

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

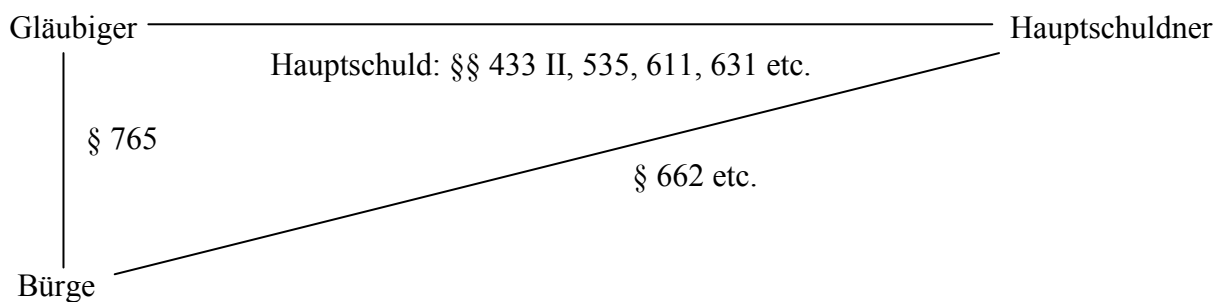
Vorbemerkung

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.

AL-Klausurtyp: 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.

- 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 übergangenen 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; vgl. BGH WM 1996, 762) das Schriftformerfordernis des **§ 766, 1** bereits auf den Vertrag zwischen Hauptschuldner und Bürgen anwenden (a.A. 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; dazu BGH NJW 2009, 1879; 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.). Zum Verzug des Bürgen seinerseits BGH NJW 2011, 1120.
- 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.

§ 59 Die Struktur der Bürgenhaftung im Überblick

I. Die Hauptschuld

- 1) Der Anspruch aus der Hauptschuld ist entstanden. Handelt es sich um einen vertraglichen Anspruch, können **rechtshindernde Einwendungen**, also Nichtigkeitsgründe (z.B. §§ 125, 1; 138 I, II) oder ausgeübte Anfechtungsrechte (z.B. §§ 119 I, II, 123 I i.V.m. § 142 I) die Hauptschuld entfallen lassen (BGH NJW 2009, 1879). Dann muss durch ergänzende Auslegung des Bürgschaftsvertrags gemäß den §§ 133, 157 ermittelt werden, ob die Bürgschaft auch die Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche des Gläubigers sichern sollte, die infolge der Nichtigkeit der Hauptschuld entstehen.
- 2) Der Anspruch aus der Hauptschuld war bei der Übernahme der Bürgschaft noch nicht durch **rechtsvernichtende Einwendungen** des Hauptschuldners (z.B. §§ 362, 364 I, II, 326 I, 818 III etc.) erloschen. Hier bestehen 2 Möglichkeiten:
 - a) Ist die Hauptschuld bereits vor der Übernahme der Bürgschaft erloschen, so ist die Bürgschaftsverbindlichkeit aufgrund ihrer Akzessorietät gemäß § 765 I erst gar nicht entstanden.
 - b) Ist der Anspruch aus der Hauptschuld erst nach der Übernahme der Bürgschaft erloschen, so ist der Anspruch aus der Bürgschaft zunächst entstanden, aber aufgrund der Akzessorietät gemäß § 767 I 1 erloschen.

II. Die Bürgschaftsverbindlichkeit

- 1) **Der Anspruch aus der Bürgschaft ist entstanden.** Dabei gibt es folgende Problemkreise:
 - a) Erforderlicher **Inhalt** der Bürgschaftserklärung: Person des Gläubigers und des Hauptschuldners, Hauptschuld, Verbürgungswille
 - b) Die **Form** der Bürgschaftserklärung: Kaufleute und Scheinkaufleute können sich gemäß § 350 HGB auch mündlich, Privatleute gemäß § 766, 1 nur schriftlich verbürgen.
 - c) **Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe:** Die Bürgschaftserklärung kann wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 I nichtig sein, wegen eines Irrtums gemäß den §§ 119 I, 123 I angefochten oder gemäß § 158 I, II unter eine aufschiebende/auflösende Bedingung gestellt werden.
- 2) Der Anspruch aus der Bürgschaft kann durch eine **rechtsvernichtende Einwendung** des Bürgen erloschen sein:
 - a) Kündigung, wenn die Bürgschaft ein Dauerschuldverhältnis ist;
 - b) Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313;
 - c) Freigabe von Sicherheiten durch den Gläubiger: § 776.
- 3) Der Anspruch aus der Bürgschaft ist aufgrund einer **rechtshemmenden Einrede** des Bürgen nicht durchsetzbar:
 - a) Einreden des Bürgen aus der Hauptschuld gemäß § 768 I (z.B. Verjährung der Hauptschuld);
 - b) die Einreden der Anfechtbarkeit und Aufrechenbarkeit gemäß § 770 I, II;

