJW 2000, 1562; NJW 2001, 1857; *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht (Fn. 16), S. 115.

²⁷⁹ KG WM 1997, 1377, 1377 f.

²⁸⁰ Nach KG WM 1997, 1377 (vereinfacht).

der Einwendungen nicht gehört wird, soll allerdings nicht zu einer Verschlechterung seiner prozessrechtlichen Stellung im Rückforderungsprozess führen. Daher ist trotz der vertauschten Partierollen im Rückforderungsprozess die Darlegungs- und Beweislast so verteilt, wie wenn der Gläubiger den Bürgen in Anspruch nähme.²⁸¹ Entstehung und Fälligkeit der Hauptforderung sowie der Bürgschaft muss folglich der Gläubiger darlegen und beweisen, Einwendungen und Einreden gegen die Bürgschaftsverpflichtung – auch solche, die sich aus Einwendungen und Einreden gegen die Hauptforderung ableiten (§§ 767 f. BGB), – hingegen der Bürge.

VII. Regress des Bürgen

Der Regress des Sicherungsgebers im Allgemeinen sowie des zahlenden Bürgen im Besonderen ist eine schwierige Rechtsmaterie, die in Klausuren im Schwerpunkt sowie im Staatsexamen eine hohe Relevanz hat.

1. Regress gegenüber dem Hauptschuldner

Befriedigt der Bürge den Gläubiger, so wird er Rückgriff beim Hauptschuldner nehmen wollen, da er die Hauptschuld nicht als Dritter i.S.d. § 267 BGB erfüllt, sondern nur seiner Pflicht aus der Bürgschaft nachkommen will. Endgültig haften soll deshalb – nach Möglichkeit – der Hauptschuldner. Insoweit stehen dem Bürgen unterschiedliche Ansprüche zur Seite:

a) Gesetzlicher Forderungsübergang gemäß § 774 Abs. 1 BGB

Nach § 774 Abs. 1 S. 1 BGB geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner (= Außenforderung) auf den Bürgen kraft Gesetzes über, *soweit* dieser den Gläubiger befriedigt hat. Vollständig befriedigt ist der Gläubiger, wenn der Bürge die geschuldete Leistung endgültig und vollumfänglich erbracht hat. Dementsprechend geht bei Teilleistungen des Bürgen die Hauptforderung auch nur in einem Teilbetrag auf ihn über.²⁸² Weiterhin ist Voraussetzung, dass zum Zeitpunkt der Leistung durch den Bürgen die **Hauptverbindlichkeit** noch **bestand** und ein **wirksamer Bürgschaftsvertrag** geschlossen war.²⁸³

Endgültig befriedigt ist der Gläubiger insbesondere dann, wenn die Zahlung nicht der vorläufigen Regelung einer Auseinandersetzung zwischen dem Gläubiger und Bürgen dient, sondern die Rechtslage abschließend geklärt werden soll. So liegt keine endgültige Befriedigung vor, wenn der Bürge aufgrund eines gegen ihn ergangenen, für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils zahlt, um die Zwangsvollstreckung abzuwenden, jedoch in der Rechtsmittelinstanz den Rechtsstreit über den Bestand der Bürgschaftsverpflichtung fortführt.²⁸⁴

²⁸¹ BGH WM 1989, 1496, 1498; 1996, 1507, 1508; 1997, 656, 658 f.

²⁸² BGHZ 92, 374, 378 f. = WM 1984, 1630, 1631.

²⁸³ BGHZ 143, 381, 388 = WM 2000, 715, 718.

²⁸⁴ *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht (Fn. 16), S. 123. Dagegen dürfte der Gläubiger endgültig befriedigt im Sinne des § 774 Abs. 1 BGB sein, wenn der Bürge auf erstes Anfordern zahlt, unabhängig davon, ob er in einem Rückforderungsprozess (erfolgreich) geltend machen sollte, dass ein Bürgschaftsfall nicht vorlag. Andernfalls könnte der Bürge beim Hauptschuldner nur aus dem Innenverhältnis (etwa gemäß § 670 BGB) Rückgriff nehmen (dazu sogleich im Haupttext unter b), nicht jedoch aus der – nebst Nebenrechten – übergegangenem

Die Bürgschaftsverbindlichkeit erfüllen kann der Bürge im Wege aller schuldrechtlich vorgesehenen Rechtshandlungen (Zahlung, Aufrechnung, Leistung an Erfüllung statt etc.)²⁸⁵, soweit er ein eigenes Vermögensopfer erbringt. Das ist nicht der Fall, wenn er lediglich einen Erlassvertrag mit dem Gläubiger schließt.²⁸⁶

Mit der Hauptforderung gehen gemäß § 412 BGB die in § 401 BGB genannten **akzessorischen Vorzugs- und Nebenrechte** (z.B. eine Hypothek) über. Soweit der Schuldner selbständige, nicht akzessorische Sicherheiten innehat, ist er schuldrechtlich verpflichtet, diese auf den Bürgen zu übertragen (z.B. einen zur Sicherheit übereigneten Gegenstand, eine zur Sicherheit abgetretene Forderung oder eine Sicherungsgrundschuld).²⁸⁷ Andererseits bleiben auch alle im Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger entstandene Einwendungen und Einreden erhalten (§§ 412, 404 BGB), sodass der Schuldner nach Befriedigung diese dem Bürgen entgegenhalten kann.

b) Rückgriff aufgrund des Innenverhältnisses

Ein zweiter Weg, über den der Bürge beim Hauptschuldner Rückgriff nehmen kann, ist die aus dem Innenverhältnis zwischen Bürgen und Schuldner sich ergebende Forderung (= Innenforderung). Eine solche kann sich entweder bei einem zugrunde liegenden Auftragsverhältnis aus **§ 670 BGB (Aufwendungsersatz)** oder bei einer Geschäftsbesorgung aus §§ 670, 675 BGB sowie im Einzelfall auch einmal bei einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) aus §§ 670, 683, 677 BGB ergeben. Auch die Innenforderung entsteht mit Befriedigung des Gläubigers²⁸⁸, ist jedoch in ihrem Bestand von der Außenforderung unabhängig und unterliegt beispielsweise eigenständigen Verjährungsfristen.²⁸⁹

Auch bei einer **Bürgschaft auf erstes Anfordern**²⁹⁰ entsteht der Anspruch des Bürgen auf Ersatz seiner Aufwendungen gegen den Hauptschuldner unmittelbar mit der Zahlung an den Gläubiger. Der Bürge muss insoweit nicht nachweisen, dass der Bürgschaftsfall materiell entstanden ist, um Rückgriff beim Hauptschuldner zu nehmen.²⁹¹ Zweck der Bürgschaft auf erstes Anfordern ist es gerade, dem Gläubiger Liquidität zu verschaffen, ohne dass geklärt sein muss, ob der Bürgschaftsfall materiell gegeben ist. Deshalb darf der Bürge seine Aufwendungen für erforderlich halten (§ 670 BGB), wenn er auf erstes Anfordern zahlt.²⁹² Etwas anderes gilt nach

Hauptforderung. Weshalb der Bürge auf erstes Anfordern gegenüber dem „regulären“ Bürgen allein aufgrund der Tatsache benachteiligt sein sollte, dass der materielle Bürgschaftsfall erst im Rückforderungsprozess verbindlich geklärt wird, leuchtet nicht ein.

²⁸⁵ Fischer, in Lwowski/Fischer/Gehrlein (Fn. 231), § 9 Rn. 113 m.w.N.

²⁸⁶ BGH WM 1990, 34 (35).

²⁸⁷ BGHZ 110, 41 (43) = NJW 1990, 903, 904; BGHZ 144, 52, 57 = NJW 2000, 1566, 1568; BGH WM 2001, 1060, 1064; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht (Fn. 16), S. 128.

²⁸⁸ Fischer, in Lwowski/Fischer/Gehrlein (Fn. 231), § 9 Rn. 122.

²⁸⁹ BGH WM 2000, 1797, 1798.

²⁹⁰ Dazu oben § 2 VI 6.

²⁹¹ MünchKommBGB/Habersack (Fn. 191), § 765 Rn. 113.

²⁹² Leistet der Hauptschuldner daraufhin an den Bürgen, so steht ihm aufgrund der Sicherungsabrede ein Regressanspruch gegen den Gläubiger zu. Hat der Hauptschuldner noch nicht geleistet, kann er (in einem eigenen

der Rechtsprechung aber dann, wenn beispielsweise eine Bank statt der eigentlich zwischen Hauptschuldner und Gläubiger vereinbarten einfachen Bürgschaft eine Bürgschaft auf erstes Anfordern übernimmt; dann muss sie den Hauptschuldner über die zusätzlichen Risiken aufklären und dessen Zustimmung einholen. Kommt sie dem nicht nach, so steht ihr ein Ersatz der Aufwendungen nur zu, soweit tatsächlich eine Hauptschuld bestand und durchsetzbar war.²⁹³

In umgekehrter Richtung ist allerdings der Regress aus der Außenforderung bei allen Formen der Bürgschaft nicht vom Innenverhältnis unabhängig. Vielmehr kann der Hauptschuldner die sich aus dem Innenverhältnis ergebenden Einwendungen und Einreden auch gegenüber der gemäß § 774 Abs. 1 S. 1 BGB übergegangenen Hauptforderung geltend machen (§ 774 Abs. 1 S. 3 BGB). Ist also beispielsweise die Bürgschaft im Innenverhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner schenkweise übernommen worden, so kann der Bürge weder aus der Innen- noch aus der übergegangenen Forderung Regress beim Hauptschuldner nehmen.²⁹⁴

2. Regress gegenüber Mitbürgen

Wie bereits erläutert, haften Mitbürgen im Außenverhältnis kraft Gesetzes als Gesamtschuldner (§ 769 BGB). Im **Innenverhältnis** sind die Mitbürgen gemäß § 774 Abs. 2 BGB bereits mit Zustandekommen²⁹⁵ des gesetzlichen Gesamtschuldverhältnisses nach § 426 BGB grundsätzlich zu gleichen Anteilen ausgleichspflichtig.

