

WuB	I F 1 a. Bürgschaft	7.99	Kreditsicherungsrecht
BGH	Ausfallbürgschaft; Beweislast für Sorgfalt bei der Anspruchsverfolgung und für auch bei Sorgfalt entstandenem Ausfall		

Amtl. Leitsätze

1. Bei der Ausfallbürgschaft hat der Gläubiger nicht nur den objektiv eingetretenen Verlust nachzuweisen, sondern auch darzulegen und zu beweisen, daß der Ausfall trotz Einhaltung der bei der Verfolgung des verbürgten Anspruchs gebotenen Sorgfalt eingetreten ist oder auch eingetreten wäre, wenn er diese Sorgfalt angewandt hätte.
2. ...
3. ...

B G H, Urteil vom 10. Dezember 1998
(IX ZR 156/98, Kammergericht) – WM 1999, 173

Der Beklagte übernahm am 25. Juli 1990 - ebenfalls im Beitrittsgebiet - die Bürgschaft für ein Darlehen von 45 000,- DM, das der „O. e.V.“ durch schriftlichen Vertrag vom selben Tage, der auch die Bürgschaftserklärung enthielt, U. R. gewährte. Dieser verpflichtete sich, das Geld zur Erhöhung des Stammkapitals der A. GmbH (künftig nur: GmbH) von 25 000,- DM auf 70 000,- DM zu verwenden. Den um die Zinsen auf 50 400,- DM erhöhten Gesamtbetrag hatte der Darlehensnehmer in fünf halbjährlichen Raten von einmal 10 400,- DM und viermal 10 000,- DM, beginnend am 25. Juli 1991, zurückzuzahlen. Im einzelnen enthält § 4 folgende Regelungen:

„(1) Herr R. übereignet O. e.V. seinen gesamten, infolge der Darlehensgewährung auf DM 47 500,- ... lautenden Geschäftsanteil bei der A. GmbH zur Sicherheit der Forderungen.

...

(3) Wenn Herr R. bei einer fälligen Rate um mehr als 20 Tage in Zahlungsverzug gerät, ist O. e.V. berechtigt, alle noch offenen Forderungen sofort durch Verkauf, Verpfändung oder Einbehaltung der übereigneten Sachen zu befriedigen.

(4) Herr T. W. (Beklagter) ... erklärt hiermit, die Bürgschaft für das Darlehen zu übernehmen und für Forde-

rungen zu haften, auf die bei Zahlungsunfähigkeit von Herrn R. keine Befriedigung aus der Sicherheitsübereignung möglich sind.“

Mit Anwaltsschreiben vom 1. November 1991 forderte der Kläger R. auf, die erste Rate zu zahlen oder zu erklären, daß er seinen Geschäftsanteil an der GmbH durch notariellen Vertrag an einen vom Kläger zu benennenden Erwerber veräußern werde. Bis Februar 1992 zahlte R. 10 400,- DM. Weitere Zahlungen leistete er nicht. Mit Schreiben vom 16. November 1993 kündigte der Kläger den Darlehensvertrag. Er leitete am 22. März 1995 gegen R. das Mahnverfahren ein und erwirkte am 2. Mai 1995 einen Vollstreckungsbescheid. Die Zwangsvollstreckung verlief fruchtlos. Die GmbH befindet sich im Konkurs.

Das LG hat der auf Zahlung von 40 000,- DM zuzüglich Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 2 658,90 DM gerichteten Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist bis auf einen Teil des Zinsanspruchs erfolglos geblieben. Seine Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen

... Nach Ansicht des Berufungsgerichts muß der Beklagte als Bürge nach § 450 Abs. 1 und 2 ZGB für den Ausfall, den der Kläger bei der Verfolgung seines Anspruchs gegen den Darlehensnehmer erlitten hat, einstehen. Dabei ist ihm in einem Punkt ein Rechtsfehler unterlaufen, der ebenfalls zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führt.

