

II. Sonderregeln gelten für Börsentermingeschäfte (§ 52 ff. BörsenG) über Wertpapiere und Waren, die an einer deutschen Börse zugelassen sind. Diese Termingeschäfte dienen nicht nur der reinen Spekulation, sondern sichern auch gegen künftige Preisschwankungen ab und werden daher unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig anerkannt.

2. Kapitel: Die Bürgschaft: §§ 765 - 778

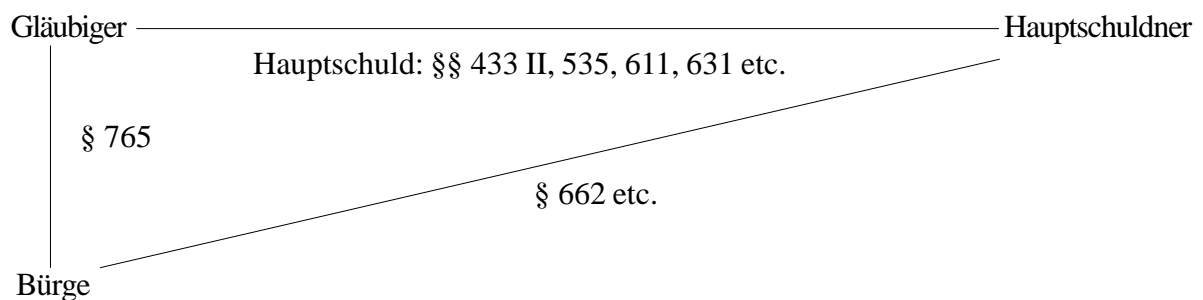
Vorbemerkung

1) Die Sicherungsfunktion der Bürgschaft

Durch den Bürgschaftsvertrag wird der Bürge gemäß § 765 I gegenüber dem Gläubiger einseitig verpflichtet, für eine fremde Schuld einzustehen. Der Bürgschaftsvertrag verschafft dem Gläubiger eine Sicherheit für seinen Anspruch gegen den Hauptschuldner, weil der Gläubiger jetzt einen zusätzlichen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Bürgen hat.


Im Verhältnis zu anderen Sicherheiten hat die Bürgschaft für den Gläubiger Vor- und Nachteile: Der Gläubiger hat im Gegensatz zum Realkredit (z.B. Grundpfandrechte, Sicherungsübereignung, Sicherungszession) kein dingliches wirkendes vorrangiges Zugriffs- und Befriedigungsrecht an bestimmten Gegenständen, das ihm in der Insolvenz des Hauptschuldners oder in der Einzelzwangsvollstreckung etwaige Sonderrechte (z.B. Aussonderung/Drittwiderrspruchsklage, abgesonderte Befriedigung) verschaffen würde. Der Wert der Sicherheit steht und fällt daher mit der Solvenz des Bürgen. Der Vorteil der Bürgschaft im Verhältnis zum Realkredit besteht allerdings darin, daß der Bürge mit seinem gesamten Vermögen und nicht nur mit einer einzelnen Sache haftet.

2) Die beteiligten Personen



Die Bürgschaft ist ein 3 - Personen - Verhältnis:

- Hauptschuld:** Der Gläubiger hat einen - wie auch immer gearteten - Anspruch gegen den Hauptschuldner, der aus einem vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnis stammen kann.
- Bürgschaftsvertrag:** Der Bürgschaftsvertrag wird (in aller Regel) zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen geschlossen. Denkbar wäre aber auch, daß der Bürge den Hauptschuldner in der Form des § 766, 1 gemäß den §§ 164 ff. bevollmächtigt, ihn gegenüber dem Gläubiger zur Abgabe eines Bürgschaftsversprechens zu vertreten oder daß der Bürge (in spe) mit dem Hauptschuldner (!) einen Bürgschaftsvertrag schließt, der als Vertrag zugunsten Dritter gemäß den §§ 328 ff. zugunsten des Gläubigers wirkt.

