

Miriam Wegner

Die Beendigung von Bürgschaften und Befreiungsansprüche des Bürgen

Miriam Wegner
Die Beendigung von Bürgschaften und
Befreiungsansprüche des Bürgen

Miriam Wegner

Die Beendigung von Bürgschaften und Befreiungsansprüche des Bürgen

Tectum Verlag

Miriam Wegner

Die Beendigung von Bürgschaften und
Befreiungsansprüche des Bürgen

© Tectum Verlag – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018
ePDF: 978-3-8288-7006-2

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN 978-3-8288-4151-2
im Tectum Verlag erschienen.)

Zugleich: Dissertation an der Fakultät für Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg, 2018

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
A. Einführung in die Thematik	1
B. Problemaufriss.....	3
C. Ziele der Untersuchung.....	4
D. Gang der Darstellung	5
Kapitel 1 Die Kündigung von Bürgschaften.....	9
A. Die Kündigung als adäquates Beendigungsinstrument.....	9
I. Der Begriff des Dauerschuldverhältnisses.....	9
II. Die Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis	17
III. Verortung der Bürgschaftskündigung im Regelungssystem des Bürgerlichen Gesetzbuchs	26
B. Rechtsfolgen der Bürgschaftskündigung.....	27
I. Rechtsfolgen der Kündigung nach allgemeinen Grundsätzen.....	28
II. Darstellung der verschiedenen Leistungspflichten im Bürgschaftsverhältnis	30
III. Rechtsfolgen der Bürgschaftskündigung	37
C. Voraussetzungen der Bürgschaftskündigung	52
I. Außerordentliche Kündigung	52
II. Ordentliche Kündigung	71
D. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	98

Kapitel 2 Kontokorrentbürgschaften	103
A. Kontokorrentverhältnis	104
I. Auswirkung der Verrechnung	105
II. Ablauf der Verrechnung	109
III. Wirkung des Saldoanerkenntnisses	114
B. Wirkung der Kontokorrentbürgschaft	117
I. Kontokorrentsaldobürgschaft	117
II. Kontokorrentforderungsbürgschaft	119
C. Rechtsfolgen der Kündigung von Kontokorrentbürgschaften	139
I. Bestimmung der Einstandspflicht des Bürgen bei Kündigung von Kontokorrentbürgschaften	140
II. Rückführung der Einstandspflichten des Bürgen	159
III. Vorzeitige Befreiung des Bürgen von bereits entstandenen Einstandspflichten	164
D. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	192
Kapitel 3 Rücktritt, Widerruf und Störung der Geschäftsgrundlage	197
A. Rücktritt	197
I. Vertragliches Rücktrittsrecht	198
II. Rücktrittsrecht des Hauptschuldners vor Vollzug des gesicherten Schuldverhältnisses	198
III. Verletzung von Leistungspflichten des Bürgschaftsgläubigers	201
B. Widerruf	202
I. Haustürwiderruf	203
II. Widerruf nach Verbraucherdarlehensrecht	207
C. Störung der Geschäftsgrundlage	209
I. Grundsätze des Rechtsinstituts der Störung der Geschäftsgrundlage	210
II. Meinungsstand zur Störung der Geschäftsgrundlage im Bürgschaftsrecht ...	213
III. Übertragbarkeit der gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsätze auf die Rechtslage nach der Schuldrechtsreform	225
D. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	229
I. Rücktritt	230

II. Widerruf.....	231
III. Störung der Geschäftsgrundlage.....	232
Kapitel 4 Schuldrechtliche Befreiungsansprüche des Bürgen	235
A. Befreiungsansprüche gegen den Hauptschuldner	235
I. Vollstreckung eines Anspruchs auf Befreiung von bereits entstandenen Einstandspflichten	237
II. Anwendungsbereich und Voraussetzungen von Befreiungsansprüchen	249
III. Nebenpflicht des Hauptschuldners zur Schonung des Bürgen.....	322
B. Ansprüche auf Entlassung des Bürgen aus der Bürgschaft	324
I. Die Figur des Ersatzbürgen.....	326
II. Übersicherung	360
C. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	361
I. Befreiungsansprüche des Bürgen gegen den Hauptschuldner	362
II. Ansprüche auf Entlassung des Bürgen aus der Bürgschaft.....	365
Fazit	367

Vorwort

Die Arbeit lag im Sommersemester 2017 an der Universität Hamburg als Dissertation vor. Die mündliche Prüfung fand am 31. Januar 2018 statt. Rechtsprechung, Kommentar- und Spezialliteratur sind auf dem Stand Juni 2017.

Ich möchte mich bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Kai-Oliver Knops für die Betreuung der Arbeit bedanken. Herr Prof. Dr. Knops hat mein Interesse am Bank- und Kapitalmarktrecht sowie an der wissenschaftlichen Arbeit während des Studiums geweckt und mir während der Promotionszeit alle Freiräume gelassen.

Zu tiefem Dank verpflichtet bin ich auch meiner Familie und lieben Freunden, die mir stets unterstützend zur Seite standen und die Arbeit korrekturgelesen haben. Besonders zu erwähnen sind Sebastian Strack und mein Vater Wolfgang Wegner. Für die Unterstützung bei der Formatierung der Arbeit bedanke ich mich herzlich bei Sylvia Rauch.

Berlin, im März 2018

Miriam Wegner

Literaturverzeichnis

- Andres, Dirk / Leithaus, Rolf / Dahl, Michael, Insolvenzordnung, 3. Auflage München 2014 (zitiert als Andres/Leithaus-Bearbeiter).*
- Bamberg, Florian, Nach der Finanzkrise - Deutsche Unternehmen nehmen wieder mehr Schulden auf, <http://www.finance-magazin.de/geld-liquiditaet/kredite-und-anleihen/deutsche-unternehmen-nehmen-wieder-mehr-schulden-auf-1347059/>, zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017.*
- Bamberger, Heinz Georg (Hrsg.) / Roth, Herbert (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, München 2017, 42. Edition, Stand: 1. Februar 2017 (zitiert als BeckOK-Bearbeiter).*
- Dies., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3 Bände, 3. Aufl. München 2012 (zitiert als Bamberger/Roth-Bearbeiter).*
- Baumbach, Adolf (Begr.) / Hopt, Klaus J. / Kumpan, Christoph u.a., Handelsgesetzbuch, 37. Aufl. München 2016 (zitiert als Baumbach/Hopt-Bearbeiter).*
- Becker, Bernhard / Böttger, Peter / Ergün, Ismail u. a., Basel III und die möglichen Auswirkungen auf die Unternehmensfinanzierung, DStR 2011, 375 ff.*
- Beckmann, Roland (Hrsg.) / Matusche-Beckmann, Annemarie (Hrsg.), Versicherungsrechtshandbuch, 3. Aufl. München 2015 (zitiert als Beckmann/Matusche-Beckmann-Bearbeiter).*
- Beitzke, Günther, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerschuldverhältnissen, Schloß Bleckede a. d. Elbe 1948 (Nachdruck 1968) (zitiert als Beitzke, Dauerschuldverhältnisse).*
- Blaurock, Uwe, Das Anerkenntnis beim Kontokorrent, NJW 1971, 2006 ff.*
- Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. Tübingen 2016 (zitiert als Bork, BGB AT).*
- Brox, Hans (Begr.) / Henssler, Martin, Handelsrecht, 22. Aufl. München 2016 (zitiert als Brox/Henssler, Handelsrecht).*
- Bub, Wolf-Rüdiger (Hrsg.) / Kraemer, Hans-Jörg (Hrsg.), Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. München 2014 (zitiert als Bub/Kraemer-Bearbeiter).*
- Bülow, Peter, Recht der Kreditsicherheiten – Sachen und Rechte, Personen, 8. Aufl. Heidelberg 2012 (zitiert als Bülow, Recht der Kreditsicherheiten).*
- Ders., Sicherungsgeschäfte als Haustür- oder Verbraucherkreditgeschäfte, NJW 1996, 2889 ff.*

- Ders., Verbraucherkreditlinie, Verbraucherbegriff und Bürgschaft, ZIP 1999, 1613 ff.
- Bundesgeschäftsstelle Landesbausparkassen, Bausparkassen-Fachbuch 2011/2012, Stuttgart 2011 (zitiert als Bausparkassen-Fachbuch 2011/2012-Bearbeiter).
- Bundeszentrale für politische Bildung, Das Europalexikon, <http://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/176846/eurokrise>, zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017.
- Dies., Globale Finanz- und Wirtschaftskrise, http://www.bpb.de/wissen/913DGH_0,o,Globale_Finanz_und_Wirtschaftskrise.html, zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017.
- Bydlinski, Peter, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, Wien und New York 1991 (zitiert als Bydlinski, Bürgschaft).
- Ders., Die Kündigung der Bürgschaft, in: Horn, Norbert (Hrsg.) / Lwowski, Hans-Jürgen (Hrsg.) / Nobbe, Gerd (Hrsg.), Festschrift für Herbert Schimansky, Köln 1999, S. 299 ff. (zitiert als Bydlinski, FS Schimansky).
- Canaris, Claus-Wilhelm, Handelsrecht, 24. Aufl. München 2006 (zitiert als Canaris, Handelsrecht).
- Ders., Nichtabnahmenschädigung und Vorfälligkeitsvergütung bei Darlehen mit fester Laufzeit, in: Hadding, Walther (Hrsg.) / Hopt, Klaus J. (Hrsg.) / Schimansky, Herbert (Hrsg.), Vorzeitige Beendigung von Finanzierungen, Bankrechtstag 1996, Berlin und New York 1997, S. 3 ff. (zitiert als Canaris, Bankrechtstag 1996).
- Ders., Die Verrechnung beim Kontokorrent (1. Teil), DB 1972, 421 ff.
- Ders., Die Verrechnung beim Kontokorrent (2. Teil), DB 1972, 469 ff.
- Dach, Eberhard, Anmerkung zu OLG Celle, Urteil vom 05. Oktober 1988 – 3 U 306/87, WuB I F 1 a - 24.89, 1259 ff.
- Dähn, Sabine, Die Wirksamkeit von Globalbürgschaften von Gesellschaftern und Geschäftsführern für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ZBB 2000, 61 ff.
- Dauner-Lieb, Barbara (Hrsg.) / Heidel, Thomas (Hrsg.) / Ring, Gerhard (Hrsg.), BGB-Kommentar, 6 Bände, 3. Aufl. Baden-Baden 2014 ff. (zitiert als NoKoBGB-Bearbeiter).
- Derleder, Peter (Hrsg.) / Knops, Kai-Oliver (Hrsg.) / Bamberger, Heinz Georg (Hrsg.), Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. Heidelberg 2017 (zitiert als Derleder/Knops/Bamberger-Bearbeiter).
- Derleder, Peter, Die unbegrenzte Kreditbürgschaft, NJW 1986, 100 ff.
- Ders., Im Überblick: Die Sicherung des Vermieters durch Barkaution, Bürgschaft, Verpfändung, Sicherungsabtretung und Schuldübernahme, NZM 2007, 601 ff.
- Ders. / Bartels, Klaus, Der bürgende Ehegatte in der Trennungskrise, FuR 1995, 224 ff.

