

<b>WuB</b>	<b>I F 1 a.</b>	<b>Bürgschaft</b>	<b>3.10</b>	<b>Kreditsicherungsrecht</b>
<b>BGH</b>	<b>Ablösung der Bürgschaft (und der Hauptschuld) durch Darlehen; Selbständigkeit des Darlehensvertrages; Verjährung der Hauptforderung</b>			

Leitsatz

**Durch die Ablösung einer Bürgschaft durch ein Darlehen entsteht eine neue Schuld, die von der durch die Bürgschaft ursprünglich abgesicherten Hauptforderung unabhängig ist. Der Darlehensnehmer kann dem Anspruch der Bank aus dem Darlehensvertrag die Verjährung der Hauptforderung mithin nicht mit Erfolg entgegen halten.**

O L G Celle, Urteil vom 17. Februar 2010  
(3 U 182/09) – WM 2010, 753

Aus den Gründen

... Dem Kläger steht kein Anspruch auf Rückerstattung des von der Beklagten vereinnahmten Verwertungserlöses aus dem Verkauf des Grundstücks des Erblassers in W. in Höhe von 64.470,50 € zu.

Als Anspruchsgrundlage kommt vorliegend allein ein Anspruch aus einer Leistungskondition gemäß § 812 Abs. 1 Satz, 1. Alt. BGB in Betracht und nicht - wie das Landgericht angenommen hat - ein solcher aus einer Eingriffskondition gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. BGB, denn der im Streit stehende Geldbetrag ist letztlich im Einvernehmen mit dem Erblasser, d. h. bewusst und zweckgerichtet zur Erfüllung der Treuhandaufgabe der Beklagten, von der diese anlässlich des Verkaufs des Grundstücks des Erblassers in W. die Erteilung der Löschungsbewilligung der zu ihren Gunsten im Grundbuch eingetragenen Grundschulden abhängig gemacht hatte, an diese geflossen und ist mithin geleistet worden.

Die Beklagte hat den in Rede stehenden Geldbetrag jedoch mit Rechtsgrund erlangt.

Ihr stand aus dem mit dem Erblasser geschlossenen Darlehensvertrag gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB eine fällige Forderung in Höhe der Klageforderung zu, weshalb sie den Veräußerungserlös aus dem Verkauf des Grundstücks zu Recht in dieser Höhe vereinnahmt hat. Zweifel an der Wirksamkeit des zwischen den Parteien

am 17. Dezember 2002 über eine Nettokreditsumme von 95.000 € abgeschlossenen Darlehensvertrags bestehen nicht. Der Rückzahlungsanspruch aus dem Darlehensvertrag war ferner in voller Höhe fällig, obwohl die Beklagte ein Kündigungsschreiben nicht hat vorlegen können. Unstreitig war der Erblasser mit mehr als zwei Darlehensraten in Verzug und stellte seine über die bislang geleisteten Zahlungen hinaus gehende Verpflichtung überdies in Abrede. Auf die Aufforderungsschreiben der Beklagten vom 4. Juni und 14. Juli 2007, den Rückstand auszugleichen, reagierte er nicht. Die Voraussetzungen für eine Kündigung gemäß § 490 BGB - § 498 BGB ist wegen des hier gegebenen Immobiliar-kredits nicht einschlägig - lagen mithin vor. Selbst wenn aber eine ausdrückliche Kündigung im Folgenden unterblieben wäre, ist vorliegend von einer konkludenten Kündigungserklärung, jedenfalls von einer einvernehmlichen Aufhebung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Erblasser und der Beklagten und einer damit verbundenen Fälligkeit der offenen Forderungen - soweit berechtigt - auszugehen. Denn anders kann ihr Verhalten - die Veräußerung des mit den Grundpfandrechten der Beklagten belasteten Grundstücks durch den Erblasser und der Schriftwechsel zur Erteilung der Löschungsbewilligung gegen Ablösung der offenen Forderungen der Beklagten aus der Bankverbindung unter Einschluss der in Rede stehenden offenen Darlehensforderung - nicht aufgefasst werden. Insbesondere hatte der Erblasser der Beklagten bereits mit Schreiben vom 17. Juli 2007 seine Verkaufsabsicht angezeigt und um Mitteilung gebeten, gegen Zahlung welchen Betrages sie bereit sei, die Löschung der Grundschulden zu bewilligen. Dass es dabei um die Frage ging, in welcher Höhe die den Grundpfandrechten zugrunde liegenden schuldrechtlichen Forderungen - so auch die in Rede stehende - valutierte, lag auf der Hand. Darüber ist im Folgenden Schriftwechsel geführt worden, weshalb es wegen des schon Mitte September 2007 vollständig abgewickelten Kaufvertrages