Verpflichten sich mehrere Bürgen für die Hauptforderung auf einen Höchstbetrag (Höchstbetragsmitbürgschaft), so haften sie – wie bereits oben zur Mitbürgschaft ausgeführt²⁹⁶ – im Sinne einer Addition der Höchstbetragsbürgschaften auf den gesamten Betrag der Hauptforderung. Problematisch erscheint insoweit die oben noch offen gelassene Frage, wie der **Innenausgleich** zwischen mehreren Höchstbetragsmitbürgen zu erfolgen hat, wenn sich die Höchstbeträge nicht decken. Die Berücksichtigung der im Außenverhältnis zum Gläubiger unterschiedlich hohen Verpflichtungen kann nämlich im Innenverhältnis unter den Mitbürgen auf zwei verschiedene Arten erfolgen:

Nach dem sog. **Stufenmodell** erfolgt der Ausgleich innerhalb der jeweiligen gemeinsamen Haftungsstufe nach Köpfen, während nach dem von der Rechtsprechung und h.M.²⁹⁷ vertretenen **Quotenmodell** im Innenverhältnis immer der Vergleich der *ursprünglich* mit den jeweiligen Bürgschaften übernommenen Risiken als Maßstab der Verteilung heranzuziehen ist.²⁹⁸

Rückforderungsprozess) vom Gläubiger Rückzahlung an den Bürgen verlangen, vgl. BGHZ 152, 246, 252 = ZIP 2002, 2305, 2306 f.

²⁹³ BGH NJW 2000, 1563, 1565.

²⁹⁴ Palandt/*Sprau* (Fn. 110), § 774 Rn. 11.

²⁹⁵ BGH NJW 1986, 3131 (juris-Rn. 15).

²⁹⁶ Siehe oben § 2 VI 1 bei Fn. 222.

²⁹⁷ BGHZ 137, 292, 294 ff. = NJW 1998, 894, 895 f.; BGH NJW 2009, 437; MünchKommBGB/*Habersack* (Fn. 191), § 774 Rn. 28; a.A. *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung (Fn. 244), Rn. 419 ff.

²⁹⁸ Rechenbeispiele auch bei *Siegmund*, WM 2008, 2349, 2352 f.

Beispiel 1: Bank B gewährt dem Hauptschuldner S einen Kredit i.H.v. 900.000 EUR. Hierfür verbürgten sich X, Y und Z mit folgenden Höchstbeträgen: X mit 900.000 EUR, Y mit 600.000 EUR und Z mit 300.000 EUR. Der Kredit wird von S auf 600.000 EUR zurückgeführt. B nimmt Y in dieser Höhe in Anspruch.

Nach dem **Stufenmodell** werden hiervon die ersten 300.000 EUR nach Köpfen unter X, Y und Z verteilt, weil für jenen Betrag alle drei gegenüber B hafteten. Somit hat im Innenverhältnis jeder 100.000 Euro zu tragen. Für die zweiten 300.000 EUR hafteten nur X und Y gegenüber B, sodass sie unter diesen beiden hälftig (= jeweils 150.000 EUR) zu verteilen sind. Im Innenverhältnis entfallen damit 100.000 EUR auf Z und jeweils 250.000 EUR auf X und Y. Y kann folglich bei X i.H.v. 250.000 EUR Regress nehmen, bei Z i.H.v. 100.000 EUR.

Nach dem **Quotenmodell** kommt es hingegen für die Verteilung auf den Vergleich der ursprünglich übernommenen Risiken an, sodass die Verteilung zwischen X, Y und Z (immer) nach dem Verhältnis 3:2:1 zu erfolgen hat. Von den gezahlten 600.000 EUR entfallen also 300.000 EUR auf X, 200.000 EUR auf Y und 100.000 EUR auf Z. Y kann folglich bei X i.H.v. 300.000 EUR Regress nehmen, bei Z i.H.v. 100.000 EUR.

Vergleicht man die Ergebnisse des Stufen- und Quotenmodells, wird deutlich, dass der nicht voll auf die noch ausstehende Kreditsumme von 600.000 EUR haftende Bürge (hier Z) nach beiden Modellen auch im Innenverhältnis von seinem geringeren Höchstbetrag profitiert, beim Stufenmodell hingegen nicht der auf die noch ausstehende Kreditsumme haftende Bürge (hier Y). X und Y haften beim Stufenmodell trotz unterschiedlicher Höchstbeträge bis zur Summe von 600.000 Euro gleich, während es beim Quotenmodell auch im Innenverhältnis immer zu einer Entlastung des Bürgen mit einem geringeren Höchstbetrag kommt. Sinkt die noch ausstehende Kreditsumme noch weiter, so geht das beim Stufenmodell nun auch zu Lasten des Z mit dem geringsten Höchstbetrag, wie unser nachfolgendes Beispiel 2 zeigt:

Beispiel 2: Im o.g. Fall sei angenommen, dass der Kredit von S bis auf 300.000 EUR zurückgeführt wurde und anschließend B einen der Gesellschafter in Anspruch nimmt.

Nach dem **Stufenmodell** wird der an B gezahlte Betrag von 300.000 EUR im Innenverhältnis auf X, Y und Z nach Köpfen verteilt (je 100.000 EUR), weil sich alle drei in dieser Höhe verpflichtet hatten (gemeinsame Haftungsstufe). Die Bürgen mit dem geringeren Höchstbetrag profitieren davon also im Innenverhältnis nicht. Vielmehr entfällt auf alle Bürgen im Innenverhältnis der gleiche Betrag.

Nach dem **Quotenmodell** werden die gezahlten 300.000 EUR hingegen wieder nach dem Verhältnis 3:2:1 unter X, Y und Z verteilt, sodass auf X 150.000 EUR, auf Y 100.000 EUR und auf Z 50.000 EUR entfallen. Je geringer der mit dem Gläubiger vereinbarte Höchstbetrag ist, desto geringer ist folglich auch der Anteil im Innenverhältnis.

Je höher die noch ausstehende Kreditsumme ist, umso mehr wird der Bürge mit dem größten Höchstbetrag nach dem Stufenmodell belastet und der Bürge mit dem geringsten Höchstbetrag entlastet, wie unser nachfolgendes Beispiel 3 zeigt:

Beispiel 3: Im o.g. Fall sei angenommen, dass der Kredit noch i.H.v. 900.000 EUR aussteht und B den X in dieser Höhe in Anspruch nimmt.

Nach dem **Stufenmodell** sind die ersten 300.000 EUR nach Köpfen unter X, Y und Z zu verteilen (= je 100.000 EUR). Die zweiten 300.000 EUR sind unter X und Y zu verteilen (= je 150.000 EUR). Die dritten 300.000 EUR trägt X allein, weil dafür nur er gegenüber B haftete. Damit entfallen im Innenverhältnis auf X 550.000 EUR, auf Y 250.000 EUR und auf Z 100.000 EUR.

Nach dem **Quotenmodell** werden die gezahlten 900.000 EUR hingegen wieder nach dem Verhältnis 3:2:1 unter X, Y und Z verteilt, sodass auf X 450.000 EUR, auf Y 300.000 EUR und auf Z 150.000 EUR entfallen.

Im Ergebnis kann also nicht gesagt werden, dass ein bestimmtes Modell immer zugunsten oder zulasten der Bürgen mit hohem oder niedrigem Höchstbetrag geht. Vielmehr profitiert der Bürge mit dem größeren Höchstbetrag vom Stufenmodell bei einer geringeren restlichen Kreditschuld, während der Bürge mit dem niedrigeren Höchstbetrag in diesem Fall den Nachteil davonträgt. Umgekehrt geht das Stufenmodell bei einer hohen noch

ausstehenden Kreditschuld zu Lasten des Bürgen mit dem größeren Höchstbetrag, während der Bürge mit dem geringeren Höchstbetrag dort stärker als beim Quotenmodell profitiert.

3. Regress gegenüber anderen Sicherungsgebern

a) *Akzessorische Sicherheiten*

Bestehen neben der Bürgschaft weitere, die Hauptschuld absichernde akzessorische Sicherheiten, dann stellt sich die Frage, wie der Regress zwischen den Sicherungsgebern vonstatten zu gehen hat.

Beispiel: Gläubigerbank G gewährt dem Schuldner S ein Darlehen i.H.v. 1 Mio. EUR. Um das Darlehen abzusichern, gibt der Bürge B eine Bürgschaftsverpflichtung ab und zusätzlich wird auf dem Grundstück des Eigentümers E eine Hypothek bestellt.

Wenn im Beispielsfall der Bürge den Gläubiger befriedigt, so geht kraft Gesetzes nach § 774 Abs. 1 S. 1 BGB die Hauptforderung nebst dem Sicherungsrecht – der Hypothek – gemäß §§ 412, 401 BGB auf ihn über. Macht hingegen der Eigentümer zuerst von seinem Befriedigungsrecht aus § 1142 BGB gegenüber dem Gläubiger Gebrauch, so erwirbt er gemäß § 1143 Abs. 1 i.V.m. § 774 Abs. 1 S. 1 BGB die Hauptforderung und mit dieser nach §§ 412, 401 BGB etwaige Sicherungsrechte, hier die Bürgschaft. Diese gesetzliche Lösung hat zur Folge, dass derjenige Sicherungsgeber, der zuerst zahlt, die Forderung nebst Sicherungsrechten erwirbt und somit in der starken Position ist, Regress beim jeweils anderen Sicherungsgeber nehmen zu können, während jener zweite Sicherungsgeber das gesamte Haftungsrisiko im Ergebnis zu tragen hätte. Es droht damit ein „Wettlauf der Sicherungsgeber“ um die sichere Rückgriffsposition. Insoweit stellt sich die Frage, ob und ggf. in welcher Form eine normative Korrektur dieses Ergebnisses geboten sein könnte.