Das Berufungsgericht hat angenommen, die im Vertrag vom 25. Juli 1990 enthaltene Beschränkung der vom Beklagten übernommenen Bürgenhaftung auf „Forderungen ... auf die bei Zahlungsunfähigkeit ... keine Befriedigung aus der Sicherheitsübereignung möglich“ ist, sei als Ausfallbürgschaft zu verstehen; der Beklagte solle nur haften, wenn bei Zahlungsunfähigkeit des Darlehensschuldners keine Befriedigung aus dem nach dem Vertragswortlaut zur Si-

cherung übertragenen GmbH-Geschäftsanteil zu erlangen sei. Daß die Anteilsübertragung mangels Einhaltung der nach § 15 GmbHG dafür vorgeschriebenen Form nicht wirksam gewesen sei, habe die Verpflichtung des Beklagten nicht entfallen lassen; eine wirksame Sicherungsabtretung sei keine Bedingung für die Bürgschaftsübernahme gewesen. Auf der anderen Seite sei ein Ausfall des Klägers nicht allein dadurch bewirkt worden, daß die vorgesehene Sicherungsabtretung - auch später -unterblieben sei; denn der Kläger habe auf den Geschäftsanteil auch durch Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Darlehensschuldner zugreifen können. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe mit dieser Beurteilung der im Vertrag erwähnten Sicherungsübertragung eine zu geringe Bedeutung beigemessen; diese sei notwendige Voraussetzung für die Haftung des Beklagten gewesen.

Die Rüge hat im Ergebnis keinen Erfolg . . . Infolge der Nichtigkeit der Sicherungsabtretung entstand eine Regelungslücke, die im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu schließen ist. Das Berufungsgericht ist, wie sich dem Gesamtzusammenhang seiner Ausführungen entnehmen läßt, zu der Überzeugung gelangt, daß die Parteien, hätten sie die Unwirksamkeit der Sicherungsabtretung erkannt, vereinbart hätten, daß der Beklagte für die Erfüllung des Anspruchs des Klägers (einschließlich Zinsen und Kosten) bei dessen Zahlungsunfähigkeit insoweit hafte, als er durch eine Pfändung des Anteils nicht gedeckt werden könne. Diese im wesentlichen tatrichterliche Würdigung läßt keinen Rechtsfehler erkennen . . .

Der Ausfallbürge hat dem Gläubiger für das einzustehen, was dieser trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt vom Hauptschuldner nicht erlangen kann (BGH, Urt. v. 19. März 1998 = WM 1998, 976, 979 m.w.N.). Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger habe sich bei der Geltendmachung seines Anspruchs gegen den Darlehensnehmer zögerlich und damit pflichtwidrig verhalten; denn er habe das Mahnverfahren erst mehr als drei Jahre nach der letzten Zahlung eingeleitet, die dieser geleistet habe, und er habe sich auch nicht darum bemüht, doch noch den GmbH-Anteil übertragen zu erhalten. Es lasse sich aber nicht feststellen, daß der Ausfall hätte vermieden werden können, wenn der Kläger mit der gebotenen Sorgfalt und

ohne Nachlässigkeit gegen den Schuldner vorgegangen wäre. Entgegen der Ansicht des Beklagten trage insoweit nicht der Kläger, sondern er selbst die Darlegungs- und Beweislast . . .