 - KLAUSURTIP: Obwohl die Bürgschaft vom Bestand und Inhalt der Hauptschuld abhängig ist, entsteht die Bürgschaft unabhängig von der Hauptschuld und kann daher auch ohne Wissen oder auch gegen den Willen des Hauptschuldners übernommen werden.

c) **Innenverhältnis Bürge - Hauptschuldner:** Bevor der Bürge den Bürgschaftsvertrag abschließt, wird er regelmäßig eine schuldrechtliche Vereinbarung mit dem Hauptschuldner treffen, warum er sich mit seinem gesamten persönlichen Vermögen für fremde Schuld verbürgt. Dieses Innenverhältnis bestimmt nicht nur die Rechte und Pflichten der Beteiligten, sondern gewährt dem Bürgen nach Befriedigung des Gläubigers auch einen (neben der gesetzlich übergebenen Hauptschuld/§ 774 I 1) zusätzlichen Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner. Dabei können wir wie folgt unterscheiden:

aa) Will sich der Bürge aus reiner Freundschaft oder sonstiger persönlicher Verbundenheit verbürgen, ohne sich das mit der Bürgschaft verbundene Risiko gesondert honorieren zu lassen, liegt ein **Auftrag i.S.d. §§ 662 ff.** vor. Hatte der Hauptschuldner jedoch versprochen, dem Bürgen eine Risikoprämie (= **Avalprovision**) zu zahlen, handelt es sich um einen entgeltlichen **Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675** (z.B. Bankbürgschaft). Hat der Bürge den Gläubiger befriedigt, kann er gemäß den §§ 662, 670 bzw. 675, 670 beim Hauptschuldner Regreß nehmen.

In beiden Fällen hat der Hauptschuldner aber einen klagbaren Anspruch gegen den Bürgen, der diesen zur Abgabe einer Bürgschaftserklärung verpflichtet. Um den Bürgen vor einer übereilten Verpflichtung zu bewahren, wollen manche (Reinicke- Tiedtke, Bürgschaftsrecht Rz. 47; Medicus AT Rz. 373; vgl. auch nach geänderter Rspr. BGH WM 1996, 762) das Schriftformerfordernis des **§ 766, 1** bereits auf den Vertrag zwischen Hauptschuldner und Bürgen anwenden (a.A. OLG Köln WM 1995, 1224; Staudinger- Horn § 766 Rz. 3).

bb) Hat der Bürge von vornherein auf einen Regreß gegen den Hauptschuldner verzichtet und ist er sich mit dem Hauptschuldner über die Unentgeltlichkeit einig, handelt es sich um eine (gemäß § 518 I formbedürftige) **Schenkung** (BGH WM 1976, 1053).

cc) Hat sich der Bürge ausnahmsweise ohne vorherige Rücksprache mit dem Hauptschuldner verbürgt, liegt eine **Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.d. § 677 ff.** vor. War der Hauptschuldner mit der Übernahme der Bürgschaft einverstanden (= echte berechnete GoA), kann der Bürge nach der Befriedigung des Gläubigers gemäß den §§ 683, 670 Aufwendungsersatz verlangen; ansonsten (echte nichtberechnete GoA) gemäß den §§ 684, 1; 818 II Wertersatz in Geld dafür, daß der Hauptschuldner im Verhältnis zum Gläubiger von seiner Leistungspflicht frei geworden ist.

3) Die Akzessorietät der Bürgschaft

Die Verpflichtung des Bürgen beruht zwar auf einem von der gesicherten Schuld zu unterscheidenden Vertrag, doch ist die Bürgschaftsschuld von der gesicherten Hauptschuld in mehrfacher Weise abhängig:

a) Die Entstehungsakzessorietät

Ist die Hauptschuld nicht entstanden, so ist auch der Bürgschaftsvertrag nicht wirksam geworden. Etwas anderes gilt nur, wenn sich durch eine **Auslegung des Bürgschaftsvertrags** gemäß den §§ 133, 157 ermitteln läßt, daß sich der Bürge auch für die Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüche des Gläubigers verbürgen wollte, die dem Gläubiger ggf. infolge der Nichtigkeit der Hauptschuld gegen den Hauptschuldner zustehen (z.B. §§ 122; 812 I 1, 1. Alt.). Dies wird regelmäßig dann angenommen, wenn das Wirksamkeitshindernis der Hauptschuld aus der Sphäre des Hauptschuldners stammt, wie dies bei Geschäftsunfähigkeit oder einer Irrtumsanfechtung durch den Hauptschuldner der Fall ist. Der kluge Gläubiger beugt vor und sorgt durch AGB für Klarheit, wobei

eine Klausel, die den Bürgen für sämtliche Ansprüche in Zusammenhang mit der Hauptschuld (Erfüllung, Rücktritt, Anfechtung etc.) haften läßt, weder i.S.d. § 305 c I überraschend noch i.S.d. § 307 inhaltlich unzulässig ist (BGH NJW 1992, 1234, 1235).