Ein Teil des Schrifttums vertrat früher die Auffassung, ohne entsprechende Vereinbarung im Innenverhältnis erfolge keine Korrektur der gesetzlichen Rechtsfolgen.²⁹⁹ Danach hätte nur derjenige Sicherungsgeber einen Regressanspruch gegen den anderen Sicherungsgeber, der zuerst zahlt. Zur Begründung wurde angeführt, dass es den Sicherungsgebern freistehe, im Innenverhältnis einen Ausgleichsanspruch zu vereinbaren, wenn sie voneinander wissen. Hätten sie keine Kenntnis von weiteren Sicherheiten, so dürften sie auch nicht mit einem Ausgleich rechnen.³⁰⁰ Demgegenüber wird teilweise heute noch vertreten, der Bürge sei zu privilegieren, weil er – im Gegensatz zum dinglichen Sicherungsgeber – mit seinem Privatvermögen einstehen müsse. Zudem käme die Vorzugsstellung des persönlich haftenden Bürgen im Gesetz zum Ausdruck, namentlich auch in § 776 BGB (Freiwerden bei der Aufgabe von Sicherheiten³⁰¹) sowie

²⁹⁹ *Becker*, NJW 1971, 2151, 2154.

³⁰⁰ *Becker*, NJW 1971, 2151, 2154.

³⁰¹ Dazu oben § 2 IV 2 c.

§§ 768, 771 BGB (Einreden aus der Hauptforderung³⁰² und Einrede der Vorausklage³⁰³).³⁰⁴ Die überwiegende Auffassung – insbesondere die Rechtsprechung – nimmt hingegen eine ausgleichende Stellung ein und sieht bei mehreren gleichstufigen Sicherungsgebern analog § 774 Abs. 2 BGB entsprechend den Regeln der Gesamtschuld (§ 426 BGB) einen anteiligen Ausgleich vor.³⁰⁵

Soweit die Sicherungsgeber im Außenverhältnis ein unterschiedliches Haftungsrisiko übernommen haben, stellt sich – ähnlich wie bei den Höchstbetragsmitbürgen – die Frage, in welchem Umfang der Ausgleich im Innenverhältnis stattzufinden hat – ob also nach dem herrschend vertretenen **Quotenmodell** der Ausgleich proportional nach dem Verhältnis der ursprünglich übernommenen Haftung zu erfolgen hat oder nach dem sog. **Stufenmodell** der Ausgleich nach Köpfen innerhalb der sich deckenden Haftungsstufe stattfindet.³⁰⁶ Der BGH hat hierzu entschieden, die Höhe des Haftungsrisikos im Außenverhältnis werde gegenüber dem Gläubiger nicht nur durch den Höchstbetrag der Bürgschaft, sondern auch durch alle anderen Sicherheiten bestimmt, sodass diese auch bei der Bestimmung des Innenausgleichs zu berücksichtigen seien.³⁰⁷ Demzufolge soll auch bei verschiedenartigen Sicherungsgebern für den Innenausgleich das Quotenmodell eingreifen.

b) Nicht akzessorische Sicherheiten

Soweit neben der Bürgschaft eine nicht akzessorische Sicherheit bestellt wurde – etwa eine Grundschild – ändert sich die gesetzliche Ausgangslage im Vergleich zum Zusammentreffen verschiedenartiger akzessorischer Sicherheiten in doppelter Hinsicht: Einerseits findet bei einer Befriedigung des Gläubigers im Wege einer nicht akzessorischen Sicherheit – etwa bei einer Zahlung des Grundschildbestellers oder bei einer Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück – im Gegensatz zu akzessorischen Sicherheiten (vgl. §§ 774, 1143, 1225 BGB) kein gesetzlicher Forderungsübergang statt, sodass auch die Parallelsicherheiten – wie etwa eine für die Hauptschild bestellte Bürgschaft – nicht kraft Gesetzes (§§ 412, 401 BGB) auf den leistenden Sicherungsgeber übergehen. Zahlt andererseits der Bürge, so geht zwar die Hauptforderung gemäß § 774 Abs. 1 S. 1 BGB auf ihn über. Die Grundschild wird jedoch als nicht akzessorisches Sicherungsrecht bei reiner Gesetzesanwendung nicht von §§ 412, 401 BGB erfasst. Das Ergebnis wäre, dass immer derjenige, der zuerst zahlt, das gesamte Haftungsrisiko ohne Regressmöglichkeit beim jeweils anderen Sicherungsgeber tragen müsste. Es käme – salopp

³⁰² Dazu oben § 2 V 1 a.

³⁰³ Dazu oben § 2 V 2 b.

³⁰⁴ *Larenz*, Schuldrecht BT Bd. 2, 12. Aufl. 1981, § 64 III S. 481; *Reinicke/Tiedtke*, Gesamtschild und Schuld-sicherung, 2. Aufl. 1988, S. 260; *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht (Fn. 16), S. 241 ff.

³⁰⁵ BGHZ 108, 179, 182 f., 186 = NJW 1989, 2530 ff. m.w.N.; *Rohe*, in *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BGB, Band 3, 4. Aufl. 2019, § 774 Rn. 16.

³⁰⁶ Siehe dazu mit Beispielen oben § 2 VII 2 bei Fn. 298.

³⁰⁷ BGH ZIP 2009, 166 ff. (juris-Rn. 16) mit Blick auf Grundschilden; für akzessorische Sicherheiten kann jedoch nichts Abweichendes gelten.

gesprächen – zu einem „Weglauf der Sicherungsgeber“, weil keiner der Sicherungsgeber zu leisten bereit wäre.

Um ein derart sinnwidriges Ergebnis zu vermeiden, ist wie folgt zu verfahren: Leistet der Bürge, so erwirbt er gemäß § 774 Abs. 1 S. 1 BGB die Hauptforderung und ihm steht aus dem Bürgschaftsvertrag analog §§ 774, 401 BGB ein Anspruch gegen den Gläubiger auf Abtretung der Grundschuld zu.³⁰⁸ Beim Eigentümer kann er sodann aus §§ 1192, 1147 BGB Regress nehmen. Leistet hingegen der Sicherungsgeber einer nicht akzessorischen Sicherheit – etwa der Eigentümer des mit einer Grundschuld belasteten Grundstücks –, so hat er gegen den Gläubiger aus der Sicherungsabrede einen Anspruch auf Abtretung der Hauptforderung; die Bürgschaft geht dann auf ihn gemäß § 401 BGB über, sodass er beim Bürgen nach § 765 Abs. 1 BGB Regress nehmen kann. Der Innenausgleich zwischen den Sicherungsgebern erfolgt dabei analog § 774 Abs. 2 BGB, mithin im Grundsatz zu gleichen Anteilen, es sei denn, das im Außenverhältnis übernommene Haftungsrisiko ist unterschiedlich; dann greift nach h.M. wieder das Quotenmodell ein.

Beispiel 1: Gläubiger G gewährt Hauptschuldner S einen Kredit i.H.v. 600.000 EUR. Hierfür bestellt E eine Grundschuld über 600.000 EUR. B verbürgt sich bis zum Höchstbetrag von 300.000 EUR. Da S den Kredit nicht zurückzahlen kann, wendet sich G an E. Dieser zahlt zur Abwendung der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück die 600.000 EUR, verlangt aber – auf der Grundlage des Sicherungsvertrags – von G Zug um Zug die Abtretung des Kreditrückzahlungsanspruchs gegen S. Mit jener Abtretung geht gemäß § 401 BGB auch die Bürgschaftsfor-derung gegen B auf E über. Von B kann E jedoch nicht im vollen Umfang des Höchstbetrags (300.000 EUR) Regress verlangen, sondern nach dem Quotenmodell nur in Höhe von 200.000 EUR, da die von E gezahlten 600.000 EUR zwischen ihm und B im Verhältnis 2:1 zu tragen sind. Dies entspricht nämlich dem Verhältnis des übernommenen Haftungsrisikos (600.000 EUR im Verhältnis zu 300.000 EUR).

Beispiel 2: In o.g. Fall wird der Kredit von S zunächst auf 300.000 EUR zurückgeführt. In dieser Höhe nimmt G den B in Anspruch, weil S nicht mehr zahlen kann. Die Zahlung der 300.000 EUR muss B nur Zug um Zug gegen Abtretung der Grundschuld erbringen. Hierdurch kann B jedoch bei E nicht im vollen Umfang der von ihm gezahlten 300.000 EUR Regress nehmen, sondern nur i.H.v. 200.000 EUR.³⁰⁹ Die von B gezahlten 300.000 EUR sind nämlich zwischen E und B nach dem Quotenmodell erneut im Verhältnis 2:1 aufzuteilen, was dem Verhältnis des ursprünglich von ihnen übernommenen Haftungsrisikos entspricht.

³⁰⁸ Siehe bereits oben Fn. 123; dazu allgemein Palandt/*Sprau* (Fn. 110), § 774 Rn. 9.

³⁰⁹ Bislang ungeklärt ist offenbar, ob von vorneherein nur ein Anspruch auf Abtretung im Umfang des dem B im Verhältnis zu E zustehenden Regresses (= 200.000 EUR) besteht oder Abtretung der Grundschuld im Umfang der *ganzen* vom Bürgen erbrachten Leistung (= 300.000 EUR) verlangt und die Grundschuld sodann aber gegen E nur i.H.v. 200.000 EUR durchgesetzt werden kann. Die Entscheidung BGH NJW 2001, 2327, 2330 lässt sich in juris-Rn. 40 im letztgenannten Sinne lesen, wenn es dort heißt, der Gläubiger sei „verpflichtet, das Sicherungsrecht gemäß der Leistung des Bürgen auf diesen zu übertragen“. Hierfür spricht, dass das Ausgleichsverhältnis dann bilateral zwischen den beiden Sicherungsgebern bestimmt werden kann. Wenn hingegen der Anspruch auf Abtretung gegenüber dem Gläubiger von vorneherein nur in Höhe des berechtigten Regresses gegenüber dem zweiten Sicherungsgeber bestünde, müsste der Gläubiger vor der Abtretung feststellen, in welchem Verhältnis die Sicherungsgeber untereinander haften. Das kann der Gläubiger aber ggf. gar nicht, wenn das Innenverhältnis zwischen den Sicherungsgebern vom gesetzlichen Regelfall abweicht und der Gläubiger die internen Abreden nicht kennt.