- Diepen, Gerhard / Sauter, Werner*, Wirtschaftslehre für den Bankkaufmann – Allgemeine Wirtschaftslehre Spezielle Bankbetriebslehre, 3. Aufl. Wiesbaden 1991 (zitiert als *Diepen/Sauter, Wirtschaftslehre für den Bankkaufmann*).
- Ditteneij, Bernhard*, Die Anfechtung vollzogener Dauerrechtsverhältnisse: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Dauerrechtsverhältnis, Diss. Heidelberg, 1968 (zitiert als *Ditteneij, Dauerrechtsverhältnis*).
- Düringer, Adelbert (Hrsg.) / Hachenburg, Max (Hrsg.)*, Das Handelsgesetzbuch, Band 4, 3. Aufl. Mannheim u. a. 1932 (zitiert als *Düringer/Hachenburg-Bearbeiter*).
- Ebenroth, Carsten Thomas (Begr.) / Boujong, Karlheinz (Begr.) / Joost, Detlev (Begr.) u. a.*, Handelsgesetzbuch, 2 Bände, 3. Aufl. München 2014 (zitiert als *E/B/J/S-Bearbeiter*).
- Ebhhardt, Hermann*, Die Beendigung des Dauerschuldverhältnisses, Diss. Leipzig, Freiberg i. Sa. 1934 (zitiert als *Ebhhardt, Dauerschuldverhältnis*).
- Eilenberger, Guido*, Bankbetriebswirtschaftslehre – Grundlagen, Internationale Bankleistungen, Bank-Management, 8. Aufl. München 2012 (zitiert als *Eilenberger, Bankbetriebswirtschaftslehre*).
- Emmerich, Jost*, Auswirkungen der Mietrechtsänderungen auf Kündigungen, WuM 2013, 323 ff.
- Ensthaler, Jürgen (Hrsg.) / Bandasch, Georg (Begr.)*, Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht, 8. Aufl. Neuwied 2015 (Ensthaler-Bearbeiter).
- Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch, begr. von Walter Erman und hrsg. von Harm Peter Westermann, (bis 13. Aufl.) und Barbara Grunewald (ab. 14. Aufl.), 2 Bände, – 14. Aufl. Köln 2014 (zitiert als *Erman-Bearbeiter*),
– 12. Aufl. Köln 2008 (zitiert als *Erman-Bearbeiter* (12. Aufl.)).
- Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft*, Agenda Mittelstand, Wege zum Wachstum, Finanzierungsverhalten im deutschen Mittelstand, <http://docplayer.org/8381914-Studie-finanzierungsstrukturen-im-deutschen-mittelstand-weg-zum-wachstum-volkswirtschaftliche-impulse-durch-innovative-unternehmensfinanzierung.html>, zuletzt abgerufen am 26. Mai 2017.
- Esser, Josef (Begr.) / Schmidt, Eike*, Schuldrecht, Band 1: Allgemeiner Teil, 1. Teilband, 8. Aufl. Heidelberg 1995 (zitiert als *Esser/Schmidt, Schuldrecht AT*).
- Fikentscher, Wolfgang / Heinemann, Andreas*, Schuldrecht, 10. Aufl. Berlin 2006 (zitiert als *Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht*).
- Fischer, Reinfried / Klanten, Thomas*, Bankrecht – Grundlagen der Praxis, 4. Aufl. Köln 2010 (zitiert als *Fischer/Klanten, Bankrecht*).
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 2 Bände, 4. Aufl. Berlin u. a. 1992 (zitiert als *Flume, Das Rechtsgeschäft*).
- Fritzsche, Jörg*, Die Pfändbarkeit offener Kreditlinien, DStR 2002, 265 ff.

- Gamp, Lothar / Werner, Horst, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters einer Personengesellschaft für Darlehen aufgrund von Kreditzusagen, ZHR 147 (1983), 1 ff.
- Ganten, Hans (Hrsg.) / Jansen, Günther (Hrsg.) / Voit, Wolfgang (Hrsg.), Beck'scher VOB-Kommentar – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B, 3. Auflage München 2013 (zitiert als Ganten/Jansen/Voit-Bearbeiter).
- Gay, Barbara, Der Beginn der Verjährungsfrist bei Bürgschaftsforderungen, NJW 2005, 2585 ff.
- Geißler, Markus, Der Befreiungsanspruch des Bürgen und seine Vollstreckungsrechtliche Durchsetzung, JuS 1988, 452 ff.
- Ders., Der Wegfall der Geschäftsgrundlage im Rahmen des Bürgschaftsvertrages, NJW 1988, 3184 ff.
- Geldmacher, Günther, Die Kaution im Miet- und Pachtverhältnis, DWW 2002, 182 ff.
- Gernhuber, Joachim, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989 (zitiert als Gernhuber, Das Schuldverhältnis).
- Gerstenberger, Juliane, Im Wandel: die Kapitalstruktur der Unternehmen des Verarbeitenden Gewerbes, <https://www.kfw.de/PDF/Download-Center/Konzernthemen/Research/PDF-Dokumente-Fokus-Volkswirtschaft/Fokus-Nr.-109-November-2015-Kapitalmarktstruktur-der-Unternehmen-des-Verarbeitenden-Gewerbes.pdf>, zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017.
- Gierke, Otto v., Dauernde Schuldverhältnisse, JherBj. 64 (1914), 355 ff.
- Glanegger, Peter / Kirnberger, Christian / Kusterer, Stefan u. a., Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 7. Aufl. Heidelberg 2007 (zitiert als HK-Bearbeiter).
- Göppert, Heinrich, Zur Vereinfachung der Lehre vom Kontokorrent, ZHR 102 (1936), 161 ff.
- Görmer, Gerald, Der Befreiungsanspruch, JuS 2009, 7 ff.
- Graf Lambsdorff, Georg / Skora, Bernd, Handbuch des Bürgschaftsrechts, München 1994 (zitiert als Graf Lambsdorff/Skora, Bürgschaftsrecht).
- Graf v. Westphalen, Friedrich, Bürgschaft und Verbraucherkreditgesetz, DB 1998, 295 ff.
- Grill, Wolfgang (Hrsg.) / Perczynski, Hans (Hrsg.), Wirtschaftslehre des Kreditwesens, 39. Aufl. Troisdorf 2005 (zitiert als Grill/Perczynski, Wirtschaftslehre des Kreditwesens).
- Gschnitzer, Franz, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, JherBj. 76 (1926), 317 ff.
- Gummert, Hans (Hrsg.) / Weipert, Lutz (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 4. Aufl. München 2014 (zitiert als MünchHdb. GesR I-Bearbeiter).

- Gutzler, Helmut, Lösung von Dauerlieferungsverträgen durch Rücktritt und Kündigung, Diss. Heidelberg, Philippsburg 1938 (zitiert als Gutzler, Lösung von Dauerlieferungsverträgen).
- Heckschen, Heribert (Hrsg.) / Herrler, Sebastian (Hrsg.) / Starke, Timm (Hrsg.), Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl. München 2015 (zitiert als BeckNotarHdb-Bearbeiter).
- Hefermehl, Wolfgang, Grundfragen des Kontokorrents, in: Nipperdey, Hans Karl (Hrsg.), Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, 2 Bände, Berlin u. a. 1956, S. 547 ff. (zitiert als Hefermehl, FS Nipperdey).
- Heidenhain, Martin (Hrsg.) / Meister, Burkhardt W., Münchener Vertragshandbuch, Band 1: Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. München 2011 (zitiert als MünchVerHdb. GesR-Bearbeiter).
- Heile, Bernhard, Ersatzmietergestellung bei Wohn- und Geschäftsraummiete, ZMR 1990, 249 ff.
- Heß, Burkhard, Das neue Schuldrecht – In-Kraft-Treten und Übergangsregelungen, NJW 2002, 253 ff.
- Heymann, Ernst (Begr.) / Horn, Norbert (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 4 Bände, 2. Aufl. Berlin 1995 ff. (zitiert als Heymann-Bearbeiter).
- Hinz, Werner, Langer Zeitmietvertrag und Kündigungsausschluss bei der Wohnraummiete, NZM 2003, 659 ff.
- Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.) / Gebele, Alexander (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. München 2016 (zitiert als MünchFormWR-Bearbeiter).
- Honsell, Heinrich, Römisches Recht, 8. Aufl. Heidelberg 2015 (zitiert als Honsell, Römisches Recht).
- Hopt, Klaus J. / Müllbert, Peter O., Kreditrecht, Berlin 1989 (zitiert als Hopt/ Müllbert, Kreditrecht).
- Horn, Norbert, Vertragsdauer, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band 1, Köln 1981, S. 551 ff. (zitiert als Horn, Überarbeitung des Schuldrechts).
- Ders., Bürgschaftsrecht 2000, ZIP 2001, 93 ff.
- Huber, Ulrich, Leistungsstörungen, Band 1, Tübingen 1999 (zitiert als Huber, Leistungsstörungen).
- Hübner, Ulrich, Handelsrecht, 5. Aufl. Heidelberg 2004 (zitiert als Hübner, Handelsrecht).
- Hülsmann, Christoph, Anwaltssozietät: Rechtsprechungsreport zu Austrittsfolgen, NZG 2001, 625 ff.
- Hunke, Ronald, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, Baden-Baden 1987 (zitiert als Hunke, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters).

