

WuB	IF 1 a. Bürgschaft	14.98	Kreditsicherungsrecht
BGH	Bürgschaft auf erstes Anfordern; Wirksamkeit; Folgen mangelnder Belehrung		

Amtl. Leitsätze

- Außerhalb des Geltungsbereichs des AGB-Gesetzes gestattet die Vertragsfreiheit es grundsätzlich jedermann, Bürgschaften auf erstes Anfordern zu erteilen (Abgrenzung zum Senatsurteil vom 5. Juli 1990 = WM 1990, 1410 = ZIP 1990, 1186).**
- Ist für den Gläubiger erkennbar, daß der Erklärende mit dem Rechtsinstitut einer Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht hinreichend vertraut ist, hat er seinen Vertragspartner umfassend über deren Rechtsfolgen zu belehren; bei Verletzung der Hinweispflicht haftet der Schuldner nur aus einer gewöhnlichen Bürgschaft.**
- ...

B G H, Urteil vom 2. April 1998
(IX ZR 79/97, Dresden) – WM 1998, 1062

Am 16. Dezember 1992 erteilte die E.-Bau GmbH der Klägerin den Auftrag zum Abbruch von zwei Brückenbauwerken. Die Klägerin sollte dafür eine Bruttovergütung von 395 272,20 DM erhalten. Die Geltung der VOB/B wurde vereinbart. Die Auftragsbestätigung sah eine Sicherheitsleistung durch eine „unbefristete und ohne Einrede behaftete“ Bankbürgschaft in der Höhe von 100 000,- DM zugunsten der Klägerin vor. Am 27. Januar 1993 übernahm die Beklagte auf einem für Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaften vorgesehenen Formular, welches die Klägerin als Auftraggeber, die E.-GmbH als Auftragnehmer bezeichnet, zugunsten der Klägerin eine Bürgschaft, deren vorgedruckter Text unter anderem wie folgt lautet:

Gemäß den Besonderen Vertragsbedingungen dieses Vertrages hat der Auftragnehmer als Sicherheit für die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag - insbesondere für die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschließlich der Abrechnung, Gewährleistung und Schadensersatz - und für die Erstattung

von Überzahlungen dem Auftraggeber eine Bürgschaft in Höhe von . . . v.H. der Auftragssumme einschließlich der Nachträge zu stellen.

*Name und Anschrift des Bürgen
(Name und Sitz der Beklagten)*

Der vorgenannte Bürge übernimmt hiermit für den Auftragnehmer die selbstschuldnerische Bürgschaft nach deutschem Recht und verpflichtet sich, auf erstes Anfordern jeden Betrag bis zu einer Gesamthöhe von 395 272,20 DM an den Auftraggeber zu zahlen.

Der Bauvertrag wurde vorzeitig gekündigt. In einem derzeit anhängigen Rechtsstreit verlangt die E.-Bau GmbH von der Klägerin 276 115,17 DM Schadens- und Aufwendungsersatz, die Klägerin macht dort im Wege der Widerklage 178 777,81 DM gemäß ihrer Schlußrechnung vom 12. Dezember 1994 geltend.

In Höhe dieses Betrages nimmt die Klägerin die Beklagte im Urkundenprozeß aus der Bürgschaft in Anspruch. Das Landgericht hat der Klage unter Vorbehalt der Rechte im Nachverfahren stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage als im Urkundenprozeß unstatthaft abgewiesen. Die Revision der Klägerin führte zur Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Aus den Gründen

. . . Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß die Beklagte der Klägerin wirksam eine Bürgschaft erteilt hat und dies in einer den Anforderungen des § 592 ZPO genügenden Weise durch Vorlage der Urkunde belegt worden ist. Unstreitig haben die Parteien vereinbart, daß die Beklagte für die Forderung der Klägerin gegen die E.-Bau GmbH aus dem Vertrag vom 16. Dezember 1992 eintreten soll. Im Hinblick darauf stellt die Urkunde von 27. Januar 1993, die die Personen des Bürgen, des Gläubigers und des Hauptschuldners sowie eine genau dem vereinbarten Werklohn entsprechende Haftungssumme nennt, ein für den Inhalt der getroffenen Vereinbarung taugliches

Beweismittel dar. Der auf den ersten Blick irreführende Wortlaut wird ohne weiteres daraus verständlich, daß ein für Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaften, also die Sicherung von Ansprüchen des Auftraggebers, vorgesehenes Formular verwendet wurde, die Verpflichtung der Beklagten sich jedoch auf eine Werklohnforderung des Auftragnehmers bezog.