§ 3 Schuldbeitritt

I. Grundlagen

Durch den Schuldbeitritt wird der Beitretende neben dem Schuldner der zu sichernden Forderung zu einem zusätzlichen Schuldner des Gläubigers: Es entsteht ein **Gesamtschuldverhältnis gemäß §§ 421 ff. BGB**.

Während etwa die §§ 25 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 HGB, § 133 UmwG, § 546 Abs. 2 BGB einen gesetzlichen Schuldbeitritt anordnen, ist der *rechtsgeschäftliche* Schuldbeitritt gesetzlich nicht geregelt. Die §§ 414 ff. BGB betreffen allein die *Schuldübernahme*, also den Fall eines Schuldnerwechsels. Die Vereinbarung eines Schuldbeitritts ist aber nach § 311 Abs. 1 BGB möglich. Man bezeichnet den Vorgang auch als *Schuldmitübernahme*.

Gerade weil der rechtsgeschäftliche Schuldbeitritt nicht gesetzlich vertypt ist, wird besondere Aufmerksamkeit bei der **Auslegung der Vereinbarung** nötig: Wollten die Beteiligten tatsächlich eine Gesamtschuld begründen oder doch bloß eine Bürgenhaftung? Während die Bürgschaft eine akzessorische Haftung für eine fremde Schuld begründet, lässt der Schuldbeitritt eine eigene Verbindlichkeit des Beitretenden entstehen, die sich unabhängig von der zu sichernden Forderung entwickeln kann. Das Ergebnis der Auslegung entscheidet darüber, ob die Vereinbarung formpflichtig ist (§ 766 BGB), und kann auf diesem Wege auch deren Unwirksamkeit nach sich ziehen (§ 125 BGB): Die Bürgschaft unterliegt einem Formerfordernis, der Schuldbeitritt dagegen grundsätzlich nicht.

Wie bereits im Rahmen der einführenden Darstellung aller Personalsicherheiten ausgeführt³¹⁰, ist typisch für den Schuldbeitritt und ein wichtiges Indiz für eine entsprechende Vereinbarung ein **eigenes sachliches Interesse des Beitretenden an der Tilgung der gesicherten Forderung**³¹¹ – beispielsweise, um die Erfüllung einer Gegenleistung durch den Gläubiger sicherzustellen oder um es erst gar nicht zum Sicherungsfall kommen zu lassen.³¹²

Den Schuldbeitritt mit dem Beitretenden vereinbaren kann sowohl der Gläubiger als auch der Schuldner. Im zweiten Fall muss die Auslegung der Vereinbarung ergeben, dass ein eigenes Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Beitretenden begründet werden soll (echter Vertrag zugunsten Dritter, § 328 BGB). Andernfalls liegt nur eine Erfüllungsübernahme vor (§ 329 BGB).³¹³

³¹⁰ Oben § I II 2 bei Fn. 16.

³¹¹ BGH NJW 1981, 47.

³¹² Vgl. die bereits oben in Fn. 17 angeführte Entscheidung BGH NJW 1986, 580, wo der Allein-Gesellschafter einer zahlungsunfähigen GmbH dem Gläubiger der GmbH eine „Zahlungszusage“ erteilte, damit nicht die Reputation einer vom Schuldbeitretenden neu gegründeten zweiten GmbH leidet; siehe auch die Fortführung dieser Rechtsprechung bei BGH ZIP 2021, 245.

³¹³ Vgl. BGH NJW-RR 1993, 308 zu einer Leasing-Vereinbarung zwischen Leasingnehmer (Kaufpreisschuldner) und Leasinggeber (Zahlungsverpflichteter).

II. Prüfungsschema

Zur Prüfung des Schuldbeitritts empfiehlt sich der allgemeine, im Lern- und Fallbuch zum BGB AT vorgestellte Dreischritt:³¹⁴

1. Entstehung des Anspruchs

Als schuldrechtlicher Vertrag erfordert der Schuldbeitritt zunächst eine entsprechende **Einigung** – entweder zwischen dem Gläubiger und dem Beitretenden oder zwischen dem Schuldner und dem Beitretenden. Das Gewollte ist durch **Auslegung** zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB), vor allem in Abgrenzung zur Bürgschaft (§ 765 BGB) und zur Schuldübernahme (§§ 414 f. BGB). Neben dem Wortlaut der Vereinbarung kommt den Interessen der Beteiligten besondere Bedeutung zu. Wenn danach Zweifel bleiben, ob ein Schuldbeitritt gewollt ist, dann ist – wie ebenfalls schon einleitend gesagt³¹⁵ – von einer Bürgschaft auszugehen.³¹⁶ Wegen der akzessorischen Haftung und wegen der Warnung des Sicherungsgebers durch das Schriftformerfordernis stellt die Bürgschaft nämlich das weniger riskante Versprechen dar.

a) Form

Steht nach dem Ergebnis der Auslegung fest, dass die Parteien einen Schuldbeitritt wollten, dann gilt für diese Vereinbarung der Grundsatz der Formfreiheit. **§ 766 BGB** lässt sich **nicht analog** anwenden, weil das Schriftformerfordernis nach dem Willen des Gesetzgebers an den Vertragstyp anknüpft (arg. § 778 BGB): Der Bürge sei besonders gefährdet, das Haftungsrisiko zu unterschätzen.³¹⁷ Zudem hat der Schuldbeitretende im Unterschied zum Bürgen typischerweise ein eigenes sachliches Interesse an der Erfüllung der zu sichernden Forderung.³¹⁸ Allerdings greifen etwaige Formvorschriften in Bezug auf die übernommene Verbindlichkeit, denn deren Schutzzweck ist nicht weniger betroffen, als wenn der Beitretende das zugrunde liegende Geschäft allein getätigt hätte. Wer den Schuldbeitritt zu einem Grundstückskaufvertrag wirksam erklären will, der muss dies also vor einem Notar tun (§ 311b Abs. 1 BGB).

Insbesondere im **Verbraucherdarlehensrecht** kann es dazu kommen, dass eine Formvorschrift nur für einen der beiden Schuldner – entweder den ursprünglichen oder den beitretenden – gilt. So liegt es etwa, wenn ein Verbraucher einem Kreditvertrag eines Unternehmers beitrifft. Die Wirksamkeit der beiden Verträge – der Darlehensvertrag einerseits und der Schuldbeitritt andererseits – ist dann einzeln für den jeweils Beteiligten zu prüfen. Deshalb ist der Schuldbeitritt eines Verbrauchers zu einem Darlehensvertrag ohne Beachtung der in § 492 Abs. 1 BGB

³¹⁴ Dazu allgemein *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 22), § 3 Rn. 6 ff.

³¹⁵ Oben § 1 II 2 bei Fn. 15.

³¹⁶ BGH NJW 1980, 580; Palandt/*Grüneberg* (Fn. 110), Überbl v § 414 Rn. 4.

³¹⁷ BGH NJW 1972, 576 f.

³¹⁸ Palandt/*Grüneberg* (Fn. 110), Überbl v § 414 Rn. 4.

bestimmten Form nichtig gemäß § 494 Abs. 1 BGB, und zwar auch dann, wenn der Darlehensnehmer ein Unternehmer ist.³¹⁹

Oft passiert es, dass der **geschäftsführende Allein- oder Mehrheitsgesellschafter einer GmbH** einen Schuldbeitritt zu der Darlehensrückzahlungspflicht seiner Gesellschaft erklärt. Der Beitretende selbst ist dann nach der Definition des § 13 BGB Verbraucher und kann nach Ansicht des BGH auch nicht wie ein Unternehmer oder Kaufmann behandelt werden, nur weil seine Stellung der eines Einzelkaufmanns gleiche: Der Gesetzgeber habe, obwohl ihm die Problematik bekannt war, weder die Handelsrechtsreform von 1998 noch die Schuldrechtsmodernisierung von 2002 zum Anlass genommen, den personellen Anwendungsbereich des Verbraucherdarlehensrechts einzuschränken.³²⁰

In der Konsequenz der **Einzelbetrachtung von Darlehensnehmer und Schuldbeitretendem** liegt es, dass ein formnichtiger Schuldbeitritt nicht gemäß § 494 Abs. 2 BGB durch Auszahlung des Darlehens an den primären Schuldner geheilt wird.³²¹ Die Heilung soll den Darlehensnehmer nämlich davor schützen, das einmal empfangene Geld sogleich wieder zurückzahlen zu müssen (§ 812 BGB). Dieser Normzweck greift gegenüber dem Beitretenden nicht, denn er hat überhaupt kein Geld empfangen und haftet allein für die Rückzahlung. Deshalb muss ihm der Schutz des Verbraucherdarlehensrechts erhalten bleiben.

b) Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB

Wo die Grenze zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt fließend ist, da tut sich auch die Frage nach der Sittenwidrigkeit wieder auf: Bei **krasser finanzieller Überforderung** ist der Schuldbeitritt eines nahen Angehörigen nichtig gemäß § 138 BGB.³²² Der BGH hat insoweit für gleiche Maßstäbe gesorgt. Wie bei der Bürgschaft besteht auch beim Schuldbeitritt eine Vermutung dafür, dass der Sicherungsnehmer die emotionale Bindung des Angehörigen ausgenutzt hat, wenn Letzterer nicht einmal die laufenden Zinsen aus seinem pfändbaren Einkommen aufbringen kann.³²³

Der Nichtigkeitsfolge entgeht die Vereinbarung nur, wenn der Angehörige als **gleichberechtigter zweiter Darlehensnehmer** anzusehen ist. Das setzt ein eigenes Interesse an der Kreditgewährung voraus sowie die Möglichkeit, über die Auszahlung und Verwendung der Mittel mitzuentcheiden. Der Wortlaut der Vereinbarung – z.B. „Darlehensnehmerin“³²⁴ oder „2. Kreditkonto-Inhaber (Ehepartner)“³²⁵ – bildet wie stets den Ausgangspunkt der Auslegung. Ihm ist jedoch angesichts der Stärke der Verhandlungsposition der kreditgewährenden Bank und der

³¹⁹ Vgl. BGHZ 133, 71 = NJW 1996, 2156 (zum früheren VerbrKrG). Die Bürgschaft für eine Darlehensrückzahlungsforderung unterfällt hingegen nicht dem Verbraucherdarlehensrecht (oben § 2 III 2 c aa).

