

Kreditsicherungsrecht

Lösungsskizze zur Klausur**Ausgangsfall****Anspruch der A gegen B auf Zahlung von 100.000 EUR aus § 765 Abs. 1 BGB**

Die Klage der A ist begründet, wenn A gegen B einen durchsetzbaren Anspruch auf Zahlung von 100.000 EUR hat. Dieser Anspruch kann sich allein aus § 765 Abs. 1 BGB ergeben.

I. Bestehen eines wirksamen Bürgschaftsvertrages

Voraussetzung für die Entstehung dieses Anspruchs ist zunächst ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen B und A, § 765 Abs. 1 BGB. B und A haben sich im Juni 2008 darüber geeinigt, dass B für die zwischen der X-GmbH und der A begründeten Darlehensschuld bürgt. B hat das Bürgschaftsformular unterschrieben, so dass die Bürgschaftserklärung formwirksam i.S.d. § 766 S. 1 BGB ist.

II. Bestehen der zu sichernden Forderung

Außerdem müsste eine zu sichernde Forderung bestehen. Hier besteht ein Anspruch auf Darlehensrückzahlung der A gegen die X-GmbH, der entstanden und am 30.6.2012 fällig geworden ist, § 488 Abs. 1 S. 2 BGB. Damit ist ein Anspruch der A gegen B auf Zahlung von 100.000 EUR aus § 765 Abs. 1 BGB entstanden.

Der Bürgschaftsanspruch könnte aber dadurch erloschen sein, dass die X-GmbH als Hauptschuldnerin wegen Vermögenslosigkeit gem. § 394 FamFG im Handelsregister gelöscht wurde. Nach dem zutreffenden Hinweis im Sachverhalt erlöschen durch die Löschung der GmbH die gegen sie gerichteten Forderungen. Nach dem in § 767 Abs. 1 S. 1 BGB verankerten Grundsatz der Akzessorietät ist die Bürgschaftsschuld vom Bestand und Umfang der zu sichernden Hauptforderung abhängig. In der vorliegenden Konstellation könnte von diesem Grundsatz aber eine Ausnahme zu machen sein. Eine Bürgschaft dient dem Gläubiger dazu, seine Forderung gegen den Hauptschuldner für den Fall von dessen Zahlungsunfähigkeit oder Vermögenslosigkeit abzusichern. Könnte sich der Bürge nach Löschung des Hauptschuldners im Handelsregister wegen Vermögenslosigkeit auf das Erlöschen der Hauptschuld berufen, würde dieser Sicherungszweck vereitelt. Auch aus § 768 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt sich, dass in einzelnen Fällen der Sicherungszweck der Bürgschaft Vorrang vor ihrer Akzessorietät hat. Daher besteht im vorliegenden Fall die Bürgschaftsschuld nach Löschung der X-GmbH als eigenständige Verbindlichkeit weiter. Sie ist nicht durch das Erlöschen der gesicherten Forderung erloschen.¹

III. Einreden des Bürgen**1. Einrede der Vorausklage**

Der Durchsetzbarkeit des Anspruchs könnte die von B erhobene Einrede der Vorausklage gem. § 771 S. 1 BGB entgegenstehen. Gem. § 773 Abs. 1 Nr. 4 BGB ist die Einrede der Vorausklage aber ausgeschlossen, wenn anzunehmen ist, dass die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird. Hier ist die X-GmbH

¹ Vgl. BGH NJW 1982, 875; 2003, 1250; Palandt/Sprau, BGB, § 765 Rn. 29a.

wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht worden. Zumal nach der Löschung eine Vollstreckung bei der X-GmbH gar nicht mehr möglich ist, ist die Einrede der Vorausklage gem. § 773 Abs. 1 Nr. 4 BGB ausgeschlossen.

2. Einrede der Verjährung

B hat hier die Einrede der Verjährung sowohl hinsichtlich der Bürgschaftsforderung als auch hinsichtlich der gesicherten Darlehensforderung erhoben (§ 214 Abs. 1 BGB). Der Schuldner kann sich erstens auf die Verjährung der Bürgschaftsforderung und zweitens aufgrund von § 768 Abs. 1 S. 1 BGB auch auf die Verjährung der gesicherten Forderung berufen. Beide Einreden sind getrennt voneinander zu untersuchen.

a) Verjährungseinrede hinsichtlich der Bürgschaftsforderung

Fraglich ist zunächst, ob die Bürgschaftsforderung selbst verjährt ist. Diese unterliegt gem. § 195 BGB der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren, wobei die Frist mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Tatsachen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen, § 199 Abs. 1 BGB. Der Verjährungsbeginn setzt Fälligkeit des Anspruchs voraus.