unnötig war, eine gesonderte Kündigung des Vertragsverhältnisses vorzunehmen ...

Die Höhe der offenen Darlehensforderung steht zwischen den Parteien nicht im Streit.

Der Erblasser konnte sich gegenüber der Forderung der Beklagten auf Rückzahlung des ihm gewährten Darlehens auch nicht mit Erfolg gemäß § 768 BGB auf die Verjährung der mit den Bürgschaften gesicherten Hauptschulden berufen.

Gemäß § 768 BGB kann der Bürge seinem Gläubiger gegenüber alle auch dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen, mithin auch die Einrede der Verjährung der Hauptschuld erheben. Die Bürgschaften, die der Erblasser zur Sicherung der Ansprüche der Beklagten gegen die Hauptschuldnerin aus zwei Kreditverhältnissen abgegeben hatte, sind jedoch durch den Abschluss des Darlehensvertrages vom 17. Dezember 2002 abgelöst worden und damit durch Erfüllung erloschen. Der Darlehensvertrag war von der ursprünglichen Hauptschuld unabhängig, weshalb etwaige Einreden, die dem Erblasser aus den Bürgschaften zugestanden haben, nicht mehr zum Tragen kommen. Vielmehr ist das alte Schuldverhältnis (die Bürgschaften) durch einen Vertrag mit einem anderen Inhalt ersetzt worden. Insbesondere ist es irrelevant, ob die Hauptschuld inzwischen verjährt war - was das Landgericht allerdings mit zutreffenden Erwägungen, denen sich der Senat anschließt, festgestellt hat.

Der Darlehensvertrag vom 17. Dezember 2002 dient insbesondere nicht der Stundung der Bürgenschuld verbunden mit einer Ratenzahlungsvereinbarung, sondern ihrer (vollständigen) Tilgung.

Der Beklagten stand ein wirksamer und fälliger Anspruch gegen den Erblasser aus § 765 BGB zu. Mit der Kündigung der Kredite gegenüber der Hauptschuldnerin im Februar 2002, spätestens aber mit deren Insolvenz im Frühjahr 2002 war der Bürgschaftsfall eingetreten, und die Bürgschaften, gegen deren Wirksamkeit keine Bedenken bestehen, wurde mit der Inanspruchnahme des Erblassers fällig. Die Einrede der Vorausklage hatten die vormaligen Parteien ausgeschlossen.

Der Erblasser war damals finanziell nicht in der Lage, die Bürgschaftssumme aufzubringen, weshalb er - ob aus eigener Initiative oder auf Anregung der Beklagten hin, ist unerheblich - um Kreditierung der Bürgschaftszahlung bat. Aus diesem Grund ist in der Folge der Dar-