- Jakobs, Horst Heinrich (Hrsg.) / Schubert, Werner (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 12 Bände, Berlin und New York 1978 ff. (zitiert als Jakobs/Schubert-Bearbeiter).*
- Jauernig, Othmar (Begr.) / Stürner, Rolf (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom -II-, Rom-III-VO, EG-UntVO/HUntProt und EUerbVO – Kommentar, 16. Aufl. München 2015 (zitiert als Jauernig-Bearbeiter).*
- Kautzsch, Michael, Der Freistellungsanspruch des Gesellschafters, NZG 2011, 736 ff.*
- Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, 2. Auflage Wien 1960 (zitiert als Kelsen, Reine Rechtslehre).*
- Klingsporn, Burkhard, Zum Widerruf von Bürgschaftserklärungen bei Haustürge-schäften, NJW 1991, 2259 ff.*
- Knöchlein, Gerhard, Abfindungsvereinbarungen bei Personalhandelsgesellschaften, DNotZ 1960, 452 ff.*
- Knops, Kai-Oliver, Verbraucherschutz bei der Begründung, Beendigung und Über-nahme von Immobiliarkreditverhältnissen, Berlin u. a. 2000 (zitiert als Knops, Verbraucherschutz).*
- Ders., Die Ersatzkreditnehmerstellung, WM 2000, 1427 ff.*
- Koch, Stefan, Anwendung der Anlassrechtsprechung auf Bürgschaften von Ge-schäftsführern und Gesellschaftern, NJW 2000, 1996 ff.*
- Kollbach, Klaus, Die Neuregelung der Nachhaftung ausgeschiedener persönlich haftender Gesellschafter, GmbHR 1994, 164 ff.*
- Koller, Ingo / Kindler, Peter / Roth, Wulf-Henning u.a., Handelsgesetzbuch, 8. Aufl. München 2015 (zitiert als Koller/Kindler/Roth -Bearbeiter).*
- Krauß, Hans-Frieder (Hrsg.) / Weise, Stefan (Hrsg.), Beck'sche Online Formulare Vertragsrecht, München, Stand: 1. September 2011 (zitiert als BeckOF-Bearbei-ter).*
- Krebs, Peter, Die große Schuldrechtsreform, DB 2000, Beil. 14, 1 ff.*
- Krotter, Simon, Kapitalkosten und Kapitalstrukturen ausgewählter deutscher Un-ternehmen – eine empirische Untersuchung, https://www.destatis.de/DE/Ueber_Usn/UnsereAufgaben/GerhardFuerstPreis/Preistraeger/2003/Krotter.pdf?__bl_0b=publicationFile, zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017.*
- Kümpel, Siegfried (Hrsg.) / Wittig, Arne (Hrsg.), Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. Köln 2011 (zitiert als Kümpel/Wittig-Bearbeiter).*
- Langenberg, Hans / Zehlein, Kai, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückgabe bei Wohn- und Gewerberaum, 5. Aufl. München 2015 (zitiert als Langenberg/Zehlein, Schönheitsreparaturen).*
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1: Allgemeiner Teil, 14. Aufl. Mün-chen 1987 (zitiert als Larenz, Schuldrecht AT).*
- Ders. (Begr.) / Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin u. a. 1995 (zitiert als Larenz/Canaris, Methodenlehre).*

- Lindner-Figura, Jan (Hrsg.) / Oprée, Frank (Hrsg.) / Stellmann, Frank (Hrsg.), Geschäftsraummiete – Handbuch, 4. Aufl. München 2017* (zitiert als Lindner-Figura/Oprée/Stellmann-Bearbeiter).
- Looschelders, Dirk, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. Köln 2016* (zitiert als Looschelders, Schuldrecht AT).
- Lorenz, Stephan, Richtlinienkonforme Auslegung, Mindestharmonisierung und der „Krieg der Senate“ – Zur Anwendung des Haustürgeschäftewiderrufsgesetzes auf Bürgschaften, NJW 1998, 2937 ff.*
- Lwowksi, Hans-Jürgen (Hrsg.) / Fischer, Gero (Hrsg.) / Langenbucher, Katja (Hrsg.), Das Recht der Kreditsicherung, 9. Aufl. Berlin 2011* (zitiert als Lwowksi/Fischer/Langenbucher-Bearbeiter).
- Maume, Philipp, Der umgekehrte Verbrauchervertrag, NJW 2016, 1041 ff.*
- Medicus, Dieter, Die Akzessorietät im Zivilrecht, JuS 1971, 497 ff.*
- Ders. (Begr.) / Lorenz, Stephan, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil – Ein Studienbuch, 21. Aufl. München 2015* (zitiert als Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT).
- Ders. / Petersen, Jens, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. München. 2015* (zitiert als Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht).
- Meinhardt, Klaus, Beendigung der Haftung aus Bürgschaften eines Gesellschafters oder Geschäftsführers bei dessen Ausscheiden aus der Gesellschaft?, Diss. Göttingen, Frankfurt a. M. u. a. 1990 (Meinhardt, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften).*
- Mitglieder des Bundesgerichtshofes (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes (RGRK), 7 Bände, 12. Aufl. Berlin und New York 1974 ff.* (zitiert als RGRK-Bearbeiter).
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig 1888* (zitiert als Motive II).
- Mugdan, Benno (Hrsg.) / Hahn, Carl (Begr.), Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 8 Bände, Berlin 1883 ff. (Neudruck Aalen 1983)* (zitiert als Mugdan, Materialien).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker u. a.,*
- 12 Bände, 7. Aufl. München 2015 ff. (zitiert als MünchKommBGB-Bearbeiter),
 - 11 Bände, 5. Aufl. München 2006 ff. (zitiert als MünchKommBGB-Bearbeiter (5. Aufl.)),
 - 8 Bände, 2. Aufl. München 1984 ff. (zitiert als MünchKommBGB-Bearbeiter (2. Aufl.)).

- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, hrsg. von Karsten Schmidt,
– 2. Band, 4. Aufl. München 2016 (zitiert als MünchKommHGB-Bearbeiter),
– 7 Bände, 3. Aufl. München 2005 ff. (zitiert als MünchKommHGB-Bearbeiter
(3. Aufl.)),
– 5. Band, München 2001 (zitiert als MünchKommHGB-Bearbeiter (1. Aufl.)).
- Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, hrsg. von Theo Langheid und Manfred Wandt, 3 Bände, 2. Aufl. München 2016 (zitiert als MünchKommVVG-Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, hrsg. von Hans-Peter Kirchhof, Horst Eidenmüller, u. a., 3 Bände, 3. Aufl. München 2013 ff. (zitiert als MünchKommInsO-Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, hrsg. von Wolfgang Krüger und Thomas Rauscher, 3 Bände, 5. Aufl. München 2016 f. (zitiert als MünchKommZPO-Bearbeiter).
- Musielak, Hans-Joachim*, Bürgschaft, JA 2015, 161 ff.
- Nerlich, Jörg (Hrsg.) / Römermann, Volker (Hrsg.)*, Insolvenzordnung, Loseblattsammlung, München, Stand: 21. Ergänzungslieferung 2011 (zitiert als Nerlich/Römermann-Bearbeiter).
- Nikisch, Arthur*, Die Grundformen des Arbeitsvertrags und der Anstellungsvertrag, Berlin 1926 (zitiert als Nikisch, Grundformen des Arbeitsvertrags).
- Nobbe, Gerd (Hrsg.)*, Kommentar zum Kreditrecht – Praxiskommentar zum Darlehens- und Kreditsicherungsrecht des BGB, 2 Bände, 2. Aufl. Heidelberg 2012 (zitiert als Nobbe-Bearbeiter).
- Oermann, Paul*, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Aufl. Berlin 1910 (zitiert als Oermann, Recht der Schuldverhältnisse).
- Oetker, Hartmut*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Tübingen 1994 (zitiert als Oetker, Dauerschuldverhältnis).
- Ders.*, Handelsrecht, 7. Auf. Berlin Heidelberg 2015 (zitiert als Oetker, Handelsrecht).
- Ders. (Hrsg.)*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. München 2015 (zitiert als Oetker-Bearbeiter).
- Ott, Edward*, Die Methode der Rechtsanwendung, Zürich 1979 (Ott, Methode der Rechtsanwendung)
- Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, begr. von Otto Palandt,
– 76. Aufl. München 2017 (zitiert als Palandt-Bearbeiter),
– 10. Aufl. München und Berlin 1952 (zitiert als Palandt-Bearbeiter (10. Aufl.)).
- Pfeiffer, Gero*, Die laufende Rechnung (Kontokorrent), JA 2006, 105 ff.
- Pfeiffer, Thomas*, Die Bürgschaft unter dem Einfluss des deutschen und europäischen Verbraucherrechts, ZIP 1998, 1129 ff.

- Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, begr. von Gottlieb Planck und hrsg. von Emil Strohal (ab 3. Aufl.),
- 5 Bände, 4. Aufl. Berlin 1913 ff. (Nachdruck 1976) (zitiert als Planck-Bearbeiter),
 - 6 Bände, 1. und 2. Aufl. Berlin 1898 ff. (zitiert als Plank-Bearbeiter (1. und 2. Aufl.)).
- Potacs, Michael*, Rechtstheorie, Wien 2015 (zitiert als Potacs, Rechtstheorie).
- Priester, Hans-Joachim*, Vertragsgestaltung bei der GmbH & Co., 4. Aufl. Köln 2010 (zitiert als Priester, Vertragsgestaltung bei der GmbH & Co.).
- Probst, Martin*, Geltungsbereichsprobleme des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften, JR 1992, 133 ff.
- Prölss, Erich (Begr.) / Martin, Anton (Hrsg.)*, Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen, Vermittlerrecht und Allgemeinen Vertragsbedingungen, 29. Aufl. München 2015 (zitiert als Prölss/Martin-Bearbeiter).
- Prütting, Hanns (Hrsg.) / Wegen, Gerhard (Hrsg.) / Weinreich, Gerd (Hrsg.)*, Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, 12. Aufl. Köln 2017 (zitiert als Prütting/Wegen/Weinreich-Bearbeiter).
- Prütting, Hanns / Stickelbrock, Barbara*, Zwangsvollstreckungsrecht, Stuttgart u.a. 2002 (zitiert als Prütting/Stickelbrock, Zwangsvollstreckungsrecht).
- Ratenkredit.com*, Kommt man als Bürger wieder aus dem Kreditvertrag heraus?, <http://www.ratenkredit.com/ratgeber/kommt-man-als-buerge-wieder-aus-dem-kreditvertrag-heraus.html>, zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017.
- Reich, Norbert*, Die vorzeitige Beendigung von Finanzierungen aus der Sicht des Kreditnehmers, insbesondere des Verbrauchers, in: Hadding, Walther (Hrsg.) / Hopt, Klaus J. (Hrsg.) / Schimansky, Herbert (Hrsg.), Vorzeitige Beendigung von Finanzierungen, Bankrechtstag 1996, Berlin und New York 1997, S. 43 ff. (zitiert als Reich, Bankrechtstag 1996).
- Reichold, Hermann*, Das neue Nachhaftungsbegrenzungsgesetz, NJW 1994, 1617 ff.
- Reichsjustizamt (Hrsg.)*, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 7 Bände, Berlin 1897 ff. (zitiert als Protokolle).
- Reifner, Udo*, Die Mithaftung der Ehefrau im Bankkredit – Bürgschaft und Gesamtschuld im Kreditsicherungsrecht, ZIP 1990, 427 ff.
- Reimer, Franz*, Juristische Methodenlehre, Baden-Baden 2016 (zitiert als Reimer, Juristische Methodenlehre).
- Reinicke, Dietrich / Tiedtke, Klaus*, Bürgschaftsrecht, 3. Aufl. Köln und München 2008 (zitiert als Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht).
- Dies*, Bürgschaft und Wegfall der Geschäftsgrundlage, NJW 1995, 1449 ff.
- Dies*, Schutz des Bürgen durch das Haustürwiderrufsgesetz, ZIP 1998, 893 ff.
- Riehm, Thomas*, Aktuelle Fälle zum Bürgschaftsrecht – Teil 1. Bürgschaften und Anwendbarkeit der Verbraucherschutzvorschriften, JuS 2000, 138 ff.

- Riesenhuber, Karl / Domröse, Ronny*, Der Tatbestand der Geschäftsgrundlagenstörung in § 313 BGB – Dogmatik und Fallösungstechnik, JuS 2006, 208 ff.
- Ritter, Carl*, Handelsgesetzbuch, Berlin 1910 (zitiert als *Ritter*, Handelsgesetzbuch).
- Röchling, Walter*, Die Pflicht des Vermieters zur Annahme eines vom Mieter gestellten Ersatzmieters, NJW 1981, 2782 ff.
- Röhricht, Volker / Graf v. Westphalen, Friedrich / Haas, Ulrich*, Handelsgesetzbuch – Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), 4. Aufl. Köln 2014 (zitiert als *Röhricht/Graf v. Westphalen-Bearbeiter*).
- Rösler, Patrick / Wimmer, Konrad / Lang, Volker*, Vorzeitige Beendigung von Darlehensverträgen, München 2002 (zitiert als *Rösler/Wimmer/Lang*, Vorzeitige Beendigung von Darlehensverträgen).
- Rüffer, Wilfried (Hrsg.) / Halbach, Dirk (Hrsg.) / Schimikowski, Peter (Hrsg.)*, Versicherungsvertragsgesetz, 3. Aufl. Baden-Baden 2015 (zitiert als *Rüffer/Halbach/Schimikowski-Bearbeiter*).
- Savigny, Friedrich Carl v.*, Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1951 (zitiert als *Savigny*, Juristische Methodenlehre).
- Ders., System des heutigen Römischen Rechts, Band 1, Berlin 1840 (zitiert als *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts).
- Schäfer, Karl-Josef*, Bankkontokorrent und Bürgschaft, Köln 1971 (zitiert als *Schäfer*, Bankkontokorrent und Bürgschaft)
- Schimansky, Herbert (Hrsg.) / Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.) / Lwowski, Hans-Jürgen (Hrsg.)*, Bankrechts-Handbuch, 2 Bände,
– 5. Aufl. München 2017 (zitiert als *Schimansky/Bunte/Lwowski-Bearbeiter*),
– 3. Aufl. München 2007 (zitiert als *Schimansky/Bunte/Lwowski-Bearbeiter* (3. Aufl.)).
- Schimansky, Herbert*, Das „Kündigungsrecht“ des Drittsicherungsgebers, in: Häuser, Franz (Hrsg.) / Hammen, Horst (Hrsg.) / Hennrichs, Joachim (Hrsg.) / Steinbeck, Anja (Hrsg.) / Siebel, Ulf (Hrsg.) / Welter, Reinhard (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding, Berlin 2004, S. 1081 ff. (zitiert als *Schimansky*, FS Hadding).
- Schlegelberger, Franz (Begr.) / Gefßer, Ernst (Hrsg.) / Hefermehl, Wolfgang (Hrsg.) u. a.*, Handelsgesetzbuch, 7 Bände, 5. Aufl. München 1973 ff. (zitiert als *Schlegelberger-Bearbeiter*).
- Schlößer, Daniel*, Die Hemmung der Verjährung des Bürgschaftsanspruchs nach neuem Schuldrecht, NJW 2006, 645 ff.
- Schmidt-Futterer, Wolfgang (Begr.) / Blank, Herbert (Hrsg.)*, Mietrecht – Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietsrechts, 12. Aufl. München 2015 (zitiert als *Schmidt-Futterer/Blank-Bearbeiter*).
- Schmidt-Rimpler, Walter*, Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, insbesondere beim Versicherungsvertrag, Stuttgart 1968 (zitiert als *Schmidt-Rimpler*, Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen).

- Schmidt, Karsten*, Handelsrecht – Unternehmensrecht I, 6. Aufl. Köln 2014 (zitiert als *K.Schmidt*, Handelsrecht).
- Ders. / Schneider, Christian*, Haftungserhaltende Gläubigerstrategien beim Ausscheiden von Gesellschaftern bei Unternehmensübertragung, Umwandlung und Auflösung, BB 2003, 1961 ff.
- Scholz, Helmut / Lwowski, Hans-Jürgen*, Das Recht der Kreditsicherung, 8. Aufl. Berlin 2000 (zitiert als *Scholz/Lwowski*, Das Recht der Kreditsicherung).
- Scholz, Martin*, Der Bankkredit, 3. Aufl. Frankfurt a. M. 1971 (zitiert als *Scholz*, Der Bankkredit).
- Schröder, Andreas*, Interessengegensätze beim Personalkredit in der Bankenpraxis, Diss. Bochum, Frankfurt a. M. u. a. 1998 (*Schröder*, Interessengegensätze beim Personalkredit).
- Schröter, Jürgen*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10. Juni 1985 – III ZR 63/84, WuB I F 1 a - 4.85, 549 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 04. Juli 1985 – IX ZR 135/84, WuB I F 1 a - 5.85, 553 ff.
- Ders.*, Auswirkungen der geänderten Bürgschaftsrechtsprechung auf die Kreditpraxis, WM 2000, 16 ff.
- Schulze, Reiner / Dörner, Heinrich / Ebert, Ina u. a.*, Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, 9. Aufl. Baden-Baden 2017 (zitiert als *Schulze-Bearbeiter*).
- Schumacher-Mohr, Marion*, Das Abmahnernfordern im Fall der außerordentlichen Kündigung von Organmitgliedern, DB 2002, 1606 ff.
- Schuschke, Winfried (Hrsg.) / Walker, Wolf-Dietrich (Hrsg.)*, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 6. Aufl. Köln 2016 (zitiert als *Schuschke/Walker-Bearbeiter*).
- Schwarz, Walter*, Dauerschuldverhältnis und Dogmatik arbeitsvertraglicher Treuepflicht, in: Baltl, Hermann (Hrsg.), Festschrift für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag, Graz 1975, S. 355 ff. (zitiert als *Schwarz*, FS Wilburg).
- Siber, Heinrich*, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, JherB. 70 (1921), 223 ff.
- Siems, Mathias / Maafß, Oliver*, Die Begrenzung der Nachhaftung gem. § 160 HGB, 736 Abs. 2 BGB, WM 2000, 2328 ff.
- Silberschmidt, W.*, Die Zeitdauer als Einteilungsgrund der vertraglichen Schuldverhältnisse, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 12 (1916), 369 ff.
- Soergel, Hans Theodor (Begr.) / Siebert, W. (Hrsg.)*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
 - 27 Bände, 13. Aufl. Stuttgart 1999 ff. (zitiert als *Soergel-Bearbeiter*),
 - 12 Bände, 12. Aufl. Stuttgart 1987 ff. (zitiert als *Soergel-Bearbeiter* (12. Aufl.)).
- Söltér, Annette*, Kein Bürgenschutz durch das Verbraucherkreditgesetz?, NJW 1998, 2192 ff.