Zu Recht wendet sich die Revision aber dagegen, wie das Berufungsgericht den Inhalt der Bürgschaftserklärung ausgelegt hat.

Die Beklagte hat sich in der Urkunde verpflichtet, jeden Betrag bis zu der vereinbarten Gesamthöhe auf *erstes Anfordern* zu zahlen. Die Bürgschaft auf *erstes Anfordern* wird in erster Linie im bankgeschäftlichen Verkehr verwendet. Eine solche Verpflichtung hat regelmäßig zur Folge, daß der Bürge sofort zahlen muß und alle Streitfragen tatsächlicher und rechtlicher Art grundsätzlich auf den Rückforderungsprozeß verlagert werden (st. Rspr.: . . . [BGH]).

Der Gläubiger darf eine Bürgschaft mit diesem Wortlaut allerdings nur dann in dem beschriebenen Sinne verstehen, wenn er davon ausgehen kann, dem Bürgen sei der Inhalt einer solchen Abrede bekannt, er wisse, worauf er sich mit dieser Erklärung einlasse, daß er sich nämlich auf diese Weise nahezu aller Einwendungen begeben, die dem Bürgen von Gesetzes wegen zustehen (BGH . . . WM 1992, 854 = NJW 1992, 1446, 1447). Personen, die über keine Erfahrungen im Bankgeschäft verfügen und auch nicht aufgrund ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit mit diesem Rechtsinstitut vertraut sind, kennen die Wirkungen einer Bürgschaft auf *erstes Anfordern* gewöhnlich nicht. Hat der Gläubiger den Bürgschaftstext gewählt und durfte er nicht voraussetzen, sein Vertragspartner werde den Begriff der Bürgschaft auf *erstes Anfordern* im banküblichen Sinne verstehen, ist der Vertrag demzufolge als einfache Bürgschaft auszulegen (. . . [BGH] a.a.O.). Hier hat jedoch die Bürgin die Verpflichtung auf einem von ihr gewählten Formular (. . .) übernommen.

Das Berufungsgericht hat weiter nicht beachtet, daß gerade im Baugewerbe häufig vereinbart wird, Sicherheit durch eine Bürgschaft auf *erstes Anfordern* zu leisten (vgl. BGII . . . WM 1997, 1675 = NJW 1997, 2598, 2599; *Ingenstau/Korbion*, Kommentar zur VOB,

13. Aufl., B § 17 Rdn. 45-50 m.w.N.). Die bisherige Rechtsprechung des Senats zur Bürgschaft auf *erstes Anfordern* betrifft überwiegend Erklärungen, die aufgrund einer bauvertraglichen Verpflichtung des Hauptschuldners, eine entsprechende Sicherheit beizubringen, abgegeben wurden (. . .). Die Klägerin hat auch hier eine solche Haftung verlangt; denn der in der Auftragsbestätigung verwendete Begriff der „eindeutigen“ Bürgschaft meint nichts anderes. Die Beklagte ist eine Verpflichtung mit dem für Bürgschaften auf *erstes Anfordern* typischen Wortlaut eingegangen und hat sich dazu eines ihr zur Verfügung stehenden Formulars bedient. Dessen Kopfzeile zeigt, daß es für Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaften vorgesehen ist. Solche Bürgschaften werden vornehmlich im Bauvertragsrecht hingegeben. Demgemäß hat die Beklagte nicht einmal behauptet, ihr sei die Bedeutung einer Bürgschaft auf *erstes Anfordern* unbekannt gewesen oder sie habe aufgrund bestimmter Tatsachen im Streitfall angenommen, nur eine Verpflichtung mit dem gesetzlichen Inhalt einzugehen . . .

Die Bürgschaft auf *erstes Anfordern* ist wirksam erteilt worden.

