

eine Bank für ihren Kunden verpflichtet, gegenüber ausländischen Gläubigern einzustehen, wie etwa gegenüber Zoll- und Steuerbehörden (zum Vorstehenden genauer Pottschmidt/Rohr, Kreditsicherungsrecht, Rn. 3 bis 5).

Die **Funktion** von Bürgschaften ist es, dem Gläubiger bei Ausfall seiner Geldforderung gegen den Hauptschuldner eine weitere Person zur Seite zu stellen, die dann mit ihrem Vermögen haftet und die ausstehende Zahlung vornimmt. Gesetzliches Leitbild ist die Bürgschaft, bei der der Bürge subsidiär haftet und erst dann eintreten soll, wenn der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Bis dahin steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zu, § 771 BGB. Es handelt sich also um eine Art Ersatzhaftung, präziser um eine subsidiäre Haftung nach dem Wegfall des Hauptschuldners. Erst wenn der Hauptschuldner ausfällt, steht der Bürge mit seiner Person voll im Visier des Gläubigers.

2.2 Der Bürgschaftsvertrag

2.2.1 Die Vertragsparteien

Der Bürgschaftsvertrag kommt zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen zustande. Der Schuldner muss nicht mitwirken und muss von seiner Entstehung nichts wissen. Es handelt sich um einen einseitig verpflichtenden Vertrag.

Dennoch wird in § 765 BGB zwingend ein Dreipersonenverhältnis vorausgesetzt. Die Bestimmung verlangt neben dem Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen notwendigerweise, dass die Verbindlichkeit eines Dritten (des Hauptschuldners) besteht. Folglich wird ein Dreipersonenverhältnis vorausgesetzt; Bürge und Hauptschuldner können nicht identisch sein.

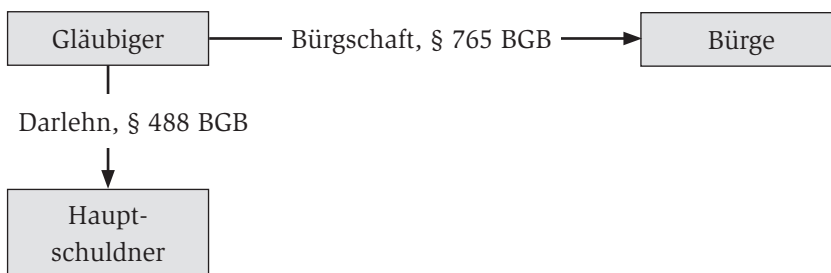


Abbildung 5: Vertragsparteien Bürgschaft

Dementsprechend kann der Hauptschuldner nicht für sich selbst eine Bürgschaft übernehmen. Allerdings wird in der Rechtspraxis zugelassen, dass sich der persönlich haftende Gesellschafter einer oHG für die Gesellschaftsschulden verbürgen kann (RGZ 139, 252), obgleich er für diese als Gesellschafter ohnehin persönlich haften muss (§ 128 HGB). Häufig kommt in der Praxis der Fall vor, dass der alleinige Gesellschafter einer GmbH die Bürgschaft für einen Kredit zugunsten der Gesellschaft übernimmt, da die Einmann-GmbH eine juristische Person ist und nur deren Gesellschaftsvermögen für die Rückzahlungsverbindlichkeit haftet (§ 13 II GmbHG). Der bürgende Alleingesellschafter ist somit ein eigenständiges Haftungssubjekt. Das erforderliche Dreipersonenverhältnis liegt somit vor.

2.2.2 Vertragsinhalt

Wesentliche Voraussetzungen für einen wirksamen Bürgschaftsvertrag sind:

1. Eine Vertragserklärung des Bürgen, die seinen eindeutigen Willen zum Ausdruck bringt, für die Verbindlichkeit des Schuldners eintreten zu wollen (Verbürgungswille)

Die Benutzung der Worte „sich verbürgen“ oder „als Bürge haften“, lassen diesen Verbürgungswillen klar erkennen. Aber auch die Formulierung, dass man „hinter dem Schuldner stehe und mit dem eigenen Vermögen hafte“, zeigt einen solchen Willen (RGZ 140, 216).