lehensvertrag vom 17. Dezember 2002 geschlossen worden. Wie bereits dem Verwendungszweck zu entnehmen ist, sollten mit der Darlehensvaluta die durch die Bürgschaften gesicherten Hauptschulden abgelöst werden. Infolgedessen sind die Hauptschulden und gleichzeitig die hierzu akzessorischen Forderungen aus den Bürgschaften erloschen, weshalb die Beklagte dem Erblasser mit Schreiben vom 8. Januar 2003 auch die Originalbürgschaftsurkunden zurückgesandt und - aus ihrer Sicht konsequent - die zur Tabelle angemeldete Forderung gegen die Hauptschuldnerin zurück genommen hat. Anders als das Landgericht meint, weist der Verwendungszweck des Darlehensvertrages gerade nicht auf eine mit Blick auf die fällige Bürgenschuld getroffene Ratenzahlungsvereinbarung mit Zinsen hin. Denn in diesem Fall ergäbe der Hinweis auf die Ablösung der Hauptschuld, die zudem in einem Betrag („Auszahlungskurs 100%“) und nicht ratierlich erfolgen sollte, keinen Sinn. Dass der Kreditbetrag der verbliebenen Hauptforderung und damit der Bürgenschuld entsprach, lässt nicht auf deren bloße Stundung schließen, denn derselbe Betrag musste zur Ablösung von Haupt- bzw. Bürgenschuld aufgebracht werden. Dem zeitlichen Zusammenhang - die Rücksendung der Urkunden erfolgte mit Blick auf die vorangegangenen Weihnachtsfeiertage zeitnah, die Rücknahme der Anmeldung zur Tabelle aber deutlich später - ist dabei keine besondere Bedeutung beizumessen.

Dass es sich bei dem Darlehen um eine - wie der Kläger es ausdrückt - Ratenzahlungsvereinbarung zur Tilgung der Bürgschaft handelt, bei der es keine Rolle spielen soll, ob diese in einen Darlehensvertrag „gegossen“ wird oder nicht, ist schon deswegen nicht anzunehmen, weil Raten nur auf das Darlehen und nicht auf die Bürgschaft gezahlt worden sind. Der Erblasser ist vielmehr eine neue rechtliche Verpflichtung eingegangen, um die alte Schuld zu begleichen, weil er anderenfalls Gefahr gelaufen wäre, von der Beklagten mit einem Rechtsstreit und anschließend mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen überzogen zu werden. Den Darlehensvertrag hätte er vor diesem Hintergrund auch mit jeder anderen Bank schließen können.

Den vorgelegten Urkunden ist ein auf eine bloße (kreditierte) Ratenzahlungsvereinbarung gerichteter Parteiwille demgegenüber nicht im Ansatz zu entnehmen ... [wird ausgeführt]

Die Auffassung des Klägers, es mache keinen Unterschied aus, ob eine Ratenzahlungsvereinbarung mit oder ohne Darlehensvertrag getroffen werde, vermag der Senat in Anbetracht der aufgezeigten Umstände nicht zu teilen. Soweit sich der Kläger zur Begründung seiner Rechtsauffassung auf ein Urteil des Bundesgerichtshof vom 5. November 1998 (WM 1998, 2540 ff. = NJW 1999, 278 f.) stützt, ging es in dem dort entschiedenen Fall - anders als hier - gerade um eine auf die Bitte des dort in Anspruch genommenen Bürgen getroffene Vereinbarung, die Bürgenschuld in monatlichen Raten begleichen zu dürfen, wobei sich jener im Folgenden auf die Verjährung der Hauptforderung berief, ohne dass dabei ein Darlehensvertrag eine Rolle gespielt hätte.

Zwar ist zutreffend, dass eine Schuldumschaffung (hier Ersetzung der Bürgschaftsschuld durch den Darlehensvertrag) an strenge Voraussetzungen geknüpft ist und nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und bereits des Reichsgerichts bei der Feststellung des Willens der Parteien, das alte Schuldverhältnis aufzuheben und durch ein neu begründetes Rechtsverhältnis zu ersetzen, große Vorsicht geboten und bei Zweifeln an einer Schuldumschaffung regelmäßig von einem Abänderungsvertrag auszugehen ist (BGH, Urteil vom 14. November 1985 = WM 1986, 135 ff., hier zitiert nach Juris Rdn. 16). Solche Zweifel ergeben sich aus vorstehenden Gründen aber gerade nicht.

Abgesehen davon hatte der Erblasser - wie vorstehend ausgeführt - einen nachvollziehbaren wirtschaftlichen Grund, den Darlehensvertrag einzugehen, weil anderenfalls die Beklagte die Bürgschaft in anderer Weise durchzusetzen versucht hätte. Gerade dem Erblasser dürfte dabei klar gewesen sein, dass ihm durch den Abschluss des die Bürgschaft ablösenden Darlehensvertrages Einwendungen, die er im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft hätte erheben können, abgeschnitten worden sind . . .