Die Erklärung der Beklagten ist nicht nach den Vorschriften des AGB-Gesetzes zu beurteilen; denn dieses Gesetz erfaßt nur vorformulierte Vertragsbedingungen, die von der anderen Partei bei Vertragsschluß gestellt wurden (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG). Die Verwendung der Klausel muß dem Verantwortungsbereich des Gegners zuzurechnen, die Einbeziehung also auf dessen Veranlassung erfolgt sein (*Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, 8. Aufl., § 1 Rdn. 26 f.). Das ist im Streitfall nicht geschehen; die Beklagte hat die Behauptung der Klägerin, das Formular sei von der Beklagten gestellt worden, nicht bestritten. Die Darstellung der Revisionserwiderung, die Beklagte habe die Behauptung der Klägerin mit Nichtwissen bestritten, findet in dem von ihr herangezogenen Verhandlungsprotokoll vom 13. Februar 1997 keine Stütze. Die Beklagte kann sich daher nicht auf die Vorschriften des AGB-Gesetzes berufen. Dieses schützt den Klauselverwender nicht vor den von ihm selbst eingeführten Formularbestimmungen (BGHZ 99, 160, 161 = WM 1987, 214).

Im Rahmen der Vertragsfreiheit ist es grundsätzlich jedermann gestattet, eine Bürgschaft auf *erstes Anfor-*

dem im Einzelfall zu erteilen (. . . [BGH] WM 1997, 656 = ZIP 1997, 582, 583). Dem Senatsurteil vom 5. Juli 1990 = WM 1990, 1410 = ZIP 1990, 1186 lag ein Fall zugrunde, in dem ein Nichtkaufmann eine entsprechende Verpflichtung formulärmäßig erklärt hatte. Die im Leitsatz jenes Urteils enthaltene Aussage, wonach Bürgschaften mit der Verpflichtung auf erstes Anfordern den Kreditinstituten vorbehalten seien, geht zu weit. Sie ist, wie der Senat bereits wiederholt entschieden hat (. . . [BGH] WM 1992, 854 = NJW 1992, 1446; WM 1997, 656 = ZIP 1997, 582)], auf Verträge, deren Bestimmungen nicht dem AGB-Gesetz unterliegen, nicht anzuwenden. Dort ist der Schutz von Personen, die mit dem Inhalt und den Rechtsfolgen einer Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht hinreichend vertraut sind, durch eine interessengerechte Auslegung der Willenserklärungen sowie dadurch zu verwirklichen, daß den geschäftskundigen Teil besondere Hinweis- und Aufklärungspflichten treffen, wenn derjenige, der eine solche Verpflichtung übernehmen soll, nach Treu und Glauben eine Belehrung erwarten darf, durch die ihm der Unterschied zur gesetzlichen Bürgschaft sowie die daraus folgenden Risiken deutlich vor Augen geführt werden. Bei Verletzung der Hinweispflicht kommt nur ein gewöhnlicher Bürgschaftsvertrag zustande. Dasselbe ist in der Regel anzunehmen, wenn beiden Vertragsparteien die notwendige Rechtskenntnis gefehlt hat.

Im Streitfall bedurfte die Beklagte eines solchen Schutzes jedoch nicht. Beide Parteien sind Kaufleute und geschäftlich ständig im Bauwesen tätig. Die mit der Bürgin eng verbundene Hauptschuldnerin hatte einen ihr erteilten Auftrag an die Klägerin als Subunternehmerin weitergegeben. Da im Baugewerbe häufig Sicherheitsleistungen durch Bürgschaft auf erstes Anfordern vereinbart werden und die Klägerin keine Veranlassung hatte anzunehmen, der Beklagten sei dieses Rechtsinstitut nicht hinreichend vertraut, war sie insoweit zu keiner Aufklärung verpflichtet. Die Klägerin hat daher nicht gegen ihr obliegende Nebenpflichten verstoßen . . .