Mit dieser Beurteilung hat das Berufungsgericht, wie die Revision zutreffend rügt, die Darlegungs- und Beweislast verkannt. Die Haftung des Ausfallbürgen ist, wie schon erwähnt, nicht nur auf den objektiven Ausfall, sondern darüber hinaus auf das beschränkt, was der Gläubiger trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt - je nach den vertraglichen Vereinbarungen insbesondere durch rechtzeitige Zwangsvollstreckung und durch Verwertung anderer Sicherheiten - vom Hauptschuldner nicht erlangen kann. Die darin liegende Einschränkung der Bürgenhaftung geht weiter und ist rechtlich etwas anderes als das allgemein für den Gläubiger geltende, aus § 242 BGB folgende Gebot, bei seinem Verhalten gegenüber dem Hauptschuldner die Interessen des Bürgen nicht in treuwidriger Weise zu verletzen (vgl. dazu BGH, Urt. v. 5. Dezember 1962 = WM 1963, 25). Bei der Ausfallbürgschaft begrenzt die durch eigene Nachlässigkeit des Gläubigers bewirkte Herbeiführung des Ausfalls den Anspruch aus der Bürgschaft als solchen. Dieser hängt damit bereits in seiner Entstehung davon ab, daß der Gläubiger bei dem Versuch, die Forderung gegen den Schuldner durchzusetzen, mit der auch im Interesse des Bürgen erforderlichen Sorgfalt vorgeht. Berufet sich der Ausfallbürge auf ein nachlässiges Verhalten des Gläubigers bei der Verwirklichung des verbürgten Anspruchs, so macht er deshalb keinen diesen ausschließenden Ausnahmetatbestand geltend, sondern er leugnet damit eine der den Anspruch begründenden Voraussetzungen und damit den Anspruchstatbestand selbst. Daraus ergibt sich, daß der Gläubiger nicht nur den Verlust nachweisen muß, den er objektiv erlitten hat; seine Sache ist es vielmehr auch, darzulegen und zu beweisen, daß der Ausfall trotz Einhaltung der bei der Verfolgung des verbürgten Anspruchs gebotenen Sorgfalt eingetreten ist oder daß er auch eingetreten wäre, wenn er diese Sorgfalt angewandt hätte (RG JW 1905, 720; MünchKomm/Habersack, BGB, 3. Aufl., § 765 Rdn. 102; Staudinger/Horn, BGB, 13. Bearb., § 771 Rdn. 11; Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 765 BGB Rdn. 13; vgl. auch BGH, Urt. v. 25. Mai 1977 = WM 1977, 837, 839) . . .

Die Einhaltung der gebotenen Sorgfalt durch den Gläubiger markiert nach dem typischen Vertragsinhalt einer Ausfallbürgschaft von vornherein die Grenze, bis zu der das vom Bürgen übernommene Risiko reicht, und gehört deshalb zu den Haftungsvoraussetzungen, deren Vorliegen der Gläubiger zu beweisen hat. Das ist auch von der Interessenbewertung her gerechtfertigt. Der Gläubiger ist weit eher als der Bürge in der Lage, den Geschehensablauf, der zum Ausfall geführt hat, darzulegen und zu beweisen. Gelingt ihm das nicht, dann ist es nicht gerechtfertigt, die Folgen daraus den Bürgen tragen zu lassen . . .

Anmerkung

1. Die Anmerkung beschäftigt sich im wesentlichen bloß mit dem ersten Leitsatz, also mit den Voraussetzungen, unter denen ein Ausfallbürge in Anspruch genommen werden kann.

Aus zeitlichen und örtlichen Gründen war der der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt nach DDR-Recht zu entscheiden. Die zunächst relevanten Fragen nach der Wirksamkeit des Darlehensvertrages und der Zinsenvereinbarung bleiben schon deshalb unbehandelt, weil sie für die Zukunft keine wesentliche Bedeutung haben dürften. (Aus dem selben Grund wird hier auch vom Abdruck der entsprechenden Entscheidungspartien abgesehen). Ein Hinweis sei aber gestattet: Es ist zumindest kühn, einen (eingetragenen) Verein unter den Begriff des „Bürgers“ in § 233 Abs. 2 Satz 1 ZGB zu subsumieren.