³²⁰ BGHZ 165, 43 = NJW 2006, 431 (zum früheren VerbrKrG) m.w.N. auch zur Gegenansicht.

³²¹ BGH NJW 1997, 654 (zum früheren VerbrKrG).

³²² BGHZ 146, 37 = NJW 2001, 815.

³²³ Siehe zur Bürgschaft oben § 2 III 2 c cc bbb bei Fn. 74 ff.

³²⁴ BGH ZIP 2009, 1462 = NJW 2009, 2671.

³²⁵ BGH ZIP 2009, 655 = NJW 2009, 1494.

allgemein üblichen Verwendung von Vertragsformularen grundsätzlich weniger Bedeutung beizumessen als sonst. Auch die „Darlehensnehmerin“ kann also in Wahrheit nur Schuldbeitretende sein und der Schuldbeitritt sodann nichtig wegen Sittenwidrigkeit. Man sieht, wieviel hier von einer gründlichen Auslegung der Vereinbarung abhängt.

c) Bestand der Hauptforderung

Es liegt in der Natur des Schuldbeitritts, dass die zusätzlich begründete Verbindlichkeit zu Anfang nur in dem Umfang besteht wie die gesicherte Forderung („**Entstehungsakzessorie-**tät“). Der Schuldbeitretende haftet wie der Hauptschuldner und kann analog § 417 Abs. 1 BGB dem Gläubiger alle Einwendungen (und Einreden) entgegenhalten, die zum Zeitpunkt des Beitritts zugunsten des Schuldners bestanden. So kann der Beitretende womöglich schon kurze Zeit nach dem Beitritt die Leistung wegen Verjährung verweigern, wenn die gesicherte Forderung zwischenzeitlich bereits die Verjährungsfrist überschritten hat.³²⁶ Der Schuldbeitritt verschafft dem Gläubiger ja nur einen Mithaftenden für die bestehende Forderung und keine abstrakte gänzlich neue Forderung. Umgekehrt bedeutet dies allerdings auch, dass eine bereits rechtskräftig festgestellte Forderung auch dem Beitretenden gegenüber erst nach 30 Jahren verjährt (§ 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB).

2. Erlöschen des Anspruchs

Die gesamtschuldnerisch übernommene Verbindlichkeit kann erlöschen, und zwar auf zwei Wegen: einmal, indem nur die Verbindlichkeit des Beitretenden untergeht, und einmal, indem ein Erlöschensgrund auf Seiten des ursprünglichen Schuldners auch zugunsten des Beitretenden wirkt.

a) Erlöschensgrund auf Seiten des Schuldbeitretenden

Soweit der Schuldbeitritt unter den bereits erläuterten Anwendungsbereich des **Verbraucherdarlehensrechts** fällt³²⁷, kann ein wirksamer Widerruf nach §§ 495, 355 BGB den Anspruch des Gläubigers vernichten.³²⁸

Gleiches gilt, wenn es sich bei dem Schuldbeitritt um einen „**Außergeschäftsraumvertrag**“ handelt (§§ 312g, 312b, 355 BGB).³²⁹ Zu Letzterem sei auf die ausführliche Darstellung zum Bürgschaftsrecht verwiesen, insbesondere zu der problematischen, in europarechtskonformer Auslegung zu bejahenden Frage, ob es sich bei Sicherungsgeschäften um Verträge handelt, die i.S.v. § 312 Abs. 1 BGB „eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben“.³³⁰

³²⁶ Vgl. BGHZ 58, 251, 254 f. = NJW 1972, 939 f.; BGH NJW 1987, 2863, 2864.

³²⁷ Dazu oben § 3 II 1 a bei Fn. 319 ff.

³²⁸ BGH ZIP 2016, 1640, 1643 (Rn. 33) m.w.N.

³²⁹ BGH ZIP 2016, 1640, 1643 (Rn. 32) m.w.N.

³³⁰ Dazu oben § 2 IV 2 f bb bei Fn. 147 ff.

Nicht hingegen sind nach Ansicht des BGH die Vorschriften über **Fernabsatzgeschäfte** auf Sicherungsgeschäfte wie den Schuldbeitritt anwendbar.³³¹ Fernabsatzgeschäfte seien nämlich dadurch gekennzeichnet, dass Anbieter und Verbraucher sich nicht physisch begegnen und der Verbraucher die vom Unternehmer angebotene Ware oder Dienstleistung in der Regel nicht vor Vertragsschluss in Augenschein nehmen kann. Um der daraus erwachsenden Gefahr von Fehlentscheidungen des Verbrauchers zu begegnen, werde ihm ein Widerrufsrecht eingeräumt. Dieser Gedanke sei auf einen unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossenen Schuldbeitritt nicht anwendbar, weil der Schuldbeitretende keinen Anspruch auf die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer Dienstleistung erwirbt, sondern einseitig die Haftung für die Erfüllung einer durch einen Vertrag Dritter begründeten Verbindlichkeit übernimmt.³³² Dass der Sicherungsgeber bei Außergeschäftsraumverträgen ein Widerrufsrecht habe, stehe dieser Beurteilung nicht entgegen, weil jenes Widerrufsrecht dem Schutz der Verbraucher vor der Gefahr diene, bei der Anbahnung eines Vertrages in einer ungewöhnlichen räumlichen Situation überrumpelt und zu einem unüberlegten Geschäftsabschluss veranlasst zu werden. Diese Situation treffe auf einen Sicherungsgeber, der einen Beitritt zu einer fremden Schuld unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln erklärt, nicht zu.³³³

Ansonsten gelten die **allgemeinen Erlöschensgründe**, insbesondere die Tilgung durch den Beitretenden (§ 362 BGB), die Aufrechnung (§ 389 BGB) oder der Forderungserlass durch den Gläubiger (§ 397 BGB).

b) Erlöschensgrund auf Seiten des Darlehensnehmers

Die allgemeinen Erlöschensgründe können zur Befreiung des Schuldbeitretenden auch dann führen, wenn sie auf Seiten des ursprünglichen Alleinschuldners eintreten. Ab dem Zeitpunkt des Beitritts entwickeln sich die gesamtschuldnerischen Verbindlichkeiten zwar nicht zwangsläufig gleich (§ 425 Abs. 1 und 2 BGB; **keine generelle „Bestandsakzessorietät“**³³⁴), sodass der Schuldbeitretende etwa – anders als der Bürge³³⁵ – nicht für die Kosten der Rechtsverfolgung gegen den (anderen) Schuldner oder für dessen Verzugszinsen haftet.³³⁶ Die **Erfüllung** durch den Schuldner – unmittelbar oder in Form von Erfüllungssurrogaten – wirkt jedoch auch für den Schuldbeitretenden (§ 422 BGB). Beim **Erlass** der Forderung hängt die Befreiung des Beitretenden davon ab, ob der Erlass nur dem Schuldner zugutekommen oder das Schuldverhältnis insgesamt aufheben soll (§ 423 BGB).

³³¹ BGH ZIP 2016, 1640 (Leitsatz 2 und Rn. 29 ff.).

³³² BGH ZIP 2016, 1640, 1643 (Rn. 30).

³³³ BGH ZIP 2016, 1640, 1643 (Rn. 32).

³³⁴ BGH ZIP 2016, 1640, 1644 f. (Rn. 40 ff.); siehe allgemein in Bezug auf die Gesamtschuld das Skript zur Vorlesung „Schuldrecht AT“, Stand: 2021, Abschnitt D I 2 b (S. 76 f.).

³³⁵ Zum Umfang der Bürgschaftsschuld oben § 2 III 3.

³³⁶ BGH ZIP 2016, 1640, 1645 (Rn. 43 ff.). Auch erstreckt sich die Rechtskraft des gegen einen Gesamtschuldner ergangenen Urteils nicht auf den anderen Gesamtschuldner (BGH, a.a.O., Rn. 40).

3. Durchsetzbarkeit (= keine Einreden)

Einreden, die den Gläubiger an der Durchsetzung der Forderung hindern und nicht schon zum Zeitpunkt des Schuldbeitritts begründet waren, entfalten nach **§ 425 BGB Einzelwirkung**. Denkbar ist beispielsweise, dass der Gläubiger die Verjährung gegenüber dem ursprünglichen Alleinschuldner wirksam unterbrochen hat, nicht aber gegenüber dem Schuldbeitretenden.³³⁷ Letzterer kann dann nach dem Ablauf der Verjährungsfrist die Leistung verweigern, obwohl die Verbindlichkeit gegen den Schuldner immer noch durchsetzbar ist. Ähnlich liegt es, wenn der Schuldner die Forderung anerkannt hat (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB), der Schuldbeitretende hingegen nicht.

4. Rechtsfolgen

Der Schuldbeitritt begründet eine gesamtschuldnerische Haftung gemäß § 421 BGB³³⁸ und führt zu einer eigenständigen Verpflichtung des Beitretenden. Nimmt der Gläubiger den Beitretenden erfolgreich in Anspruch, kann Letzterer nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB Regress beim früheren Allein-Schuldner nehmen und erwirbt nach § 426 Abs. 2 BGB die Forderung des Gläubigers.

Die Abtretung der durch einen Schuldbeitritt gesicherten Forderung gemäß § 398 BGB lässt auch die Haftung des Schuldbeitretenden auf den neuen Gläubiger übergehen (**§ 401 BGB analog**).³³⁹

³³⁷ BGH NJW 1977, 187; NJW 1984, 793, 794 (beide zur Vermögensübernahme nach § 419 BGB a.F.).

³³⁸ Siehe allgemein zur Gesamtschuld das Skript zur Vorlesung „Schuldrecht AT“, Stand: 2021, Abschnitt D I 2 (S. 74 ff.).

³³⁹ BGH NJW 2000, 575 = ZIP 2000, 228.

§ 4 Garantie

Neben der Bürgschaft und dem Schuldbeitritt gibt es die Garantie als dritte Art der Personalsicherheit.