Anmerkung

1. Abweichend von seiner - weithin als verfehlt angesehenen (siehe nur die in der Dissertation von Oeltmeier, Bürgschaft auf erstes Anfordern [1996], S. 33 ff.

nachgewiesene Literatur) - Entscheidung aus dem Jahr 1990 (WM 1990, 1410 = WuB I F 1a.-13.90 *Schäfer*), wonach Bürgschaften auf erstes Anfordern wirksam nur von Kreditinstituten übernommen werden könnten, spricht der BGH nun (nach WM 1997, 656 = WuB I F 1a.-9.97 *Haun*) bereits zum zweiten Mal deutlich aus, daß es aufgrund der Privatautonomie jedermann gestattet sei, *im Einzelfall* derartige Bürgschaften zu erteilen. (In WM 1992, 854 = WuB I F 1a.-11.92 *Bydlinski*, meinte er bloß, die Aussage aus 1990 sei zu einer dem AGBG unterfallenden Bürgschaft ergangen und daher nicht „ohne weiteres“ auf Individualbürgschaften übertragbar.)

Da der IX. Senat aber weiterhin ein Schutz- bzw Informationsdefizit für möglich hält, statuiert er gegenüber geschäftlich unerfahrenen Sicherungsgebern besondere *Hinweis- und Aufklärungspflichten* des Gläubigers. Werden diese verletzt, sei die Haftungserklärung als *einfache Bürgschaft* auszulegen (ebenso schon WM 1992, 854).

2. Zunächst ist nicht ganz klar, was der BGH mit seiner grundsätzlichen Gestattung der Übernahme einer Bürgschaft auf erstes Anfordern „*im Einzelfall*“ meint und wie sich diese Aussage zu den Hinweispflichten des Gläubigers verhält. Die Entscheidung kann wohl so verstanden werden, daß bei *individueller* Haftungsübernahme durch typischerweise Geschäftsunerfahrene derartige Aufklärungen über die Bedeutung der Anforderungsklausel notwendig sind; nicht jedoch bei typisierter (ausreichender) Erfahrung des Sicherungsgebers. Hingegen darf dem Urteil - was den Formulierungen nach möglich wäre - m.E. nicht entnommen werden, dem AGBG unterliegende entsprechende Haftungserklärungen Geschäftsunerfahrener seien *in jedem Fall* bloß als einfache Bürgschaften zu behandeln. Individuelle Aufklärung ist bei Formularverträgen ja nicht weniger wert als bei im einzelnen ausgehandelten Vereinbarungen (vgl auch die hinter § 4 AGBG stehende Wertung).

3. Das mit dem Aufklärungs-Ansatz zu erzielende Ergebnis mag regelmäßig richtig sein; der Weg über die Hinweis- und Aufklärungspflichten ist aber zumindest ein wenig unsauber. Zum einen stehen bloß *Obliegenheiten* des Gläubigers zur Diskussion. Zum zweiten liegt ein ganz übliches *Auslegungsproblem* (statt aller *Larenz/Canaris*, Schuldrecht, 13. Aufl., II/2,

S. 81) vor (was der BGH in der Sache auch weitestgehend beachtet). Stammt die Formulierung vom Gläubiger - anders im vorliegenden Fall -, fragt man wie auch sonst: Durfte der Erklärungsempfänger wegen des Wortes „Bürgschaft“ von einer Haftung in der üblichen gesetzlichen Ausformung ausgehen oder mußte er wegen der Anforderungsklausel mit einer verschärften - garantieähnlichen - Einstandspflicht rechnen? Da bei Fragen der Interpretation von Willenserklärungen viel vom Einzelfall abhängt, wird man auch nichtkaufmännische (oder nichtunternehmerisch tätige) Bürgen kaum über einen Kamm scheren können. Natürlich darf der Sicherungsgeber jedenfalls dann nicht mehr von schlichter BGB-Bürgschaft ausgehen, wenn er über die Bedeutung der Anforderungsklausel eingehend belehrt wurde. Ein genereller Umkehrschluß ist aber unzulässig. Die Verschärfung findet sich in allen hier diskutierten Fällen im Wortlaut der Erklärung. Es fragt sich daher, wann und warum man diesen Bestandteil bei der Auslegung schlicht ignorieren darf. Ganz entscheidend kommt es auf die Ausgestaltung der - notwendigerweise schriftlichen! - Erklärung an.