2. Abgabe der Bürgschaftserklärung in schriftlicher Form, § 766 S. 1 BGB

Die Erklärung des Bürgen muss eigenhändig unterzeichnet werden, § 126 BGB. Elektronische Form reicht nicht, § 766 S. 2 BGB. Wenn der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Formmangel nach § 766 S. 3 BGB geheilt. Im Handelsverkehr besteht nach § 350 HGB kein Formzwang: wenn die Bürgschaftsübernahme seitens des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, reichen demnach auch mündliche Bürgschaftserklärungen. Dafür muss der Bürge als Kaufmann die Erklärung im Rahmen seines Handelsgeschäfts abgegeben haben (§ 343 I HGB). Würde der Geschäftsführer einer GmbH die Erklärung im eigenen Namen abgeben, träte dies nicht zu, da er als solcher kein Kaufmann ist. Hätte er dagegen die Erklärung namens der GmbH abgegeben, wäre die mündliche Bürgschaftserklärung wirksam, da die GmbH als solche Formkaufmann ist.

3. Annahme der Vertragserklärung durch den Gläubiger

Diese kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Eine Schriftform ist nicht nötig, da nur die Bürgschaftserklärung schriftlich abzugeben ist.

4. Bestehen einer Hauptschuld

Die zu sichernde Forderung kann eine gegenwärtige Forderung sein, aber auch eine zukünftige oder eine bedingte Forderung (§ 765 II BGB). Insoweit gilt das **Bestimmtheitsgebot**, sodass die Person von Gläubiger und Hauptschuldner sowie die Schuld, für die gebürgt werden soll, bestimmbar sein müssen (BGH NJW 1995, 959) Dazu gehören grundsätzlich konkrete Angaben über die Person von Gläubiger und Schuldner und die Bezeichnung der zu sichernden Forderung. Nach der Rechtsprechung reicht aber im Einzelfall auch die bloße Bestimmbarkeit aus, wobei die Person des Gläubigers, des Hauptschuldners sowie die Forderung zumindest individuell bestimmbar sein müssen (BGH NJW 1995, 959). Sind einzelne Elemente nicht ausdrücklich genannt, sind bestehende Unklarheiten durch Auslegung zu beseitigen (BGH NJW 1995, 43 und 2000, 1569). Gelingt diese nicht, ist die Bürgschaft unwirksam.

Bezüglich der Hauptschuld genügt es, wenn sie nach Art und Umfang durch Auslegung bestimmt werden kann. Die gesicherte Forderung muss so genau bestimmt sein, dass sie von ungesicherten Forderungen unterschieden werden kann. Auch für eine zukünftige und eine bedingte Verbindlichkeit kann die Bürgschaft übernommen werden, § 765 II BGB.

Beispiele: Bürgschaftsübernahme „für alle gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten aus einem bestimmten Vertragsverhältnis“ entspricht dem Bestimmtheitserfordernis (BGH NJW 1995, 1886). Dagegen reicht es nicht, wenn die Bürgschaft für „Verbindlichkeiten des Schuldners“ ohne sachliche Begrenzung, insbesondere ohne Bezeichnung der konkreten Geschäftsverbindung erfolgt (BGH NJW 1990,909). Ausreichend ist die in der Bankpraxis übliche Bezeichnung, dass die Bürgschaft „für sämtliche gegenwärtigen sowie zukünftigen Verbindlichkeiten aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung“ übernommen wird (BGH NJW 1985, 848).