Statistisches Bundesamt, Anteile der Unternehmen, die eine Bürgschaft benötigten, https://www.destatis.de/DE/Publikationen/STATmagazin/UnternehmenGewerbeInsolvenzen/2011_07/AnteilUnternehmen.html, zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017.

Das, Insolvenzstatistik, http://www.statistik-portal.de/Statistik-Portal/de_zs20_bund.asp, zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017.

Staub, Hermann (Begr.) / Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.) u. a., Handelsgesetz – Großkommentar,

- 15 Bände, 5. Aufl. München 2009 ff. (zitiert als Staub-Bearbeiter),
- 9 Bände, 4. Aufl. München 1995 ff. (zitiert als Staub-Bearbeiter (4. Aufl.)).

Staudinger, Julius v. (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen,

- Neubearbeitungen Berlin 2000 ff. (zitiert als Staudinger-Bearbeiter),
- Buch 2, Neubearbeitung Berlin 2005 (zitiert als Staudinger-Bearbeiter (Neubearbeitung 2005)),
- 13. Bearbeitung Berlin 1993 ff. (zitiert als Staudinger-Bearbeiter (13. Bearbeitung)),
- Buch 2, Teilband 1 a, 11. Aufl. Berlin 1967 (zitiert als Staudinger-Bearbeiter (11. Aufl.)),
- Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung Berlin 2014/2015 (zitiert als Staudinger-Bearbeiter, Eckpfeiler des Zivilrechts).

Stolzenburg, Friedrich, Kündigung und Enthaltung bei der Kreditbürgschaft eines ausgeschiedenen Gesellschafters, ZIP 1985, 1189 ff.

Stötter, Viktor, Die Kreditbürgschaft, insbesondere ihre Beendigung, DB 1968, 603 ff.

Ders. / Stötter, Karin, Das Bürgenrisiko bei zeitlicher Begrenzung einer Kreditbürgschaft, DB 1988, 899 f.

Dies., Die Möglichkeiten der Risikobegrenzung bei der Übernahme einer Kreditbürgschaft, DB 1987, 1621 ff.

Thume, Karl-Heinz, Der § 324 BGB bei Dauerschuldverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsvertrags, Diss. Erlangen-Nürnberg, Hamburg 1968 (*Thume, Der § 324 BGB bei Dauerschuldverhältnissen*).

Tiedtke, Klaus, Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Bürgschaftsrechts seit 1997, NJW 2001, 1015 ff.

Treber, Jürgen, Europäischer Verbraucherschutz im Bürgschaftsrecht – Das Urteil des EuGH vom 17.3.1998 und seine innerstaatliche Umsetzung –, WM 1998, 1908 ff.

Uhlenbrück, Wilhelm (Hrsg.) / Hirte, Heribert (Hrsg.) / Vallender, Heinz (Hrsg.), Insolvenzordnung: InsO - Kommentar, 14. Aufl. München 2015.

Ulrici, Bernhard / Purmann, Anja, Einwendungen und Einreden, JuS 2011, 104 ff.

Wächtershäuser, Manfred, Kreditrisiko und Kreditentscheidung im Bankbetrieb, Wiesbaden 1971 (*Wächtershäuser, Kreditrisiko*).

Westerkamp, Wilhelm, Bürgschaft und Schuldbeitritt, Berlin 1908 (zitiert als *Westerkamp*, Bürgschaft und Schuldbeitritt).

Wiese, Günther, Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen, in: Dietz, Rolf (Hrsg.) / Hübner, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Band 1, München und Berlin 1965, S. 837 ff.

Wolf, Eckhard / Eckert, Hans-Georg / Ball, Wolfgang, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. Köln 2009 (*Wolf/Eckert/Ball, Hdb.MR*).

Wolf, Ernst, Das Arbeitsverhältnis, Marburg 1970 (*Wolf*, Das Arbeitsverhältnis).

Wolter, Lutz, Das Kreditgeschäft der Banken und Sparkassen, 2. Aufl. Frankfurt a. M. 1985 (zitiert als *Wolter*, Das Kreditgeschäft).

Zöller, Richard (Begr.), Zivilprozessordnung, 31. Aufl. Köln 2016 (zitiert als *Zöller-Bearbeiter*).

Zöllner, Wolfgang, Die Bürgschaft des Nichtunternehmers, WM 2000, 1 ff.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Einführung in die Thematik	1
B. Problemaufriss	3
C. Ziele der Untersuchung	4
D. Gang der Darstellung.....	5
Kapitel 1 Die Kündigung von Bürgschaften.....	9
A. Die Kündigung als adäquates Beendigungsinstrument.....	9
I. Der Begriff des Dauerschuldverhältnisses	9
1. Überblick über die Rechtsprechung	10
2. Skizzierung der Rechtslehre	11
a) Zeitlich begrenzte Übertragung subjektiver Rechte	11
b) Beziehung zwischen den Vertragsparteien.....	12
c) Dauer der Vertragsbeziehung.....	12
aa) Vertragsdauer als einziges Abgrenzungskriterium.....	12
bb) Leistungserbringung über einen Zeitraum	13
cc) Aufrechterhaltung eines Zustands.....	13
dd) Sich wiederholende Leistungspflichten	13
ee) Zusammenhang zwischen Vertragsdauer und Umfang der Leistungspflicht	14
3. Stellungnahme	14
II. Die Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis	17
1. Darstellung der Rechtsprechung	18
2. Darstellung der Rechtslehre	19
a) Charakter der gesicherten Hauptforderung als prägendes Merkmal	19

b)	Unbestimmter gegenständlicher Bürgschaftsumfang als prägendes Merkmal	19
c)	Unbestimmter zeitlicher Bürgschaftsumfang als prägendes Merkmal	20
d)	Generelle Einordnung als Dauerschuldverhältnis.....	21
3.	Stellungnahme	22
a)	Anknüpfungspunkt für die Einordnung als Dauerschuldverhältnis.....	22
b)	Quantifizierbarkeit der Leistungsbereitschaft über den Faktor Zeit.....	24
aa)	Bedeutung des Kriteriums Zeit	25
bb)	Bedeutung des gegenständlichen Umfangs der Leistungsbereitschaft.....	25
III.	Verortung der Bürgschaftskündigung im Regelungssystem des Bürgerlichen Gesetzbuchs	26
B.	Rechtsfolgen der Bürgschaftskündigung.....	27
I.	Rechtsfolgen der Kündigung nach allgemeinen Grundsätzen...	28
1.	Die fällige punktuell aus dem Dauerschuldverhältnis entstehende Leistungspflicht	29
2.	Noch nicht entstandene punktuell aus dem Dauerschuldverhältnis entstehende Leistungspflicht	29
3.	Betagte punktuell aus dem Dauerschuldverhältnis entstehende Leistungspflicht	29
II.	Darstellung der verschiedenen Leistungspflichten im Bürgschaftsverhältnis.....	30
1.	Entstehung und Fälligkeit der „Leistungsbereitschaft“	31
2.	Entstehung und Fälligkeit der „Einstandspflicht“	32
a)	Bestimmung des Fälligkeitszeitpunkts der Einstandspflicht.....	32
b)	Fälligkeit der Einstandspflicht in Abhängigkeit vom Bürgschaftstypus	35
aa)	Fälligkeit der Einstandspflicht bei Bürgschaften für zukünftige Forderungen	35
bb)	Fälligkeit der Einstandspflicht bei Bürgschaften für Entgeltansprüche und Gewährleistungsansprüche.....	35

cc) Fälligkeit der Einstandspflicht bei Darlehensbürgschaften	36
III. Rechtsfolgen der Bürgschaftskündigung	37
1. Einstandspflicht nur für fällige Bürgschaftsforderungen	38
2. Beschränkung der Einstandspflicht auf bereits begründete Verbindlichkeiten.....	39
a) Darlehensbürgschaften	40
b) Mietbürgschaften.....	41
c) Gewährleistungsbürgschaften.....	41
3. Stellungnahme	42
a) Zeitliche Beschränkung der Bürgschaft nicht sachgemäß	42
b) Entstehungszeitpunkt von Einstandsplichten als richtiger Bezugspunkt der gegenständlichen Beschränkung der Bürgschaftsschuld.....	43
aa) Entstehung von Einstandspflichten im Bürgschaftsverhältnis.....	44
(1) Darlehensbürgschaften	46
(2) Mietbürgschaften	46
(3) Gewährleistungsbürgschaften.....	47
bb) Begründete Ansprüche des Bürgschaftsgläubigers nur bei entsprechender Vereinbarung vom Bürgschaftsversprechen umfasst	47
c) Zulässigkeit der Bürgschaftskündigung unabhängig von deren konkreter Wirkung.....	51
C. Voraussetzungen der Bürgschaftskündigung	52
I. Außerordentliche Kündigung	52
1. Unabdingbarkeit des Rechts zur außerordentlichen Kündigung.....	53
2. Wichtiger Grund	54
3. Kündigungserklärung	56
a) Möglichkeit einer konkluidenten Kündigungserklärung.....	56
b) Entbehrlichkeit einer Kündigungserklärung bei automatischer Beschränkung der Bürgschaft	57