#### Anmerkung

1. Aus Umfangsgründen, aber auch zum Zwecke leichteren Verständnisses, wurde der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt für die WuB-Veröffentlichung aus dem Entscheidungstext gestrichen (vollständiger Abdruck in WM 2010, 753); er sei in folgender vereinfachter Kurzform berichtet, wodurch das Zentralpro-

blem umso deutlicher hervortritt: Ein Bürge (zugleich Rechtsanwalt) hatte die Haftung für zwei Kredite einer Hauptschuldnerin übernommen. Diese wurde insolvent, weshalb die Gläubigerbank (im Verfahren die Beklagte) den Bürgen (Kläger im Verfahren ist sein Testamentsvollstrecker) außergerichtlich in Anspruch nahm. Da der Bürge nicht imstande war, seine Bürgschaftsverpflichtungen zu erfüllen, kam es zunächst zu Verhandlungen über eine Kreditierung der Zahlungen aus der Bürgschaft. Schließlich schlossen Gläubiger und Bürge einen Darlehensvertrag in Höhe der zu diesem Zeitpunkt offenen Bürgenverpflichtung. Als Verwendungszweck wurde „Ablösung der Verbindlichkeiten der Firma ... (Inanspruchnahme aus Bürgschaften)“ angegeben. Daraufhin übermittelte die Gläubigerbank dem Bürgen die Bürgschaftsurkunden; einige Monate später nahm sie auch die Anmeldungen ihrer Forderungen zur Insolvenztabelle zurück. Nach vereinbarungsgemäßer Ratenzahlung über eine längere Zeit stellte der Bürge/Darlehensnehmer die Rückzahlungen unter Berufung darauf ein, dass die Hauptschuld mittlerweile verjährt sei. (Bereits einige Monate vorher war das über das Vermögen der Hauptschuldnerin eröffnete Insolvenzverfahren mangels kostendeckender Masse eingestellt worden.) Daraufhin befriedigte sich die Gläubigerbank - vereinfacht gesagt - aus vom Bürgen/Darlehensnehmer stammenden Sicherheiten. Die vom OLG Celle abgewiesene Klage des Testamentsvollstreckers des mittlerweile verstorbenen Bürgen/Darlehensnehmers ist auf die Herausgabe des einbehaltenen Erlöses gerichtet.

2. Gläubiger, die einem Bürgen dessen Zahlungsverpflichtung „großzügig“ stundeten, mussten bereits Lehrgeld bezahlen: Kümmerten sie sich nicht zugleich ausreichend um die Eintreibung der Hauptschuld - was bei evidentenmaßen vermögenslosen Schuldner immer wieder unterbleibt -, mussten sie sich später die Verjährung der gesicherten Forderung entgegen halten lassen, was infolge der Akzessorietät unmittelbare negative Auswirkungen auf den Anspruch gegen den Bürgen hatte (siehe neben dem in der Entscheidung zitierten Urteil des BGH aus dem Jahre 1998 die Nachweise bei MünchKomm/Habersack, BGB, § 768 Rdn. 5; zur besonders heiklen Konstellation, dass der gesicherte Anspruch, den der Gläubiger zur Insolvenztabelle angemeldet hatte, verjährt, nachdem das Insolvenzver-

fahren mangels konstendeckender Masse eingestellt wurde, *P. Bydlinski*, WuB I F 1 a. - 6.09, unter 6.).