b) Die Inhaltsakzessorietät

- aa) Das Bürgschaftsrisiko wird durch § 767 präzisiert, aber auch begrenzt: Nach § **767 I 1** ist für die Haftung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptschuld maßgebend. **Inhalt und Umfang der Bürgenhaftung bestimmen sich nach der Hauptschuld**, so daß die Bürgschaft erlischt, wenn die Hauptschuld durch Erfüllung oder Erfüllungssurrogate (§§ 364 I, 372, 387, 397) erloschen ist. Auch wenn der Gläubiger infolge einer Leistungsstörung des Hauptschuldners (z.B. gemäß § 323 I) zurücktritt oder Schadensersatz statt der Leistung fordert, kommt dies dem Bürgen zugute, wenn die Bürgschaft nicht auch derartige Ansprüche sichern sollte.
- bb) Die Akzessorietät wird allerdings dort durchbrochen, wo sich die Hauptschuld gerade infolge der Insolvenz des Hauptschuldners ändert, für die der Bürge haftet:
- (1) Gemäß § 768 I 2 kann sich der Bürge auf die haftungsbeschränkenden Maßnahmen des Erben nicht berufen, der den Hauptschuldner beerbt.
 - (2) Gemäß § 254 II 1 InsO wirkt auch die Herabsetzung der Hauptschuld durch Vergleich oder Zwangsvergleich nicht zugunsten des Bürgen.
- cc) Die Haftung des Bürgen erweitert sich gemäß den §§ **767 I 2, 767 II**, wenn sich die Hauptschuld durch eine Leistungsstörung des Hauptschuldners um einen entsprechenden Schadensersatz (z.B. Verzögerungsschaden gemäß den §§ 280 I, II, 286) erhöht oder wenn dem Gläubiger Kosten für die Kündigung der Hauptschuld oder für die Rechtsverfolgung des Hauptschuldners nach Übernahme der Bürgschaft entstehen. Dies gilt auch dann, wenn der Bürge auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hatte, so daß der Gläubiger auch sofort gegen den Bürgen hätte vorgehen können (Staudinger-Horn § 767 Rz. 15 m.w.N.).
- dd) Auf der anderen Seite stellt § **767 I 3** klar, daß sich die Bürgschaft durch ein Rechtsgeschäft zwischen Gläubiger und Hauptschuldner nicht mehr erweitern kann, weil dieses Rechtsgeschäft ein Vertrag zu Lasten des Bürgen wäre.

c) Die Durchsetzbarkeitsakzessorietät

Der Bürge haftet akzessorisch nur für den Fall, daß der Hauptschuldner leisten muß, aber nicht leisten kann. Der Gläubiger kann daher seinen Anspruch aus der Bürgschaft nur dann durchsetzen, wenn auch die Hauptschuld durchsetzbar ist. Gemäß § 768 I kann sich der Bürge daher auf die dem Hauptschuldner gegen die Hauptschuld zustehenden Einreden berufen (dazu ausführlich unten § 61 III 1). Zudem kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers gemäß § 770 I, II solange verweigern, wie sich der Hauptschuldner durch Anfechtung oder Aufrechnung noch von seiner Hauptschuld befreien kann (dazu unten § 61 III 2).

d) Die Zuständigkeitsakzessorietät

Tritt der Gläubiger die durch Bürgschaft gesicherte Forderung gemäß § 398 an den Erwerber ab, so geht auch die Bürgschaft als akzessorische Sicherheit gemäß § 401 auf den Erwerber über. Dies gilt über die §§ 412, 401 auch, wenn die gesicherte Forderung kraft Gesetzes übergeht. Im Gegensatz dazu erlischt die Bürgschaft gemäß § 418 I 1 bei einem vom Bürgen nicht genehmigten Schuldnerwechsel durch befreiende Schuldübernahme (§§ 414, 415), weil ja das Risiko des Bürgen mit der Person des Hauptschuldners steht und fällt.