c) Ablehnung einer automatischen Beschränkung der Bürgschaft	58
4. Wirksamkeitszeitpunkt	60
a) Darstellung der Rechtsprechung.....	61
b) Darstellung der Rechtslehre	62
c) Rechtsunsicherheiten durch unklare Rechtslage	63
d) Stellungnahme	65
aa) Auslegung der im Zusammenhang mit der außerordentlichen Bürgschaftskündigung verwendeten Terminologie	65
(1) Wortlaut	65
(2) Systematik	66
(3) Historie	66
bb) Stellungnahme zur Nacherforderlichkeit einer Auslauffrist	67
II. Ordentliche Kündigung	71
1. Zulässigkeit der ordentlichen Kündigung	71
a) Zeitlich unbegrenzte Bürgschaft für zeitlich unbegrenzte Hauptschuld	72
b) Befristete Bürgschaft und Zeitbürgschaft gemäß § 777 BGB.....	74
c) Unbefristete Bürgschaft für Forderungen aus befristeten Verträgen	76
aa) Zeitlich beschränkte Hauptforderung	77
bb) Gegenständlich beschränkte Hauptforderung....	78
d) Bürgschaftsvertrag mit Mindestlaufzeit	79
e) Bürgschaft für Forderungen aus Verträgen mit einer Mindestlaufzeit	79
f) Höchstbetragsbürgschaften	81
2. Voraussetzungen der ordentlichen Kündigung.....	82
a) Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre.....	83
b) Stellungnahme	84
3. Kündigungsfrist.....	86
a) Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre.....	86
aa) Berücksichtigungsfähige Interessen.....	86
bb) Konkret vertretene Kündigungsfristen	87

b)	Stellungnahme	87
aa)	Berücksichtigungsfähige Interessen.....	88
bb)	Interessenabwägung	90
	(1) Darlehenbürgschaften	91
	(2) Mietbürgschaften	93
	(3) Gewährleistungsbürgschaften.....	97
D.	Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	98
Kapitel 2	Kontokorrentbürgschaften	103
A.	Kontokorrentverhältnis.....	104
	I. Auswirkung der Verrechnung.....	105
	1. Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre.....	105
	a) Keine eigenständige Tilgungsfunktion der kontokorrentrechtlichen Verrechnung.....	106
	b) Tilgungswirkung der kontokorrentrechtlichen Verrechnung	106
	2. Stellungnahme	107
	II. Ablauf der Verrechnung	109
	1. Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre.....	109
	a) Verhältnismäßige Gesamtaufrechnung	110
	b) Sukzessive Verrechnung	110
	c) Tilgungsreihenfolge gemäß § 366 BGB.....	111
	2. Stellungnahme	111
	III. Wirkung des Saldoanerkenntnisses.....	114
	1. Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre.....	115
	a) Novationslehre.....	115
	b) Abstraktes Schuldnerkenntnis als Leistungserfüllungshalber	116
	2. Stellungnahme	116
B.	Wirkung der Kontokorrentbürgschaft	117
	I. Kontokorrentsaldobürgschaft.....	117

II. Kontokorrentforderungsbürgschaft.....	119
1. Wirkung des Rechnungsabschlusses auf die Kontokorrentforderungsbürgschaft	120
a) Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre.....	121
aa) Fortbestand der gesicherten Hauptforderung nach Rechnungsabschluss	121
bb) Saldoforderung als neuer Bezugspunkt für akzessorische Sicherheiten nach Rechnungsabschluss.....	122
cc) Fiktiver Fortbestand der gesicherten Hauptforderung nach Rechnungsabschluss	122
dd) Fortbestand der gesicherten Hauptforderung soweit nicht durch Tilgung erloschen.....	122
b) Stellungnahme	123
2. Bedeutung von § 356 HGB	125
a) Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre.....	126
aa) Rechtsprechung und Teil der Rechtslehre	126
bb) Anderer Teil der Rechtslehre	128
b) Stellungnahme	130
aa) Wortlautauslegung	131
bb) Historische Auslegung	131
cc) Systematische Auslegung	131
dd) Teleologische Auslegung	132
(1) Interessen des Sicherungsgebers (Bürge)...	132
(2) Interessen des Sicherungsnehmers (Bürgschaftsgläubiger)	133
(3) Interessenabwägung.....	134
(a) Verstoß gegen negative Vertragsfreiheit des Bürgen	134
(b) Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers bei Nichtanwendung von § 356 HGB nicht betroffen	135
(c) Kontokorrentrecht nicht lex specialis zum Bürgschaftsrecht	137

(d) Anwendung von § 356 HGB auf die kontokorrentrechtliche Verrechnung nicht sachgemäß	137
(e) Kenntnis vom Kontokorrentverhältnisses begründet keine Zustimmung des Bürgen	138
C. Rechtsfolgen der Kündigung von Kontokorrentbürgschaften.....	139
I. Bestimmung der Einstandspflicht des Bürgen bei Kündigung von Kontokorrentbürgschaften	140
1. Kontokorrentsaldobürgschaft	140
a) Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre	141
aa) Beschränkung der Bürgschaft auf nächste reguläre Saldoforderung.....	141
bb) Beschränkung der Bürgschaft auf Tagessaldo des Kontokorrentverhältnisses.....	142
cc) Beschränkung der Bürgschaft auf letzte Saldoforderung zuzüglich aktueller begründeter Kontokorrentverbindlichkeiten des Hauptschuldners.....	143
b) Stellungnahme	144
aa) Berücksichtigungsfähige Interessen des Bürgen und des Bürgschaftsgläubigers	145
bb) Beschränkung der Bürgschaft auf nächste Saldoforderung nicht sachgemäß	146
cc) Rechnerische Saldierung der Kontokorrentforderungen entspricht hypothetischem Parteiwillen.....	147
(1) Entstandene Kontokorrentforderungen des Bürgschaftsgläubigers maßgeblich für Bestimmung der Einstandspflichten des Bürgen	147
(2) Erfordernis der Berücksichtigung der Kontokorrentforderungen des Hauptschuldners	149
(3) Kein Fortbestand der Kontokorrentsaldobürgschaft	150
(4) Beispiel.....	151

dd) Kontokorrentsaldobürgschaft mit weiter Sicherungszweckabrede	153
ee) Keine automatische Aufrechnung mit gesicherten Kontokorrentverbindlichkeiten	154
2. Kontokorrentforderungsbürgschaft	157
a) Einstandspflichten nach Kündigung bei Anwendung von § 356 Abs. 1 HGB	158
b) Einstandspflichten nach Kündigung ohne Anwendung von § 356 Abs. 1 HGB	159
II. Rückführung der Einstandspflichten des Bürgen	159
1. Kontokorrentforderungsbürgschaft	159
2. Kontokorrentsaldobürgschaft	160
a) Auf bestimmten Betrag begrenzte Kontokorrentsaldobürgschaft.....	162
b) Auf bestimmte Verbindlichkeiten beschränkte Kontokorrentforderungsbürgschaft.....	163
III. Vorzeitige Befreiung des Bürgen von bereits entstandenen Einstandspflichten	164
1. Befreiung des Bürgen von bereits entstandenen Einstandspflichten durch Zeitablauf.....	165
a) Keine Verjährung von Kontokorrentverbindlichkeiten	166
b) Modifizierung der Laufzeit von Einstandspflichten des Bürgen nach den Grundsätzen zur Sittenwidrigkeit von Knebelverträgen	168
aa) Nichtanwendbarkeit von § 160 HGB auf Bürgschaften	169
bb) Bestellung von zeitlich unbegrenzten Sicherheiten durch Gesellschafter nicht als Umgehung von § 160 HGB unzulässig	171
cc) Zeitliche Begrenzung von Bürgschaften von persönlich haftenden Gesellschaftern nach Sittenwidrigkeitsgrundätzen	172
(1) Nichtanwendbarkeit der Grundsätze zur Sittenwidrigkeit wegen krasser finanzieller Überforderung des Bürgen.....	173

(2)	Knebelung des Gesellschafterbürgen	174
	(a) Bindung von wesentlichen Teilen des Vermögens des Bürgen.....	175
	(b) Bindung von Teilen des Vermögens des Bürgen über einen langen Zeitraum.....	175
	(c) Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Sicherungsfalls	176
	(d) Gesellschafterbürgschaft als knebelnde Vereinbarung	176
(3)	Gläubigerbenachteiligung	179
(4)	Machtgefälle zwischen Darlehensgeber und Hauptschuldner	180
(5)	Wirtschaftliche Abhängigkeit des Gesellschafterbürgen von der Hauptschuldnergesellschaft	182
(6)	Rechtsfolgen für Bürgschaften von persönlich haftenden Gesellschaftern	183
	(a) Möglichkeit einer Teilnichtigkeit der Gesellschafterbürgschaft.....	184
	(b) Vermutung der Sittenwidrigkeit einer knebelnden Gesellschafterbürgschaft nach Ablauf der gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung bei wirtschaftlicher Abhängigkeit des Bürgen.....	185
dd)	Übertragbarkeit der Vermutung der Sittenwidrigkeit einer knebelnden Gesellschafterbürgschaft auf andere Bürgschaftskonstellationen	186
	(1) Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und sonstige Organwalter.....	187
	(2) Ehegattenbürgschaften	189
c)	Verwirkung	189