Im vorliegenden Fall hat die Gläubigerbank der Stundungsbitte des Bürgen (deshalb?) auf andere Weise Rechnung zu tragen versucht. Das OLG Celle versteht den Abschluss des konkreten Darlehensvertrages mit dem Verwendungszweck „Ablösung der Hauptschuld“ unter den gegebenen Umständen als „Schuldumschaffung“; und zwar soll - anders als gegen Ende des Entscheidungsabdrucks formuliert - die vereinbarte Darlehensrückzahlungsverpflichtung nicht nur die Bürgschaftsverpflichtung, sondern auch (schon) die Zahlungspflichten des Hauptschuldners ersetzt haben. Ausdrücklich spricht das OLG vom Erlöschen der Hauptschuld. Das ist ein wenig ungewöhnlich, da dann hinsichtlich des Hauptschuldners ein Vertrag zugunsten eines Dritten vorliegt. Für eine derartige Auslegung könnte u.U. der Verwendungszweck des Darlehens sprechen; ferner der Umstand, dass sich die Gläubigerbank vom Hauptschuldner offenbar ohnehin nichts erwartete; und schließlich, dass die neue Verpflichtung auf diese Art und Weise jeder Akzessorietät entkleidet wurde, so dass sich die Gläubigerbank um den (vormaligen) Hauptschuldner - auch unter verjährungsrechtlichen Erwägungen - nicht mehr zu kümmern brauchte.

3. Interessanterweise hat das OLG Celle jedoch einen Leitsatz gebildet, der die eben unter 2. erörterte Begründung (Ersetzung auch des Anspruchs gegen den Hauptschuldner) nicht wirklich trifft. Damit kommt eine zweite Auslegungsvariante in den Blick, die hier nicht unerwähnt bleiben darf: Der Anspruch gegen den Hauptschuldner sollte durch die Darlehensgewährung an den (ehemaligen) Bürgen nicht untergehen, sondern - wie bei Bürgenzahlung - auf den Bürgen übergehen. Dafür könnte sprechen, dass die „Zuzählung“ des Darlehens offenbar in der Befreiung von der aktuellen Bürgenschuld liegt: Die Gläubigerbank gewährt Kredit, mit dem der Bürge seine Bürgschaftsverpflichtung er-

füllt und (daher) danach nur mehr aus dem Darlehensvertrag schuldet. Diese Lösung würde dem Ex-Bürgen somit ebenfalls keine Berufung auf die Verjährung des vormals gesicherten Anspruchs ermöglichen, hätte aber den Vorteil, dass es zu keiner (unverdienten) Befreiung des Hauptschuldners kommt.

Daher ist alles wohl deutlich einfacher (und sachgerechter): Der Bürge hat zum Zwecke der Erfüllung seiner Bürgenschuld ein Darlehen aufgenommen und mit dessen Hilfe die Bürgschaftsverpflichtung getilgt. Daraus folgt zwanglos das Erlöschen der Bürgschaft aber ebenso der Übergang des Anspruchs gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen (= „Ablösung“ der Hauptschuld) gemäß § 774 BGB. Der Besonderheit, dass hier der Gläubiger selbst das Darlehen gewährt, kann dadurch Rechnung getragen werden, dass dieser die Valuta nicht tatsächlich an den Bürgen (= Darlehensnummer) auszahlt, sondern im Sinne der getätigten Absprachen den Auszahlungsanspruch mit seiner Bürgschaftsforderung aufrechnet.

4. Kurz angesprochen sei abschließend eine dritte Variante (die in concreto allerdings auszuschließen ist): Die Parteien ersetzen bloß die Bürgschaft durch ein Darlehen, wobei die Hauptschuld unverändert bestehen bleibt. In einem solchen Fall wird man wohl von einer Gesamtschuld der beiden Darlehensnehmer auszugehen haben. Im Verhältnis zum Gläubiger bedeutete das zweierlei: bloß einmalige Befriedigung (bei 100% ist Schluss, gleichgültig, wer wie viel bezahlt); und weitgehende Selbständigkeit des gegenüber dem früheren Bürgen neu begründeten Anspruchs (allenfalls Beitritts-, nicht aber Bestandsakzessorietät). Die mittlerweile erfolgte Verjährung der Haupt- bzw Urschuld aus dem ersten Darlehensvertrag hätte damit auch in dieser Konstellation keine Auswirkungen auf die Durchsetzbarkeit der neu begründeten, die Bürgschaft ersetzenden Verpflichtung (vgl. dazu nur *P. Bydlinski*, in: MünchKomm, BGB, § 421 Rdn. 5 m.w.N.).

Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski, Graz