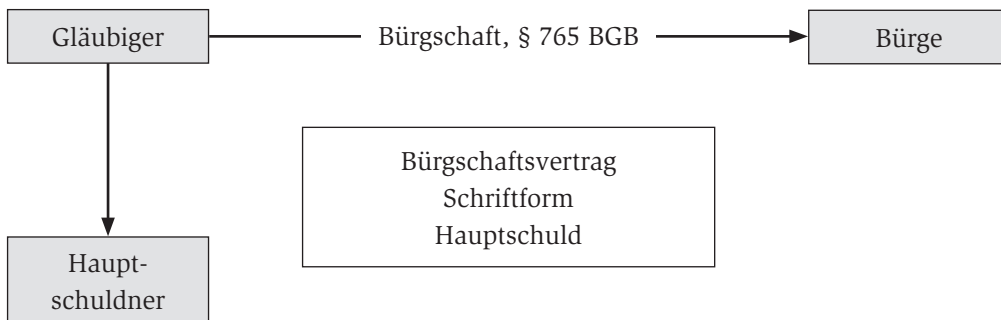


Abbildung 6: Voraussetzungen der Bürgschaft

2.2.3 Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürge

Das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürge ist durch den Grundsatz der Akzessorietät und den Grundsatz der Subsidiarität geprägt.

Akzessorietät bedeutet, dass die Bürgenhaftung von der Haftung des Hauptschuldners abhängig ist. Der Bürge soll nicht weitgehender haften als der Hauptschuldner selbst. Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend, § 767 BGB. Die Akzessorietät der Bürgenhaftung zeigt sich ferner darin, dass er alle dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann, § 768 BGB.

Subsidiarität bedeutet, dass der Bürge nach Vorstellung des Gesetzes nur nachrangig haftet und einer unmittelbaren Inanspruchnahme die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) entgegensetzen kann.

2.2.3.1 Akzessorietätsgrundsatz

Weil der Bürge im gleichen Umfang wie der Hauptschuldner haften soll, bestimmt sich zum einen die gegen ihn gerichtete Forderung nach ihrem Bestand und Umfang nach der Forderung gegen den Hauptschuldner. Ist diese nicht zur Entstehung gelangt oder untergegangen, so haftet der Bürge nicht.

Beispiel: Das Darlehn ist nicht an den Hauptschuldner ausgezahlt worden oder ist von diesem bereits zurückgeführt worden. Im ersten Fall ist die Forderung nicht entstanden, im 2. Fall ist sie nach § 362 BGB erloschen. Wegen der Akzessorietät von der Hauptverbindlichkeit haftet der Bürge in beiden Fällen nicht.

Auch Veränderungen der Hauptschuld durch teilweisen oder vollständigen Verzicht des Gläubigers oder Stundung wirken zugunsten des Bürgen.

Umgekehrt kann sich die Bürgenhaftung dadurch erhöhen, dass der Hauptschuldner eine schuldhafte Vertragspflichtverletzung begeht oder in Verzug kommt, § 767 I 2 BGB. Kommt der Hauptschuldner beispielsweise in Zahlungsverzug, muss auch der Bürge Verzugs- und Prozesszinsen zahlen (§§ 288, 291 BGB). Falls der Hauptschuldner allerdings nach Übernahme der Bürgschaft ein Rechtsgeschäft vornimmt, durch das sich die Hauptforderung erweitert, ist dies gegenüber dem Bürgen wirkungslos.

Beispiel: Der Hauptschuldner vereinbart mit der Bank eine frühere Fälligkeit der Darlehensrückzahlung. Das ist für den Bürgen rechtlich ohne Bedeutung.

Ohne Rücksicht auf ein Verschulden oder auf Verzug haftet der Bürge nach § 767 II BGB auch für die dem Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung.