Teilweise wird vertreten, der Beginn der Verjährungsfrist hänge zudem von der Leistungsaufforderung des Gläubigers ab.² Hier hat A den B erstmalig im August 2016 zur Zahlung aufgefordert. Nach dieser Ansicht hätte die Verjährungsfrist erst mit Ablauf des Jahres 2016 zu laufen begonnen. Die bereits im August 2016 erhobene Klage hätte die Verjährung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB in jedem Fall gehemmt.

Nach heute überwiegender Ansicht, der sich auch der BGH angeschlossen hat, wird der Zahlungsanspruch aus einer Bürgschaft hingegen schon mit Fälligkeit der Hauptforderung fällig, ohne dass es einer speziellen Inanspruchnahme bedürfte.³ Dies wäre bereits am 30.6.2012 der Fall gewesen, so dass der Anspruch mit Ablauf des 31.12.2015 verjährt wäre. Die im August 2016 erhobene Klage hätte die Verjährungsfrist damit nicht mehr hemmen können.

Die erstgenannte Ansicht berücksichtigt nicht hinreichend das Interesse des Bürgen am Beginn der Verjährungsfristen. Nach der ersten Ansicht hätte der Gläubiger es in den Händen, den Beginn der Verjährung der Bürgschaftsforderung beliebig hinauszuzögern. Die besseren Argumente sprechen daher dafür, dass die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung grundsätzlich bereits mit Fälligkeit der Hauptforderung eintritt.

Damit besteht kein durchsetzbarer Anspruch von A gegen B.

b) Verjährungseinrede hinsichtlich der Hauptforderung

Darüber hinaus könnte die Durchsetzbarkeit des Anspruchs auch an der Verjährung der Hauptforderung scheitern, § 768 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 214 Abs. 1 BGB. Die Verjährung wäre nach der regelmäßigen Verjährungsfrist gem. §§ 195, 199 Abs. 1 BGB ebenfalls am 31.12.2015 eingetreten. Zu diesem Zeitpunkt existierte aber die Hauptforderung gar nicht mehr.

Teilweise ist vertreten worden, dem Bürgen stehe in einem solchen Fall die Einrede der Verjährung der Hauptschuld nicht zu.⁴ Der Gläubiger habe nicht mehr die Möglichkeit, seine Forderung nach Wegfall des Hauptschuldners rechtzeitig geltend zu machen und dadurch die Verjährung zu hemmen. Die Hauptforderung könne daher nicht mehr verjähren. Der Bürge sei

² *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, 7. Aufl. 2007, Rn. 855; *Mansel/Budzikiewicz*, Das neue Verjährungsfrist, 2002, § 3 Rn. 100.

³ BGH NJW 2008, 1729, 1731; NJW 2009, 587; Palandt/*Sprau*, BGB, § 765 Rn. 26; Staudinger/*Horn* (2012) § 765 Rn. 126.

⁴ KG NJW-RR 1999, 1206, 1207 f; *Lettl*, WM 2000, 1316, 1321.

nummehr einem selbständigen Anspruch des Gläubigers ausgesetzt, der eigenständig verjähre. Danach könnte sich B nicht mehr auf die Verjährung der Hauptschuld berufen.

Nach der herrschenden Gegenansicht kann der Bürge sich hingegen auf eine (hypothetische) Verjährung der Hauptschuld auch dann berufen, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist die Hauptforderung weggefallen ist.⁵ Die Bürgschaftsforderung verliere nicht jeglichen Bezug zur Hauptschuld und werde nicht zu einem selbständigen Schuldversprechen. Sie werde lediglich vom Bestand der Hauptforderung unabhängig, richte sich inhaltlich – hier hinsichtlich der Durchsetzbarkeit – aber weiterhin nach dieser.