2.	Befreiung von Bürgschaftsverpflichtungen im Zusammenhang mit der Schaffung von § 314 BGB im Rahmen der Schuldrechtsreform	191
D.	Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	192
 Kapitel 3 Rücktritt, Widerruf und Störung der Geschäftsgrundlage 197		
A.	Rücktritt	197
	I. Vertragliches Rücktrittsrecht	198
	II. Rücktrittsrecht des Hauptschuldners vor Vollzug des gesicherten Schuldverhältnisses	198
	III. Verletzung von Leistungspflichten des Bürgschaftsgläubigers	201
B.	Widerruf	202
	I. Haustürwiderruf	203
	1. Entgeltlichkeit des Bürgschaftsvertrages.....	204
	2. Bezugspunkt für die Verbrauchereigenschaft und die Haustürsituation.....	205
	II. Widerruf nach Verbraucherdarlehensrecht	207
C.	Störung der Geschäftsgrundlage	209
	I. Grundsätze des Rechtsinstituts der Störung der Geschäftsgrundlage	210
	1. Voraussetzungen für die Anwendung der Grundsätze des Rechtsinstituts der Störung der Geschäftsgrundlage.....	211
	a) Reales Element	211
	b) Hypothetisches Element	212
	c) Normatives Element	212
	2. Subsidiarität	213
	II. Meinungsstand zur Störung der Geschäftsgrundlage im Bürgschaftsrecht	213
	1. Bonität des Hauptschuldners.....	214
	a) Darstellung der Rechtsprechung.....	214
	b) Darstellung der Rechtslehre	215

2.	Beweggründe des Bürgen für den Abschluss des Bürgschaftsvertrages	216
a)	Darstellung der Rechtsprechung.....	216
b)	Darstellung der Rechtslehre	217
3.	Nachträgliche Besicherung und Fehlverhalten des Bürgschaftsgläubigers.....	218
4.	Ehegattenbürgschaften	219
a)	Darstellung der Rechtsprechung.....	220
b)	Darstellung der Rechtslehre	221
c)	Relevanz der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften finanziell krass überforderter Angehöriger	222
5.	Rechtsfolge bei Störung der Geschäftsgrundlage	223
a)	Darstellung der Rechtslehre	223
aa)	Relevanz der Dispositionen des Bürgschaftsgläubigers	223
bb)	Reduzierung der Bürgschaftsverpflichtungen auf null.....	224
b)	Darstellung der Rechtsprechung.....	224
III.	Übertragbarkeit der gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsätze auf die Rechtslage nach der Schuldrechtsreform ...	225
1.	Kodifizierung des Rechtsinstituts der Störung der Geschäftsgrundlage im Rahmen der Schuldrechtsreform ...	225
2.	Bedeutung von § 313 Abs. 3 BGB für die Rechtsfolgenbestimmung bei Störung der Geschäftsgrundlage im Bürgschaftsrecht	226
3.	Stellungnahme	227
D.	Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	229
I.	Rücktritt.....	230
II.	Widerruf	231
III.	Störung der Geschäftsgrundlage	232

Kapitel 4 Schulrechtliche Befreiungsansprüche des Bürgen.....	235
A. Befreiungsansprüche gegen den Hauptschuldner	235
I. Vollstreckung eines Anspruchs auf Befreiung von bereits entstandenen Einstandspflichten.....	237
1. Inhalt schulrechtlicher Befreiungsansprüche	237
2. Vollstreckung von Ansprüchen auf Freistellung von Zahlungsverpflichtungen.....	238
a) Vollstreckung von Geldforderungen	238
b) Vollstreckung von unvertretbaren Handlungen	238
c) Vollstreckung von vertretbaren Handlungen	239
d) Vollstreckung von Ansprüchen auf Freistellung	240
3. Vollstreckung eines Anspruchs auf Befreiung von einer Bürgschaft	242
a) Keine Vollstreckung des Anspruchs auf Befreiung von Einstandspflichten als Geldforderung	243
b) Vollstreckung des Anspruchs auf Befreiung von Einstandspflichten als vertretbare Handlung	243
aa) Vollstreckung des Befreiungsanspruchs wenn der Bürge bereits in Anspruch genommen wird	244
bb) Vollstreckung des Befreiungsanspruchs vor einer Inanspruchnahme des Bürgen.....	245
cc) Vollstreckung des Befreiungsanspruchs durch Sicherheitenbestellung	246
4. Fälligkeit von Ansprüchen auf Befreiung von Einstandspflichten.....	247
a) Fälligkeit gesetzlicher Befreiungsansprüche.....	247
b) Fälligkeit vertraglicher Befreiungsansprüche.....	248

II. Anwendungsbereich und Voraussetzungen von Befreiungsansprüchen	249
1. Bürgschaftsrechtlicher Anspruch des Bürgen auf Befreiung von Einstandspflichten gemäß § 775 Abs. 1 BGB	249
a) Anwendungsbereich des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs.....	250
aa) Vorliegen eines Auftragsverhältnisses zwischen Bürge und Hauptschuldner	250
(1) Bürgschaftsrechtliches Innenverhältnis als unentgeltlicher Auftrag	250
(2) Bürgschaftsrechtliches Innenverhältnis bei Ehegattenbürgschaft.....	251
bb) Anwendbarkeit des Auftragsrechts über Verweisnormen	253
b) Voraussetzungen und praktische Relevanz des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs.....	253
aa) Vorliegen eines Befreiungsgrundes.....	254
bb) Geringe praktische Relevanz des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs	255
2. Bedeutung des auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß §§ 670, 662, 257 BGB als Auffangtatbestand	256
a) Bürgschaftsrechtlicher Befreiungsanspruch als <i>lex specialis</i>	257
b) Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre	261
aa) Befristetes Auftragsverhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner	261
bb) Kündigungsrecht des Bürgen im Bürgschaftsverhältnis.....	262
c) Nichtanwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen und Wiederaufleben des auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs in beendeten Auftragsverhältnissen	262
aa) Nichtanwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs in beendeten Auftragsverhältnissen	265
(1) Wortlautauslegung	267

(2) Historische und systematische Auslegung.....	267
(3) Teleologische Auslegung.....	267
(a) Schutzbereich des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs	268
(b) Nichteröffnung des Schutzbereichs bei Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung	269
(aa) Berücksichtigungsfähige Interessen.....	270
(bb) Einvernehmliche Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung	270
(cc) Einseitige Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung	272
bb) Wiederaufleben des allgemeinen auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs	273
d) Einschränkung des auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis	274
e) Voraussetzung der Kündigung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung	276
aa) Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung	276
(1) Interesse des Hauptschuldners/ Auftraggebers an der Aufrechterhaltung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung ..	278
(2) Interesse des Bürgen/Auftragnehmers an der Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung	279

(3) Parameter für die Bestimmung eines wichtigen Grundes zur Kündigung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung.....	279
(a) Wichtiger Grund im Falle wesentlicher Veränderungen in der Beziehung zwischen Bürge/Auftragnehmer und Hauptschuldner/Auftraggeber	280
(b) Härten für Hauptschuldner/ Auftraggeber führen nicht zu Einschränkungen des Kündigungsrechts	282
(c) Gleichlauf der Kündigungsrechte im Bürgschaftsverhältnis und im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis.....	282
bb) Voraussetzungen der ordentlichen Kündigung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung	284
(1) Zulässigkeit der ordentlichen Kündigung ...	285
(a) Zeitlich befristeter Auftrag zur Bürgschaftsbestellung	286
(b) Gegenständlich beschränkter Auftrag zur Bürgschaftsbestellung.....	287
(2) Kündigungsausschluss für einen gewissen Zeitraum	288
(a) Typische Interessen des Hauptschuldners/Auftraggebers	289
(b) Typische Interessen des Bürgen/ Auftragnehmers.....	290
(c) Interessenabwägung hinsichtlich Kündigungsausschluss für gewissen Zeitraum.....	291
(3) Keine Parallelität der ordentlichen Kündigungsrechte im Bürgschaftsverhältnis und im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis	292
(4) Kündigungsfrist	293

f)	Übertragbarkeit und Modifikation der gefundenen Ergebnisse für Geschäftsbesorgungsverträge	293
3.	Gesellschaftsrechtlicher Anspruch des Bürgen auf Befreiung von Einstandspflichten gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB	295
a)	Anwendbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs auf Bürgschaften	295
aa)	Keine direkte Anwendbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs auf Bürgschaften	296
bb)	Analoge Anwendung des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs auf Bürgschaften	296
(1)	Vorliegen einer Regelungslücke	297
(a)	Ausnahmsweise Anwendbarkeit des auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs	297
(b)	Im Normalfall Nichtanwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs	299
(aa)	Anwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs während der Gesellschaftszugehörigkeit	300
(bb)	Nichtanwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs nach Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft	300
(cc)	Vorliegen einer Regelungslücke	301
(2)	Vergleichbarkeit der Interessenslage	302
(3)	Einschränkung von Befreiungsansprüchen bei ruinöser Geltendmachung	304

b)	Anwendbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs auf andere Gesellschaftsformen	305
aa)	Anwendbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs auf Gesellschaften bürgerlichen Rechts	305
bb)	Anwendbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs auf Offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften.....	306
cc)	Anwendbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung	306
(1)	Vorliegen einer Regelungslücke	307
(2)	Vergleichbarkeit der Interessenlage	308
c)	Reichweite eines vertraglichen Ausschlusses gesellschaftsrechtlicher Befreiungsansprüche.....	310
aa)	Abdingbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs	311
bb)	Auslegungsbedürftigkeit eines pauschalen Ausschlusses des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs	312
(1)	Berücksichtigungsfähige Interessen	313
(2)	Interessenabwägung.....	313
(a)	Sinn und Zweck eines Ausschlusses gesellschaftsrechtlicher Befreiungsansprüche gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB.....	314
(b)	Bestimmung des hypothetischen Parteiwillens	314
4.	Anwendungsbereich und Zulässigkeit vertraglicher Befreiungsansprüche	317
a)	Zulässigkeit einer Herleitung von Befreiungsansprüchen durch ergänzende Vertragsauslegung.....	318
aa)	Berücksichtigungsfähige Interessen.....	318