2. Auch die Erwägungen zur Ausfallbürgschaft mußten an sich zum DDR-Recht angestellt werden. Wohl, weil es im ZGB insoweit keine genaueren Vorschriften gab, steigt der IX. Senat zwar mit § 450 ZGB ein. Er löst den Fall jedoch (wie) nach BGB, nämlich unter Heranziehung von Judikatur und Literatur zu den §§ 765 ff. Aus diesem Grund sind die diesbezüglichen Ausführungen von bleibendem Interesse. Allerdings ist die Ausfallbürgschaft im BGB ebenfalls nicht eigens geregelt. Ausgangspunkt ist daher der allgemeine - und deshalb auch zum ZGB (siehe § 45 Abs. 3) beachtliche - Gedanke, daß der Bürge nicht strenger behandelt werden darf als es seiner Erklärung entspricht. Noch genereller gesprochen: Die Voraussetzungen der Haftung des Bürgen sind durch - wenn nötig: ergänzende - Auslegung des konkreten Vertrages zu ermitteln.

3. Im zu entscheidenden Fall hatte der Beklagte die Bürgschaft für ein Darlehen übernommen, mit dessen Hilfe ein GmbH-Geschäftsanteil erworben werden sollte. Dieser Geschäftsanteil sollte dem Kreditgeber, dem klagenden Verein, als vorrangige Sicherung dienen. Der Bürge erklärte, nur für Forderungen zu haften, „auf die bei Zahlungsunfähigkeit von . . . (des Kreditnehmers) keine Befriedigung aus der Sicherheitenübereignung möglich ist. Den Beteiligten war nicht klar, daß die sicherungsweise Übertragung des Geschäftsanteils an den Kläger wegen Mißachtung der Formvorschrift des § 15 GmbHG unwirksam war. Überdies hatte der Kläger trotz Verzugs des Kreditnehmers sehr lange mit der Kündigung und der Zwangsvollstreckung zugewartet: Erst etwa drei Jahre später leitete er das Mahnverfahren ein.

Damit waren im wesentlichen drei Fragen zu klären:

1. War die Bürgschaft von vornherein unwirksam, da die von beiden Parteien einvernehmlich zugrunde gelegte „Primärsicherheit“ nicht bestand?

2. Wenn nein: Genügte für die Zahlungspflicht des (Ausfall-)Bürgens die objektive Nichtbefriedigung des Gläubigers oder könnte dem Gläubiger der Umstand schaden, daß er seine Ansprüche nicht früher verfolgte?

3. Wen trifft die Beweislast, wenn zunächst unklar ist, ob bzw. wieviel der Gläubiger bei rechtzeitiger Anspruchsbetreibung vom Schuldner erhalten hätte?

Hinsichtlich der ersten Frage folgt der BGH dem Berufungsgericht: Die Bürgschaft kam wirksam zustande. Zu den Voraussetzungen einer Inanspruchnahme wird unter Berufung auf Vorjudikatur ausgeführt, der Bürge hafte bei einer Ausfallbürgschaft immer nur auf das, was der Gläubiger trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt vom Hauptschuldner nicht erlangen konnte. Am interessantesten ist die Beantwortung der dritten Frage, deren Lösung bisher auf unterschiedliche Weise versucht wurde: Der IX. Senat zählt den eben genannten Umstand, also die sorgfältige Anspruchsverfolgung, zu den anspruchsbegründenden Tatsachen. Daher müsse der Gläubiger beweisen, daß er alle Sorgfalt aufgewendet habe bzw. daß er bei Anwendung gehöriger Sorgfalt ebenfalls einen Ausfall (in bestimmter Höhe) erlitten hätte. Diese Position entspricht jedenfalls im Ergebnis der in der Entscheidung nachgewiesenen h.A. Ausdrücklich lehnt der BGH Lösungen mit

Hilfe von Treu und Glauben sowie Bedingungskonstruktionen ab. (Die diesbezüglichen Ausführungen des IX. Senats fielen den Kürzungszwang zum Opfer.)