Entgegen der zuerst genannten Auffassung ist der Bestand einer Forderung nicht Voraussetzung für die erfolgreiche Geltendmachung der Verjährungseinrede.⁶ Die erste Ansicht verkennt das berechnigte Vertrauen des Bürgen daran, nach Verjährung der Hauptforderung nicht mehr in Anspruch genommen werden zu können. Auch der Gläubiger soll vom Bürgen nicht mehr erhalten, als er vom Hauptschuldner hätte verlangen können. Dies wäre aber der Fall, wenn der Bürge nach Verjährung der Hauptforderung noch in Anspruch genommen werden könnte. Die Interessen des Gläubigers werden dadurch gewahrt, dass nach Löschung des Hauptschuldners für die Hemmung der Verjährung allein gegen den Bürgen gerichtete Maßnahmen ausreichen.⁷

c) Zwischenergebnis

Sowohl der Bürgschaftsanspruch als auch der Darlehensrückzahlungsanspruch der A sind verjährt. Daher ist der Bürgschaftsanspruch aus zwei Gründen nicht durchsetzbar.

IV. Ergebnis

A hat keinen durchsetzbaren Anspruch gegen B aus § 765 Abs. 1 BGB auf Zahlung von 100.000 €. Die erhobene Klage ist unbegründet.

Zusatzfrage

Die Bürgschaft auf erstes Anfordern bewirkt eine vorübergehende Einschränkung der Verteidigungsmittel des Bürgen. Der Bürge kann Einwendungen und Einreden, die die Bürgschaft oder ihre Akzessorietät zur Hauptschuld betreffen, im Grundsatz dem Zahlungsbegehren des Gläubigers nicht entgegensetzen; er muss sofort zahlen und kann alle Streitfragen erst später in einem Rückforderungsprozess klären.⁸ Der Bürge kann sich nicht damit verteidigen, die Hauptschuld sei verjährt.⁹ Unklar ist, ob das Gleiche auch für die Einrede der Verjährung der Bürgschaftsforderung gilt. Hier wird die Ansicht vertreten, der Bürge könne die Einrede der Verjährung der Bürgschaftsforderung bei seiner Inanspruchnahme geltend machen.¹⁰ Da sich die Verjährung der Bürgschaft aber nicht klar aus der Bürgschaftsurkunde ergibt, erscheint es auch gut vertretbar, dem Bürgen diese Einrede zunächst zu versagen und ihn auf den Rückforderungsprozess zu verweisen.

Im vorliegenden Fall dürfte die individualvertraglich vereinbarte Bürgschaft zur Zahlung auf erstes Anfordern wirksam sein. Nimmt man an, dass B zunächst die Einrede der Verjährung der Bürgschaftsforderung nicht erheben kann, müsste er zunächst zahlen. Er könnte dann im Rückforderungsprozess aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 i.V.m. § 813 BGB die Zahlung zurückverlangen.

⁵ BGH NJW 2003, 1250, 1251; Staudinger/Horn (2012) § 768 Rn. 12; Palandt/Sprau, BGB, § 768 Rn. 6; MünchKomm/Habersack, BGB, 6. Aufl. 2013, § 768 Rn. 5.

⁶ BGH NJW 2003, 1250, 1251.

⁷ MünchKomm/Habersack, BGB, § 768 Rn. 5.

⁸ Staudinger/Horn (2012) Vorbem. § 765 Rn. 32.

⁹ OLG Hamm NJW-RR 1994, 1073; Staudinger/Horn (2012) Vorbem. § 765 Rn. 32.

¹⁰ BeckOGK/Madaus (2017) § 765 Rn. 311 mit Hinweis auf BGH NJW-RR 2009, 378 Rn. 22.

§ 813 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 214 Abs. 2 BGB steht dem nicht im Wege, da der Bürge nur vorläufig zahlt.¹¹ Aus dem Sinn und Zweck sowie der rechtlichen Ausgestaltung der Bürgschaft auf erstes Anfordern folgt nach § 157 BGB, daß § 214 Abs. 2 BGB im Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen, wenn der Bürge sich auf Verjährung beruft und nur unter Vorbehalt zahlt, stillschweigend ausgeschlossen ist.¹²

¹¹ OLG Hamm NJW-RR 1994, 1073; Staudinger/*Horn* (2012) Vorbem. § 765 Rn. 37.

¹² OLG Hamm NJW-RR 1994, 1073, 1074.