- c) die Einrede des Bestehens sonstiger Gestaltungsrechte (wie z.B. die Einrede der Rücktrittsmöglichkeit) gemäß § 770 I analog;
- d) die Einrede der Vorausklage gemäß § 771.
- e) die Einrede der Verjährung gemäß § 214 I: Der Anspruch aus der Bürgschaft verjährt unabhängig davon, wann der Anspruch aus der Hauptschuld verjährt (OLG Stuttgart, NJW-RR-2010, 895).

§ 60 Vertragsinhalt und Vertragspflichten

I. Der Bürgschaftsvertrag

1) Das Zustandekommen des Vertrags

- a) Wie jeder andere Vertrag auch kommt der Bürgschaftsvertrag gemäß den §§ 145 ff. durch **Angebot und Annahme** zustande. Das Angebot des Bürgen ist ebenso wie dessen Annahme eine empfangsbedürftige Willenserklärung, wobei der Bürge auf den Zugang der Annahmeerklärung gemäß § 151 verzichten kann.
- b) In aller Regel schließt der Bürge den Bürgschaftsvertrag mit dem Gläubiger, wobei eine Mitwirkung des Hauptschuldners nicht erforderlich ist. Die Bürgschaftserklärung ist aber trotz des damit verbundenen Risikos keine höchstpersönliche Erklärung, so dass sich der Bürge durch Dritte gemäß den §§ 164 ff. vertreten lassen kann. Dabei muss aber die Bevollmächtigung entgegen § 167 II aus Gründen des Übereilungsschutzes gemäß § 766, 1 schriftlich erfolgen, wenn der Bürge kein Kaufmann ist (BGH WM 1996, 762). Auch der Hauptschuldner kann den Bürgen bei entsprechender Vertretungsmacht vertreten und sich im Namen des Bürgen für seine eigene Schuld verbürgen. Das Verbot des § 181 steht dem nicht entgegen, weil zwischen dem Bürgen, vertreten durch den Hauptschuldner auf der einen und dem Gläubiger auf der anderen Seite keine Personenidentität besteht (BGH NJW 1996, 1467, 1468; 1994, 798). Der Bürge wird jedoch durch die Regeln über den **Missbrauch der Vertretungsmacht** geschützt:
 - aa) Hat der Hauptschuldner mit dem Gläubiger bewusst zum Nachteil des Bürgen zusammengewirkt, ist die Bürgschaft **wegen Kollusion** gemäß § 138 I nichtig (Langel, BGB AT 2 § 27 IX 1 a).
 - bb) Musste sich für den Gläubiger der Verdacht des Missbrauchs der Vertretungsmacht durch den Hauptschuldner geradezu aufdrängen, so wäre eine Inanspruchnahme des Bürgen eine **unzulässige Rechtsausübung** iSd § 242 (Langel, BGB AT 2 § 27 IX 1 b).
- c) In Ausnahmefällen kann der Bürgschaftsvertrag auch zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner zugunsten des Gläubigers geschlossen werden, so dass der Gläubiger nach den Regeln über den Vertrag zugunsten Dritter gemäß den §§ 765, 328 I gegen den Bürgen vorgehen kann (BGH NJW -RR- 1989, 315, 317). Im Zweifel erklärt sich der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner aber nur zu einer späteren (!) Übernahme der Bürgschaft gegenüber dem Gläubiger bereit.

2) Der Inhalt der Bürgschaftserklärung

Der Bürgschaftsvertrag ist nur dann wirksam, wenn sich die Parteien über die wesentlichen Elemente des vom Bürgen übernommenen Risikos verständigt haben. Die Bürgschaftserklärung