Die präzise Position des BGH zu all dem ist nicht eindeutig erkennbar. Die Betonung der Kaufmannseigenschaft und der Tätigkeit im Bauwesen, wo derartige Haftungsübernahmen häufig vorkommen, würde auch in das hier favorisierte Konzept der Einzelbeurteilung passen.

4. Wie schon unter 2. angedeutet, gilt für die Vertragsauslegung bei Verwendung eines Vordrucks nichts prinzipiell anderes. Deshalb ist auch eine Differenzierung abzulehnen (und dem IX. Senat nicht zu unterstellen), wonach von Geschäftskundigen übernommene, unter das AGBG fallende *Formularbürgschaften* auf erstes Anfordern *ausnahmslos* bloß als einfache Bürgschaften wirksam sind. Man denke etwa an ein Formular, das die fett gedruckte Überschrift „Bürgschaft auf erstes Anfordern“ trägt und diese Besonderheit im Text womöglich zusätzlich - ebenfalls hervorgehoben - nochmals aufgreift (z.B. „Der Bürge ist auf erste Anforderung des Gläubigers ohne Einwendungsmöglichkeit zur Zahlung verpflichtet“). Warum sollte hier der Haftende von einer einfachen BGB-Bürgschaft ausgehen dürfen? Üblicherweise fragt man nach, wenn man offensichtlich Bedeutsa-

mes nicht versteht. Umgekehrt ist selbstverständlich zu beachten, daß ein Privater und juristischer Laie einer unauffälligen Anforderungsklausel regelmäßig keinerlei Bedeutung beimessen wird. Aber noch einmal: Pauschallösungen überzeugen gerade bei der Vertragsauslegung selten. Man kann die - beifallswerte - *Tendenz* des BGH teilen, muß jedoch auch gegenüber Privaten und auch bei formularmäßiger Haftung Raum für abweichende Ergebnisse lassen (siehe nur *Larenz/Canaris a.a.O.*, S. 82).

5. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern stellt eine Zwischenform von (akzessorischer) Bürgschaft und (abstrakter) Garantie dar, die üblicherweise auf erstes Anfordern gestellt wird. An der grundsätzlichen Wirksamkeit der beiden Grundformen besteht kein Zweifel (zur typologischen Einordnung etwa *Larenz/Canaris a.a.O.*, S. 81; *P. Bydlinski*, AcP 190 (1990), 170 f.: abgeschwächte Garantie; str). Daher müßte es unmittelbar einleuchten, daß die Vertragsfreiheit Misch- und Zwischenformen gestattet. Was sollte inhaltlich auch gegen eine „abgemilderte“ Garantiehaftung eingewendet werden? (Das unter 3. angesprochene Problem der „Intransparenz“ ist davon zu unterscheiden.) Die Diskussion um die Zulässigkeit der hier behandelten - und praktisch offenbar sehr gebräuchlichen - Form persönlicher Haftung sollte daher nicht mehr geführt werden (gegen die Zulässigkeit etwa *Wéth*, AcP 189 (1989) 324ff, der insoweit aber einhellige Ablehnung erfahren hat).

Das leitet zu einer Schlußbemerkung über. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern entstammt der Wirtschaftspraxis. Wird über ihre Wirksamkeit, ihre Reichweite oder die Voraussetzungen für die Zahlungsverpflichtung des Bürgen gestritten, muß das angerufene Gericht darüber entscheiden. Und wenn der Vertrag aufgrund der Privatautonomie wirksam ist, müssen die Richter klären, was die Parteien im einzelnen vereinbart haben. Im Klartext: Der BGH hat diese spezielle Form persönlicher Haftung nicht erfunden. Er bemüht sich bloß, dieses Ergebnis der Kautelarpraxis sach- und systemgerecht zu behandeln. Das übersehen diejenigen, die bis heute beklagen, daß der BGH die Figur der Bürgschaft auf erstes Anfordern „anerkannt“ hat (so zum wiederholten Mal *Nielsen*, EWIR 1998, 544 [zur hier behandelten Entscheidung]).

Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski, Rostock