I. Vertragstyp

Mit einem Garantievertrag verspricht der Garant dem Garantieempfänger den **Eintritt eines bestimmten Erfolges** (bzw. das Ausbleiben eines schädigenden Ereignisses). Die Garantie ist ein Schuldvertrag i.S.d. § 311 BGB und dementsprechend frei und vielgestaltig in ihrer Erscheinungsform. Mehr noch als beim Schuldbeitritt muss darauf geschaut werden, was **Inhalt der Vereinbarung** ist (Auslegung!). Die Garantie reicht von der Zusicherung, für eine vertraglich übernommene Pflicht verschuldens*unabhängig* einzustehen („unselbständige Garantie“, z.B. Mangelfreiheit einer Werkleistung) bis hin zu gänzlich abstrakten Versprechen („selbständige Garantie“, z.B. Mindesterloß aus der Vermietung eines erst noch zu errichtenden Gebäudes).

Im Bereich der Kreditsicherung knüpft die Garantie typischerweise an eine bestehende (Darlehens-)Forderung an. Im Unterschied zur Bürgschaft ist die Garantie jedoch **streng nicht-akzessorisch** und somit im Unterschied zum Schuldbeitritt auch unabhängig von Einwendungen und Einreden gegen die Hauptschuld zum Zeitpunkt der Garantieerklärung. Praktisch bedeutet das, dass der Garant lediglich den im Garantievertrag umschriebenen Garantiefall darlegen und beweisen muss, um den Garant haftbar zu machen. Wie bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern kann dies sogar – und wird in der Praxis häufig – an eine rein formale Mitteilung geknüpft sein.

Diese **äußerst scharfe Haftung** gebietet es, bei der Auslegung der Vereinbarung als Garantie sehr streng zu sein. Im Zweifel ist lediglich eine Bürgschaft oder ein Schuldbeitritt anzunehmen.³⁴⁰ Allerdings muss auch berücksichtigt werden, dass Garantien häufig unter geschäftserfahrenen Personen vereinbart werden. Insbesondere wenn eine Bank eine „Garantie“ abgibt (z.B. für die Tilgung einer Forderung bei Fälligkeit), darf davon ausgegangen werden, dass diese Erklärung wörtlich gemeint ist.

II. Zustandekommen

Als Schuldvertrag nach § 311 BGB kommt die Garantie durch eine Einigung zwischen dem Garantiegeber und dem Garantiennehmer zustande. Der Begünstigte der Garantie kann entweder der Garantiennehmer oder ein Dritter sein. So kann etwa der Schuldner sich von seiner Bank das Versprechen geben lassen, dass die Bank bei Eintritt des Garantiefalls an seinen Gläubiger zahlen wird. Er kann aber auch seine Bank beauftragen, mit dem Gläubiger selbst einen Garantievertrag zu schließen. Im Geschäftsverkehr, zumal im internationalen Warenverkehr, läuft es dann oftmals so, dass die Schuldnerbank an die Gläubigerbank herantritt und ihr eine Garantie

³⁴⁰ Vgl. BGH WM 1975, 348, 349; OLG Düsseldorf ZMR 2003, 735.

stellt, damit die Gläubigerbank wiederum die im Valutaverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger geschuldete Garantieerklärung gegenüber dem Gläubiger abgibt.

Noch einmal sei betont, dass es nicht „die Garantie“ gibt. Ihr Inhalt ist vielmehr Vereinbarungssache und unterliegt als solche dem **Bestimmtheitserfordernis**: Der Garantiefall und die Garantieleistung müssen klar beschrieben sein. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen geht mangelnde Transparenz zu Lasten des Verwenders (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB).³⁴¹

Soll die Garantie zur Sicherung einer Forderung dienen, spielt es keine Rolle, ob diese Forderung überhaupt besteht: Genau darin kommt der Zweck der Garantie und ihr Unterschied zur Bürgschaft und zum Schuldbeitritt zum Ausdruck. Freilich gilt auch hier das Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens, so dass der Garantieempfänger die Garantie nicht ausnutzen darf, wenn ihre Voraussetzungen ganz offensichtlich nicht vorliegen.³⁴² An der wirksamen Entstehung des Garantieanspruchs ändert dies aber nichts.

Der Garantievertrag kann **formfrei** geschlossen werden³⁴³ (wird aber in der Praxis zumeist dokumentiert). Eine analoge Anwendung des § 766 BGB scheidet aus, weil die Vorschrift speziell dem Schutz des Bürgen dient: Der Garant geht keine Haftung für eine fremde Forderung ein (deren Risiko er unterschätzen mag), sondern er begründet eine eigene Verbindlichkeit (über deren Gefahren er sich wie bei jedem anderen Geschäft bewusst sein muss). Soweit sich die garantierte Leistung allerdings auf ein formpflichtiges Geschäft bezieht, greifen die zugehörigen Formvorschriften.³⁴⁴ Außerdem wird die Garantie formbedürftig, wenn sie sich als untrennbare Nebenvereinbarung zu einem formpflichtigen Geschäft darstellt.³⁴⁵

III. Einwendungen und Einreden

Was Einwendungen und Einreden betrifft, macht die Garantie es dem Rechtsanwender vergleichsweise leicht: Wegen der strengen Nicht-Akzessorietät können **nur Einwendungen und Einreden aus dem Garantieverhältnis** Bedeutung erlangen. Auf das Schicksal der gesicherten Forderung kommt es nicht an. Es muss ja nicht einmal eine gesicherte Forderung geben. Um ein Beispiel außerhalb der Kreditsicherung zu bemühen: Gibt der Hersteller eines Automobils eine fünfjährige „Garantie“ für Mangelfreiheit mit einer Laufleistungsbegrenzung von 100.000 km (§ 443 BGB), dann kann er im fünften Jahr nur einwenden, dass der Käufer bereits 120.000 km gefahren sei, nicht aber, dass die Gewährleistungsansprüche aus §§ 434 ff. BGB bereits nach § 438 BGB verjährt seien.

³⁴¹ Vgl. OLG Nürnberg ZIP 2014, 2039.

³⁴² BGHZ 145, 286, 291 = NJW 2001, 282, 283.

³⁴³ BGH WM 1964, 61, 62; NJW 1972, 576.

³⁴⁴ Vgl. zum Schuldbeitritt oben § 3 II 1 a.

³⁴⁵ Vgl. BGH NZM 2004, 430 zu einer Mietgarantie in einem Grundstückskaufvertrag.

IV. Beispiele

Die Vertragsfreiheit hat zu einer Vielzahl von Garantiearten im Bereich der Kreditsicherung und anderen Bereichen geführt. Einmal mehr sei davor gewarnt, vorschnell von der typisierenden Bezeichnung auf den Inhalt zu schließen: Die Übergänge zwischen den verschiedenen Garantie- und Sicherungsarten sind fließend, und alles, was zählt, ist der durch Auslegung zu ermittelnde Inhalt.

Der wichtigste Fall im Bereich der Kreditsicherung ist die **Bankgarantie**. Mit ihr verpflichtet sich die Bank bei Eintritt des Garantiefalles, einen bestimmten Betrag an den Begünstigten der Garantie zu zahlen. Weil die Beteiligten eine möglichst schnelle Auszahlung beabsichtigen, vereinbaren sie die Bankgarantie zumeist **auf erstes Anfordern**. Der Hintergrund solcher Abreden ist vielgestaltig. Er reicht von der Sicherung reiner Zahlungen über die Sicherung von Warenlieferungen bis hin zur Sicherung von Gewährleistungsansprüchen an Bauwerken. Wo die Garantie keine Zahlungspflicht, sondern eine Sachleistungspflicht sichert, kann der Garant typischerweise die garantierte Leistung nicht selbst erbringen. Er kann aber, und das genügt dem Garantieempfänger in aller Regel, die Auszahlung eines Betrages versprechen, der dem Begünstigten eine Ersatzvornahme ermöglicht.

Jenseits der Kreditsicherung sind dem Einsatz der Garantie kaum Grenzen gesetzt: Neben den schon genannten Herstellergarantien und Mietannahmegarantien sind Garantien über spätere Verkaufserlöse aus Immobilien oder Gesellschaftsanteilen, eine garantierte Mindestrendite aus Fonds-Einlagen oder Schadensfreiheitsgarantien beim Einbau bestimmter Bauteile in größere Anlagen verbreitet. Im Kreditkartengeschäft garantiert die kartenausgebende Bank dem Vertragshändler die Zahlung des mit Kreditkarte beglichene Kaufpreises.³⁴⁶ Und wer als Unternehmensgründer den Investoren für ein Raumfahrtunternehmen zusagt, dass das Unternehmen bis zum Jahr 2025 auf dem Mars landen wird, andernfalls sie ihre Investition aus den Händen des Gründers zurückerhalten werden, der ist auch daran nicht gehindert.

³⁴⁶ *Bitter*, ZBB 1996, 104, 119; *Bitter*, ZBB 2007, 237, 246 in Fn. 61. Nach Ansicht des BGH ist demgegenüber von einem abstrakten Schuldversprechen auszugehen (BGHZ 150, 286, 293 ff. = NJW 2002, 2234, 2236 m. Anm. *Bitter*, WuB I D 5 a. - 2.02; BGHZ 152, 75 = NJW 2002, 3698; BGHZ 157, 256, 261 ff. = ZIP 2004, 402 m. Anm. *Bitter*, WuB I D 5 a - 1.04). Dies macht im praktischen Ergebnis keinen großen Unterschied für den Vertragshändler. Sein Zahlungsanspruch ist in jedem Fall unabhängig vom Bestand und der Durchsetzbarkeit seiner Forderung gegen den Karteninhaber.

§ 5 Patronatserklärung

Die sog. Patronatserklärung, die richterweise eine *Patronatsvereinbarung* – nämlich ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (Vertrag) – ist³⁴⁷, stellt neben der Bürgschaft, dem Schuldbeitritt und der Garantie die vierte Art der Personalsicherheit dar.