Beispiel: Der Gläubiger hat gegen den Hauptschuldner eine Forderung von 10.000 €, für die sich der Bürge verbürgt hat. Als er diesen auf Zahlung in Anspruch nehmen will, erhebt dieser die Einrede der Vorausklage. Daraufhin klagt der Gläubiger seine Forderung gegen den Hauptschuldner vor dem zuständigen Landgericht mit Erfolg ein. Dadurch entstehen Gerichts- und Anwaltskosten in Höhe von rund 4.100 €. Der Bürge muss nunmehr nicht nur für diese Klagesumme, sondern auch für die Prozesskosten nach § 767 II BGB aufkommen. Er haftet also auf insgesamt 14.100 €.

Der Bürge sollte sich wegen dieser zusätzlichen Prozesskosten genau überlegen, ob er die Einrede der Vorausklage nach § 771 I BGB erheben soll. Er gewinnt möglicherweise nur Zeit, muss dann aber so umso mehr berappen.

2.2.3.2 Die Einreden des Bürgen aus eigenem Rechtsverhältnis

Der Bürge kann zum einen alle Einreden und Einwendungen aus seinem Rechtsverhältnis zum Gläubiger geltend machen, die z.B. die wirksame Übernahme der Bürgschaft in Frage stellen. Dazu gehören etwa seine fehlende Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB), die Anfechtbarkeit seiner Bürgschaftserklärung wegen Irrtums oder widerrechtlicher Drohung (§§ 119, 123 BGB) oder die Sittenwidrigkeit (§ 138 I BGB). Neben diesen Einwendungen kann er sich insbesondere auch auf die Einrede der Verjährung berufen, § 214 BGB. Die Verjährungsfrist der Bürgschaftsforderung unterliegt der Regelverjährung des § 195 BGB. Sie beginnt also mit Ende des Jahres, in dem die Hauptschuld fällig wird, § 199 BGB (str., h.M. BGH NJW 2008, 1729; Palandt/Ellenberger, § 195 Rn. 3); mithin läuft sie nicht erst nach einer ausdrücklichen Inanspruchnahme durch den Gläubiger (so Gay, NJW 2005, 2585).

Beispiel: G gibt dem S im Januar 2013 ein Darlehn, für das B sich selbstschuldnerisch verbürgt. Die Rückzahlung des Darlehns soll laut Darlehnsvertrag Ende Januar 2014 erfolgen. S zahlt nicht, obwohl G ihn dazu mehrfach auffordert. Im Januar 2018 nimmt G schließlich den B auf Zahlung in Anspruch. Dieser beruft sich auf Verjährung.

Lösung: Da die Bürgenhaftung mit der Fälligkeit des Darlehnsrückzahlungsanspruchs beginnt, ist für den Fristbeginn der Januar 2014 maßgeblich. Die 3-jährige Regelverjährungsfrist (§ 195 BGB) beginnt nach § 199 BGB mit Ablauf des 31.12.2014 und endet mit Ablauf des 31.12.2017. Die Bürgschaftsforderung ist daher verjährt, gleichgültig, ob es die Hauptverbindlichkeit auch ist. Zu Recht kann sich der B auf Verjährung berufen und verhindert so seine Inanspruchnahme, § 214 BGB.

2.2.3.3 Die Einreden des Bürgen aus dem Hauptschuldverhältnis

Des Weiteren kann der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen, selbst wenn dieser darauf verzichtet (§ 768 I 1, II BGB). Er kann sich etwa darauf berufen, dass die Hauptschuld verjährt sei (BGHZ 139, 214; OLG Hamm NJW-RR 1995, 939). Da diese zumeist eine Darlehns- oder Kaufpreisforderung ist, unterliegt sie der Regelverjährungsfrist von 3 Jahren, § 195 BGB. Mit Ablauf dieser Zeit muss der Bürge nicht haften, selbst dann nicht, wenn der Hauptschuldner sich nicht wie er auf die Einrede der Verjährung beruft. Das gleiche gilt für Mängleinreden, die Einrede der Stundung der Hauptforderung (§ 271 BGB) oder die Einrede eines Zurückbehaltungsrechts (§ 271 BGB) oder nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB), Palandt/Sprau § 768 Rn. 6.