4. Der BGH greift nur in Hinblick auf die erste Frage ausdrücklich zum methodischen Instrument der ergänzenden Vertragsauslegung. Da die Ausfallbürgschaft im Gesetz nicht geregelt ist, geht es jedoch in jeder Hinsicht um die Interpretation des Vereinbarten. Im Ausgangspunkt besteht kein Zweifel daran, daß die Vertragspartner die hier genannten drei Fragen in jede Richtung regeln könnten (auch wenn dann möglicherweise keine „reine“ Ausfallbürgschaft mehr vorliegt). Da dies aber kaum einmal geschieht, ist es durchaus legitim zu fragen, was in solchen Fällen der „gemilderten“ Bürgenhaftung den typischen Interessen der Beteiligten am nächsten kommt. Die auf diese Weise erzielten Ergebnisse sind in gewissen Grenzen ohne Zweifel einer Verallgemeinerung zugänglich. Methodisch geht es dabei aber dennoch um (ergänzende) Vertragsauslegung.

Was die erste Frage anlangt, so ist dem BGH insoweit zu folgen, als die Abtretung des Geschäftsanteils hier nicht notwendige Voraussetzung der Verbürgung war. Den Parteivorstellungen dürfte vielmehr die Lösung entsprechen, daß der Bürge so zu stellen ist, als wenn der Erwerb der Sicherheit wirksam erfolgt wäre. Dies allein hätte hier möglicherweise zu keinen Einschränkungen der Bürgenhaftung geführt, da die GmbH insolvent wurde, was den Geschäftsanteil wertlos machte.

Auch hinsichtlich der zweiten Frage ist dem IX. Senat zuzustimmen: Macht ein Bürge deutlich, daß er nur im äußersten Notfall den Ausfall des Gläubigers zu tragen bereit ist, darf er nicht dadurch belastet werden, daß der Gläubiger selbst mögliche, zumutbare und zweckmäßige Maßnahmen unterläßt. Von Sonderfäl-

len abgesehen, will der abgeschwächt Bürgende dem Gläubiger kein Risiko abnehmen, das dieser selbst beherrschen kann. Diese Voraussetzung hat mit dem BGH mit Treuwidrigkeit nichts zu tun, sondern ist in ihrer Intensität deutlich darunter anzusiedeln. Es sind wohl nicht einmal subjektive Sorgfaltsverstöße zu fordern.

Schon aus diesen Überlegungen folgt m.E. die Richtigkeit der Lösung des dritten Problems. Für den Fall feststehender Sorglosigkeit ist das wohl unbestreitbar. Auch besteht insoweit eine offensichtliche Parallelität zum rechtmäßigen Alternativverhalten (zur Beweislastverteilung in solchen Fällen statt vieler OLG Köln BB 1996, 898, 900); man könnte hier von „obligationsgemäßem Alternativverhalten“ sprechen. Damit scheint der vorliegende Sachverhalt, in dem der Gläubiger ohne Zweifel viel zu lange zuwartete, jedenfalls richtig beurteilt worden zu sein. Doch auch für die von der Ansicht des BGH darüber hinaus erfaßten Fälle wird ergänzende Vertragsauslegung zum selben Ergebnis führen: Behauptet der Gläubiger, alle Sorgfalt beachtet zu haben, so muß er dies auch beweisen. Dafür spricht zum einen, daß sich der Bürge eben nur „für den äußersten Notfall“ zur Zahlung verpflichtet hat. Daher ist für die Ausfallbürgschaft etwa auch unbestritten, daß der Gläubiger den Beweis für die Vornahme der nötigen Eintreibungsversuche führen muß (statt aller BGH WM 1997, 2034 = WuB I F 1 a. - 11.98 M. Pfeifer; MünchKomm/Habersack, BGB, § 765 Rdn. 102, jeweils m.w.N.). Gleiches muß umso mehr dann gelten, wenn fest steht, daß derartige Versuche über einen größeren Zeitraum unterblieben sind. Zum zweiten ist, was der IX. Senat betont, auch die „Beweisnähe“ zu beachten: So kann etwa bloß der Gläubiger dartun, daß und warum es in concreto zweckmäßig war, erst längere Zeit nach Verzug mit gerichtlichen Durchsetzungsmaßnahmen zu beginnen.

Univ.-Prof. Dr. Peter Bydliński, Rostock