I. Begriff

Der Höhepunkt schillernder Begrifflichkeit in der Kreditsicherung ist mit der „Patronatserklärung“ erreicht. Mit ihr äußert sich der Patron gegenüber dem Schuldner oder gegenüber dessen Gläubiger in Bezug auf eine Verbindlichkeit, die zwischen diesen beiden Personen besteht oder erst noch begründet werden soll. Der Inhalt der Patronatserklärung reicht von der bloßen Mitteilung, dass man von der Forderung Kenntnis nehme, bis hin zu einer insolvenzabwendenden Verlustausgleichs- und Liquiditätszusage.³⁴⁸ Die finanzielle Bedeutung der Patronatserklärung liegt dementsprechend zwischen Null und womöglich existenzgefährdend für den Patron selbst. Klar ist damit auch: Hier verbietet sich jede schematische Betrachtung und es hängt alles vom Inhalt der getroffenen Vereinbarung ab.³⁴⁹

Das gängige Einsatzgebiet von Patronatserklärungen sind Unternehmensgruppen: Die Muttergesellschaft sorgt – mehr oder minder – für Sicherheit in Bezug auf Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaften. Dass dies in so vielfältiger Weise geschieht, ist eine Folge der Aufspaltung des Konzernunternehmens in rechtlich selbständige Unternehmensträger: Je nachdem, wie stark das Tochterunternehmen in eine einheitliche Konzernleitung eingebunden ist – von einer bloßen Minderheitsbeteiligung an einer AG bis hin zur voll abhängigen Ein-Personen-GmbH – und welche Aufgabe ihm im Unternehmensverbund zukommt – überlebenswichtiger Zulieferer oder bloße Kapitalanlage –, ändert sich der Finanzierungsbedarf „von oben“. Hinzu kommen bilanzrechtliche und steuerrechtliche Motive.

1. Weiche Patronatserklärungen

Als „weiche“ Patronatserklärungen versteht man solche, die **keine rechtsgeschäftliche Verpflichtung** des Patrons auslösen. Sie entfalten deshalb allenfalls mittelbar eine Sicherheit. Erklärt etwa die Muttergesellschaft eines Industriekonzerns, dass sie den Abschluss eines Werkvertrags über den Bau einer Großanlage zwischen einem Tochterunternehmen und dem Werkbesteller begrüße und seine Durchführung auch in ihrem Interesse liege, dann gewinnt der Besteller zwar keine zusätzliche Haftungsgrundlage für den Fall, dass das Projekt scheitert. Er kann sich aber vielleicht etwas sicherer fühlen, dass das Projekt erfolgreich abgeschlossen wird,

³⁴⁷ Dazu *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428, 440.

³⁴⁸ Überblick und Formulierungsbeispiele bei *Michalski*, WM 1994, 1229; *Wittig*, WM 2003, 1981; v. *Rosenberg/Kruse*, BB 2003, 641; *Maier-Reimer/Etzbach*, NJW 2011, 1110; eingehend *Koch*, Die Patronatserklärung, 2005; *Wolf*, Die Patronatserklärung, 2005; *La Corte*, Die harte Patronatserklärung, 2006; *Verenkotte*, Patronatserklärungen im Lichte der jüngsten BGH-Rechtsprechung, 2014; zur Position des *Verfassers* siehe ausführlich *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428 ff.

³⁴⁹ Näher *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428, 438 ff.

wenn die Muttergesellschaft dem Ganzen ihren Segen gibt: Sie wird bei etwaigen Schwierigkeiten vielleicht (!) stützend eingreifen, um den Ruf der Unternehmensgruppe nicht zu gefährden.

Etwas mehr Sicherheit verschafft dem Werkbesteller die Erklärung der Muttergesellschaft, dass die Tochter gemäß den internen Konzernrichtlinien für das Werk finanziell und personell ausreichend gerüstet sei. Auch diese Erklärung verschafft dem Besteller zwar keinen Anspruch darauf, dass die Muttergesellschaft einspringt, wenn die Ausstattung der Tochter wider Erwarten doch nicht reicht. Sie enthält aber immerhin eine für den Besteller **vertrauensbildende Auskunft**, die zu einer Schadensersatzpflicht der Muttergesellschaft aus §§ 311 Abs. 2 und 3, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB führen kann, wenn für die Patronin voraussehbar war, dass die Tochter das Projekt nicht wird bewältigen können.³⁵⁰

2. Harte Patronatserklärungen

Zu einem Instrument der Kreditsicherung im eigentlichen Sinne – nämlich als Grundlage für einen klagbaren Anspruch – wird die Patronatserklärung erst als „harte“. Der Patron verspricht hier **in rechtsverbindlicher Weise**, dafür zu sorgen, dass die Tochtergesellschaft der zu sichernden Forderung nachkommen kann, und zwar typischerweise dadurch, dass der Patron der Tochtergesellschaft die dazu nötigen Mittel zur Verfügung stellt. Diese Vereinbarung kann sowohl mit der Schuldnerin (interne Patronatserklärung) als auch mit dem Gläubiger getroffen werden (externe Patronatserklärung).³⁵¹

a) Externe harte Patronatserklärung

Eine harte Patronatserklärung gegenüber dem Darlehensgeber der Tochter (T-GmbH) würde z.B. lauten:

Wir verpflichten uns dazu, dass wir die T-GmbH während der Zeit, in der sie den von Ihnen gewährten Kredit in Anspruch nimmt, in der Weise leiten und finanziell ausstatten, dass sie jederzeit in der Lage ist, ihre Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag bei Fälligkeit zu erfüllen.³⁵²

Wie das im Einzelnen geschieht, bleibt ohne gesonderte Vereinbarung dem Patron überlassen; er muss der Schuldnerin also nicht unmittelbar liquide Mittel zur Verfügung stellen, sondern kann beispielsweise auch eine Kreditsicherheit für eine Refinanzierung bereitstellen.

Anders als durch eine Bürgschaft oder Garantie erwirbt der Gläubiger aus einer externen Patronatserklärung **keinen direkten Zahlungsanspruch gegen den Patron**, sondern kann ihn nur darauf in Anspruch nehmen, den Schuldner in dem nötigen Umfang mit Kapital auszustatten.³⁵³ Prozessual ist das ein Problem, denn der Gläubiger kann dem Patron ohne entsprechende Vereinbarung keine bestimmte Art und Weise der Kapitalausstattung vorschreiben und deshalb

³⁵⁰ Vgl. MünchKommBGB/Habersack (Fn. 191), Vorbem § 765 Rn. 57.

³⁵¹ Näher Bitter, ZHR 181 (2017), 428, 438 ff., insbes. S. 440 ff.

³⁵² Angelehnt an den Formulierungsvorschlag von Hoffmann-Becking/Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Aufl. 2019, III. H. 10.

³⁵³ BGH ZIP 2017, 337 (Rn. 7); zur Schadensersatzpflicht bei Verletzung jener Pflicht s.u. § 5 IV.

auch keinen hinreichend bestimmten Antrag gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO stellen.³⁵⁴ Allerdings hat der Patron oftmals ein **Interesse daran, den Gläubiger direkt zu befriedigen**: So kann er die Gefahr ausschließen, dass die Tochter die zugeführten Mittel nicht bestimmungsgemäß weiterleitet oder aus insolvenzrechtlichen Gründen (§ 15b InsO, früher § 64 GmbHG³⁵⁵) gar nicht weiterleiten darf. Deshalb enthalten externe Patronatserklärungen eine ausdrückliche oder stillschweigende Ersetzungsbefugnis dergestalt, dass der Patron direkt an den Gläubiger leisten darf.³⁵⁶

Aus einer externen Patronatserklärung erwächst der patronierten **Tochter kein eigener Anspruch** auf Kapitalausstattung gegen den Patron.³⁵⁷ Sie ist bloß mittelbar Begünstigte der Vereinbarung und kann deren Aufhebung nicht widersprechen (§ 328 Abs. 2 BGB). Die typische externe Patronatserklärung ist daher **kein echter Vertrag zugunsten Dritter**.³⁵⁸

b) Interne harte Patronatserklärung

Durch eine interne Patronatserklärung sichert etwa die Muttergesellschaft der Tochter im **Innenverhältnis** die nötige Finanzierung zur Tilgung einer Forderung oder zur Durchführung eines Sanierungsvorhabens zu, gibt aber im Außenverhältnis zum Gläubiger allenfalls eine Mitteilung über diese Absicht. Dann hat die Tochter gegen ihre Mutter je nach Ausgestaltung der Vereinbarung einen klagbaren Anspruch auf Liquiditätsversorgung – das Bestimmtheitserfordernis besteht auch hier. **Ansprüche eines externen Gläubigers** kommen allenfalls dann in Betracht, wenn die Patronatsvereinbarung zur Verlautbarung gedacht war und die Leistungsbereitschaft der Gläubiger erhöhen sollte – etwa wenn Lieferanten eines kriselnden Unternehmens ihre Lieferungen nur deshalb wieder aufnehmen, weil die Konzernmutter des Krisenunternehmens ihm gegenüber eine umfassende Verlustausgleichs- und Liquiditätszusage dergestalt abgegeben hat, dass sie alles Nötige tun wird, um eine Insolvenz der Tochter zu vermeiden. Die **Grenze zum Vertrag zugunsten Dritter** ist einmal mehr Auslegungssache und nicht schematisch zu beantworten.³⁵⁹ Die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (Gläubiger) wird in aller Regel am fehlenden Einbeziehungsinteresse der Patronierten scheitern: Sie lässt sich die Kapitalausstattung versprechen, um ihre Teilnahme am Wirtschaftsleben

³⁵⁴ Näher C. Schäfer, WM 1999, 153.

³⁵⁵ Zur Anwendung des früheren § 64 GmbHG (jetzt partiell modifiziert § 15b InsO) in Durchleitungsfällen siehe Bitter, in Festheft Knauth, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 9 f.; Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 581 f., 587, 590 f.;

³⁵⁶ Vgl. BGH ZIP 2017, 337 (Rn. 7); MünchKommBGB/Habersack (Fn. 191), Vorbem § 765 Rn. 52.

³⁵⁷ BGH ZIP 2011, 1111 = NZI 2011, 536 (Rn. 20); MünchKommBGB/Habersack (Fn. 191), Vorbem § 765 Rn. 53.