Außer den Einreden stehen dem Bürgen auch sämtliche Einwendungen zu, die der Hauptschuldner geltend machen kann, z.B. auf Verwirkung der Hauptforderung infolge unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB).

Die Ausübung von Gestaltungsrechten steht dagegen nur dem Hauptschuldner selbst zu, da damit der Bestand der Hauptschuld verändert wird, wie z.B. der Rücktritt vom Vertrag. So kann nur der Hauptschuldner selbst entscheiden, ob er wegen eines Mangels der Kaufsache oder des Werks den Kauf bzw. den Werkvertrag rückgängig machen will oder nicht, §§ 437 Nr. 2, 634 Nr. 3 BGB. Eine Ausnahme gilt nach § 770 BGB für die Einrede der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit.

Ein formularmäßiger Verzicht auf die Geltendmachung von Einreden und Einwendungen verstößt gegen § 307 BGB, da damit die Akzessorietät der Bürgschaft in Frage gestellt wird. Dieser ist ein wesentlicher Grundgedanke des Bürgschaftsrechts, der in § 768 BGB markant zum Ausdruck gebracht wird (BGH WM 2001, 1060; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 566). Durch einen individuellen Vertrag kann allerdings wirksam auf die Einreden nach § 768 BGB verzichtet werden (BGH WM 1963, 1303).

In **prozessualer Hinsicht** ist zu erwähnen, dass dann, wenn die Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner rechtskräftig abgewiesen worden ist, zugleich feststeht, dass eine Verbindlichkeit des Hauptschuldners nicht besteht. Folglich besteht dann auch nach § 767 I BGB keine Bürgenhaftung. Der Bürge kann im Prozess gegen ihn nach § 768 I BGB darauf verwei-

sen, dass das Nichtbestehen der Hauptschuld rechtskräftig festgestellt ist (BGH Der Betrieb 1970, 291; Weber/Weber, Kreditsicherungsrecht, S. 73).

2.2.3.4 Subsidiäre Haftung des Bürgen

Auf Grund des Subsidiaritätsgrundsatzes kann der Bürge vor einer eigenen Inanspruchnahme die Einrede der Vorausklage erheben. Er kann dementsprechend nach § 771 BGB die Befriedigung des Gläubigers verweigern,

solange dieser nicht eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolglos versucht hat. Da eine Zwangsvollstreckung einen Titel (§§ 704, 794 ZPO) voraussetzt (insbesondere Urteil oder Vollstreckungsbescheid) wird dadurch regelmäßig die Inanspruchnahme des Bürgen hinausgeschoben. Neben dem Titel muss es dann auch noch zu einem erfolglosen Vollstreckungsversuch durch den Gerichtsvollzieher oder das Vollstreckungsgericht gekommen sein. Erst danach tritt der Bürge auf den Plan und muss sich seiner Haftung stellen.



Abbildung 7: Bürgenhaftung

Diese vom Gesetzgeber gewollte Subsidiarität wird jedoch in zwei wichtigen Fällen durchbrochen. Zum einen bei der kaufmännischen Bürgschaft nach § 349 HGB und bei einem Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Vorausklage, § 773 I Nr. 1 BGB. Dann handelt es sich um selbstschuldnerische Bürgschaften.

Von einer **kaufmännischen Bürgschaft** spricht man, wenn die Bürgschaftsübernahme für den Bürgen ein Handelsgeschäft darstellt. Die Bürgschaft muss also von einem Kaufmann übernommen worden sein und zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören, § 343 HGB. Für die Kaufmannseigenschaft sind die §§ 1 ff. HGB maßgebend, aus denen die Kaufmannseigenschaft abzuleiten ist. Ist die Prüfung positiv, so ist nach § 344 HGB zu vermuten, dass die Bürgschaftsübernahme zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört. Nur wenn die Bürgschaftsübernahme eindeutig aus privaten Gründen erfolgte, ist die Vermutung widerlegt.