³⁵⁸ Bitter, ZHR 181 (2017), 428, 440 m.w.N., dort S. 450 ff. aber auch zur erforderlichen Bindung im Gläubigerinteresse bei insolvenzvermeidenden Patronatsvereinbarungen.

³⁵⁹ Zur Diskussion um die Qualifikation der harten internen Patronatsvereinbarung v. Rosenberg/Kruse, BB 2003, 641, 642 f.; Wagner, Haftungsrisiken aus Liquiditätszusagen und Patronatserklärungen in der Unternehmenskrise, 2011, S. 137 ff.; Junggeburth, Interne harte Patronatserklärungen als Mittel zur Insolvenzabwehr, 2009, S. 95 ff.

zu sichern, nicht damit einzelne Gläubiger keinen Ausfall erleiden.³⁶⁰ Außerdem fehlt dem Gläubiger das Schutzbedürfnis, da er sich von Seiten der Patronin eine ausdrücklich an ihn gerichtete Zusage geben lassen kann (soweit die Patronin dazu bereit ist).

Die interne Patronatserklärung kann so weit gehen, dass die Konzernmutter ihrer Tochter verspricht, losgelöst von einzelnen Forderungen einzelner Gläubiger alle Maßnahmen zu ergreifen, um eine Überschuldung (§ 19 InsO) oder Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) abzuwenden. Die Tochter hat dann einen Anspruch auf Ausgleich all ihrer Verluste sowie auf Zuführung liquider Mittel zur Tilgung fälliger Verbindlichkeiten. Insolvenzabwendend wirkt die **Verlustdeckungs- und Liquiditätszusage** indes nur, wenn (1) der Anspruch vollwertig ist, die Patronin also ihrerseits fähig und tatsächlich bereit ist, die anfallenden Verluste der Tochter auszugleichen und ihr alle nötigen liquiden Mittel zur Verfügung zu stellen, um die fälligen Verbindlichkeiten zu bedienen³⁶¹, und (2) der Vertrag als echter Vertrag zugunsten der Gläubiger ausgestaltet ist mit der Folge, dass eine Aufhebung während der Krise der Tochter ohne Zustimmung aller Gläubiger nicht möglich ist.³⁶²

II. Entstehung des Patronatsanspruchs

Ein Anspruch des Gläubigers aus der (externen) Patronatserklärung kann von vornherein nur bestehen, soweit der Patron sich überhaupt zu einer **rechtlich bindenden Leistung** bereit erklärt hat. Wo eine solche Willenserklärung vorliegt, muss ihr Inhalt genau untersucht werden: Im Zweifel ist sie nicht auf einen Direktanspruch des Gläubigers gegen den Patron gerichtet (dann eher Bürgschaft oder Garantie). Wo die zu sichernde Forderung fehlt, einredebehaftet oder erloschen ist, besteht auch kein Grund, den Schuldner mit weiteren finanziellen Mitteln auszustatten; die Patronatspflicht ist insoweit **akzessorisch** (§§ 767 f., 770 BGB analog).³⁶³ Einwendungen und Einreden gegen die gesicherte Forderung stehen deshalb auch dem Patron zu.

Die Patronatserklärung ist **formfrei**, denn der Patron haftet anders als bei der Bürgschaft nicht für die Verbindlichkeit des Schuldners, sondern verpflichtet sich zu einer eigenständigen, andersartigen Leistung (insoweit der Garantie vergleichbar).³⁶⁴ Im Übrigen käme praktisch nahezu immer § 350 HGB³⁶⁵ zur Anwendung, weil der Patron Kaufmann kraft Rechtsform ist.

³⁶⁰ Vgl. v. *Rosenberg/Kruse*, BB 2003, 641, 643 (gegen einen *Vertrag zugunsten Dritter*); a.M. anscheinend *Maier-Raimer/Etzbach*, NJW 2011, 1110, 1115 (die aber womöglich einen *Vertrag zugunsten Dritter* meinen).

³⁶¹ Vgl. BGH ZIP 2011, 1111 = NZI 2011, 536 (Rn. 21 f.).

³⁶² Siehe dazu ausführlich *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428 ff., 446 ff., insbes. S. 456 ff., 459 ff.: Übertragung der in BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim* für den sog. qualifizierten Rangrücktritt entwickelten Grundsätze auf die Patronatserklärung.

³⁶³ MünchKommBGB/*Habersack* (Fn. 191), Vorbem § 765 Rn. 53 m.w.N. auch zur Gegenansicht, wonach die Patronatserklärung einer Garantie ähnele.

³⁶⁴ Zur Garantie oben § 4 II bei Fn. 343; a.M. MünchKommBGB/*Habersack* (Fn. 191), Vorbem § 765 Rn. 53 im Anschluss an *La Corte* (Fn. 348), S. 315 ff., der eine auf den Vertragstypus beschränkte Anwendung des § 766 BGB generell für schutzzweckwidrig hält.

³⁶⁵ Dazu *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 14), § 7 Rn. 36 f. mit Fällen Nr. 2 und 3 – Altstadtkneipe I und II sowie Fall Nr. 22 – Partnerschaftsvermittlung.

Die versprochene Liquiditätszufuhr oder Verlustdeckung stellt in aller Regel auch keine gemäß § 518 BGB notariell zu beurkundende Schenkung dar. Die Zuwendung erfolgt nämlich in den typischen Fällen aus Anlass der Gesellschafterstellung des Patrons (*causa societatis*), nicht zum Zwecke einer rein unentgeltlichen Zuwendung.³⁶⁶

Wird die gesicherte Forderung abgetreten, erwirbt der Zessionar auch die Rechte aus einer externen Patronatserklärung (§ 401 BGB analog).³⁶⁷

III. Erlöschen des Patronatsanspruchs

Da der Patron nur in dem Umfang für die Leistungsfähigkeit der Tochter sorgen muss, in dem sie tatsächlich an den Gläubiger zu leisten hat, erlischt der Anspruch aus der Patronatserklärung mit der Tilgung der gesicherten Forderung. Hält der Gläubiger mehrere Forderungen gegen den Schuldner, kommt es auf den Inhalt der Patronatserklärung an, ob die Kapitalausstattungspflicht nur in Bezug auf eine bestimmte Forderung oder bis zur Tilgung aller Forderungen greift.

Bei internen Patronatserklärungen – zumindest wenn sie dem Gläubiger nicht mitgeteilt wurden – besteht die Gefahr der **Kündbarkeit**.³⁶⁸ Schuldner und Patron sind zudem grundsätzlich frei, die Vereinbarung aufzuheben.³⁶⁹ Wer als Gläubiger sicherstellen will, dass die Liquiditätszusage fortbesteht, solange seine Forderung noch offen ist, der muss dafür sorgen, dass er einen eigenen Anspruch gegen den Patron erwirbt – sei es durch eine externe Patronatserklärung oder durch eine interne Patronatserklärung, die ihm ausdrücklich ein Forderungsrecht einräumt (Vertrag zu Gunsten Dritter). Dann nämlich können Schuldner und Patron die Vereinbarung nicht mehr ohne die Zustimmung des Gläubigers ändern.³⁷⁰ Für eine insolvenzabwendende Patronatserklärung ist eine derartige Vereinbarung zugunsten *aller* Gläubiger – wie gesagt – unabdingbar.³⁷¹

IV. Insolvenz des Schuldners

In der Insolvenz des patronierten Schuldners löst die Patronspflicht zur **Liquiditätsversorgung** des Schuldners einen direkten **Schadensersatzanspruch** des Gläubigers (externe Erklärung) bzw. der Insolvenzmasse (interne Erklärung) gegen den Patron aus: Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens steht fest, dass der Patron nicht wie versprochen für die nötige Kapitalausstattung gesorgt hat, damit der Schuldner den einzelnen Gläubiger bzw. die

³⁶⁶ BGH ZIP 2006, 1199 Rn. 11 f. („Boris Becker/Sportgate“).

³⁶⁷ MünchKommBGB/*Habersack* (Fn. 191), Vorbem § 765 Rn. 53.

³⁶⁸ Vgl. BGHZ 187, 69 = ZIP 2010, 2092 („STAR 21“); *Raeschke-Kessler/Christopeit*, NZG 2010, 1361; *Kaiser*, ZIP 2011, 2136.

³⁶⁹ Dazu *Tetzlaff*, WM 2011, 1016.

³⁷⁰ Vgl. BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim* zur Aufhebung einer Rangrücktrittsvereinbarung.

³⁷¹ Siehe oben bei Fn. 362.

Gläubigergesamtheit bedienen kann (§§ 280, 283 BGB).³⁷² Daher verwandelt sich die ursprüngliche Kapitalausstattungspflicht nach der Insolvenz des Schuldners in eine Pflicht zur Direktzahlung an den Gläubiger.³⁷³ Der Patron haftet dann dem Gläubiger neben dem Schuldner; in der **Insolvenz auch des Patrons** gilt der im Skript zu den „Insolvenzrechtlichen Grundlagen der Kreditsicherung“ näher beschriebene Grundsatz der Doppelberücksichtigung aus § 43 InsO.³⁷⁴

Die (interne) **Verlustübernahmepflicht** hingegen wird mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht hinfällig und kann vom Insolvenzverwalter weiter gegen den Patron geltend gemacht werden.³⁷⁵ Dadurch gerät je nach Größe der Verluste womöglich auch der Patron in die Krise („Dominoeffekt“).

³⁷² Vgl. BGHZ 117, 127 = NJW 1992, 2093 m.w.N.; NJW-RR 1989, 1116, 1117; a.M. MünchKommBGB/*Habersack* (Fn. 191), Vorbem § 765 Rn. 55.; *Maier-Raimer*, NJW 2011, 1110, 1114: (ergänzende) Auslegung des Patronatsvertrags.

³⁷³ BGH ZIP 2011, 1111; ZIP 2017, 337 (Rn. 7).

³⁷⁴ MünchKommInsO/*Bitter*, 4. Aufl. 2019, § 43 Rn. 8.

³⁷⁵ BGH ZIP 2006, 1199 („Boris Becker/Sportgate“) m. Bspr. *Wolf*, ZIP 2006, 1885; BGH ZIP 2011, 1111 = NZI 2011, 536 (Rn 19).