bb)	Schließung von Regelungslücken durch dispositives Recht	319
b)	Ergänzende Vertragsauslegung in Auftrags- und Gesellschaftsverhältnissen	320
c)	Ergänzende Vertragsauslegung in Schenkungsverhältnissen	321
	III. Nebenpflicht des Hauptschuldners zur Schonung des Bürgen ..	322
B.	Ansprüche auf Entlassung des Bürgen aus der Bürgschaft	324
	I. Die Figur des Ersatzbürgen	326
	1. Das Recht zur Stellung eines Ersatzmieters	326
	2. Das Recht zur Stellung eines Ersatzdarlehensnehmers	329
	aa) Voraussetzungen für die Stellung eines Ersatzdarlehensnehmers	331
	(1) Berechtigtes Interesse an der Vertragsaufhebung	331
	(2) Zumutbarkeit des Ersatzdarlehensnehmers	332
	(a) Interessenlage in grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensverhältnissen ..	333
	(b) Interessenlage in ungesicherten Darlehensverhältnissen ..	334
	bb) Rechtsfolgen einer unberechtigten Ablehnung eines Ersatzdarlehensnehmers	336
	3. Herleitung allgemeiner Ersatzvertragspartner-Grundsätze	338
	a) Rechtsfolgen einer unberechtigten Ablehnung eines Ersatzvertragspartners	339
	b) Berechtigtes und schutzwürdiges Interesse an der Loslösung vom Vertrag	341
	c) Zugänglichkeit des Vertragsverhältnisses für einen Austausch der Vertragspartner	341
	d) Erfordernis einer ausreichenden Bonität des Ersatzvertragspartners	342
	e) Vergleichbarkeit der persönlichen Lebensumstände des Ersatzvertragspartners	343

4. Übertragbarkeit der Ersatzvertragspartnergrundsätze auf Bürgschaftskonstellationen	344
a) Rechtsfolgen einer unberechtigten Ablehnung der Vertragsfortführung	346
b) Berechtigtes und schutzwürdiges Interesse an der Befreiung	350
c) Möglichkeit des Austauschs von Vertragspartnern in Bürgschaftsverhältnissen	350
d) Erfordernis einer ausreichenden Bonität des Ersatzbürgen	351
e) Vergleichbarkeit der persönlichen Lebensumstände des Ersatzbürgen	353
aa) Allgemeine Leistungsfähigkeit und Lebensumstände des Ersatzbürgen	354
bb) Relevanz der persönlichen Beziehung	356
f) Besonderheiten bei Gesellschafter- und GmbH-Geschäftsführerbürgschaften	357
g) Rechtsverhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner	358
II. Übersicherung	360
C. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	361
I. Befreiungsansprüche des Bürgen gegen den Hauptschuldner	362
II. Ansprüche auf Entlassung des Bürgen aus der Bürgschaft	365
Fazit	367

Einleitung

A. Einführung in die Thematik

Die Bürgschaft ist die wichtigste Personalsicherheit zur Besicherung von Darlehen. Gerade mittelständische Unternehmen erhalten die benötigte Finanzierung häufig nur, wenn Gesellschafter oder Geschäftsführer sich für Geschäftsdarlehen persönlich verbürgen. Neben dem Hauptanwendungsfeld im Bankensektor spielen Bürgschaften insbesondere auch in Miet- und Werkvertragsverhältnissen eine wichtige Rolle, in denen sie zukünftige Mietforderungen, den werkvertraglichen Herstellungsanspruch und potentielle Sekundäransprüche besichern.

Allen Bürgschaftskonstellationen ist eine dreiseitige Vertragsbeziehung zwischen den Beteiligten gemeinsam. Die drei Parteien eines Bürgschaftsverhältnisses sind jeweils durch eine eigene Vertragsbeziehung miteinander verbunden, wobei diese drei separaten Vertragsverhältnisse mittelbar aufeinander ausstrahlen und Veränderungen in dem einen Auswirkungen auf das andere haben. Der Hauptschuldner und der Bürgschaftsgläubiger stehen üblicherweise in einem Leistungsverhältnis zueinander, in dem der Bürgschaftsgläubiger gegenüber dem Hauptschuldner entweder in Vorleistung geht oder vertragspezifischen Schadensrisiken ausgesetzt ist, die sich erst nach vollständiger Erbringung der relevanten Gegenleistung realisieren. Häufig handelt es sich hierbei um Darlehens-, Miet- oder Werkverträge. Zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Bürgen besteht das Bürgschaftsverhältnis, in dem der Bürge verspricht, für den Fall, dass der Hauptschuldner zu vertraglich determinierten Zeitpunkten nicht leistungsfähig sein sollte, für dessen Verbindlichkeiten einzustehen. Der Hauptschuldner und der Bürge sind durch ein Vertrags- oder Gefälligkeitsverhältnis miteinander verbunden, wobei der Bürge – sofern es sich nicht um einen institutionellen Bürgen handelt – für die Sicher-

heitenbestellung regelmäßig keine Gegenleistung vom Hauptschuldner bekommt.

Diese Verflechtung unterschiedlicher Vertragsbeziehungen im Bürgschaftsdreieck birgt ein hohes Konfliktpotential, das auf der natürlichen Gegenläufigkeit der Interessen der Beteiligten beruht. Der Bürgschaftsgläubiger hat im Bürgschaftsdreieck ein ausgeprägtes Sicherungsinteresse im Hinblick auf die dem Hauptschuldner gewährte Leistung. Er ist die Vertragsbeziehung zum Hauptschuldner regelmäßig nur aufgrund der vom Bürgen gewährten Sicherheit eingegangen. Der Hauptschuldner ist auf die Aufrechterhaltung einer einmal gestellten Bürgschaft angewiesen. Bei Wegfall der Sicherheit muss er ansonsten damit rechnen, dass der Bürgschaftsgläubiger seine Vertragsbeziehung mit dem Hauptschuldner beendet und gewährte Leistungen zurückverlangt oder zukünftige Leistungen verweigert. Ein Bürge handelt demgegenüber regelmäßig aus altruistischen Motiven und profitiert selbst nicht (unmittelbar) von dem Bürgschaftsverhältnis. Die Gründe für die Übernahme eines Bürgschaftsrisikos können vielfältig sein. Häufig basiert die Entscheidung aber auf einer emotionalen Verbindung des Bürgen zum Hauptschuldner. Bürgschaften für Gesellschaften beruhen in vielen Fällen auf einer Organstellung des Bürgen innerhalb der Hauptschuldnergesellschaft, zum Beispiel als Gesellschafter oder Geschäftsführer. Der Bürge steht nicht für eigene Verbindlichkeiten ein, sondern verspricht, im Sicherungsfall die Schuld eines Dritten zu begleichen. Er hat daher ein berechtigtes Interesse daran, dass seine Einstandspflicht für die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners irgendwann wieder endet.

Solange der Bürge stillhält und als Bindeglied zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Hauptschuldner zur Verfügung steht, funktioniert das geschaffene System jedenfalls bei ungestörtem Vertragsverlauf zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Hauptschuldner unproblematisch. Sobald der Bürge sich aber aus seiner Bürgschaftsverpflichtung lösen möchte, treten die im Bürgschaftsdreieck angelegten Interessenkonflikte zutage. Bei einer Änderung der Beziehung zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen ist letzterer nicht mehr bereit, für die Verbindlichkeiten des anderen einzustehen. Sowohl der Hauptschuldner als auch der Bürgschaftsgläubiger werden im Hinblick auf bereits getroffene Dispositionen aber nur selten freiwillig bereit

sein, den Bürgen aus seinen übernommenen Verpflichtungen zu entlassen.

B. Problemaufriss

Bürgschaften besichern häufig Vertragsbeziehungen, die extrem lange Laufzeiten oder – insbesondere im Falle von revolvierenden Kontokorrentdarlehen und Mietverträgen – überhaupt kein definiertes Ende haben. Nicht selten ändert sich das Verhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner vor der Beendigung des besicherten Vertragsverhältnisses zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Hauptschuldner. Der oben skizzierte Interessenkonflikt realisiert sich in der Praxis daher häufig, wobei eine befriedigende Auflösung der gegenläufigen Positionen regelmäßig Schwierigkeiten bereitet. Dies beruht insbesondere auf den folgenden drei Problemfeldern:

Zum einen fehlen spezialgesetzliche Grundlagen für eine Beendigung von Bürgschaften, was zu einer fragmentarischen Einzelfallrechtsprechung geführt hat und aufgrund von unscharfen Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines Beendigungsszenarios zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führt. Zum anderen kann die Beendigung einer Bürgschaft nicht isoliert von der damit zusammenhängenden Auflösung des bürgschaftsrechtlichen Dreiecksverhältnisses betrachtet werden und daher regelmäßig nicht nach allgemeingültigen Grundsätzen erfolgen. Sowohl das gesicherte Schuldverhältnis zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Hauptschuldner als auch das der Bürgschaft zugrundeliegende Innenverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner ist vielfältig und strahlt jeweils auf das eigentliche Bürgschaftsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Bürgschaftsgläubiger aus. Abgesehen von den unmittelbaren Wechselwirkungen zwischen den drei in Bürgschaftskonstellationen verwobenen Vertragsverhältnissen erhöht sich die Komplexität einer sinnvollen Auflösung des beschriebenen Spannungsfeldes zudem dadurch, dass jede Veränderung in einem der drei Vertragsverhältnisse Auswirkungen auf die anderen Vertragsverhältnisse hat und vielfach zu einer Entstehung von Ansprüchen der Vertragsparteien führt. Eine ganzheitliche Betrachtung der sich gegenseitig bedingenden Ansprüche in Bürgschafts-

konstellation erfolgt in Rechtsprechung und Rechtslehre jedoch regelmäßig nicht und es verbleibt vielmehr bei punktuellen Lösungsansätzen für eine Vielzahl von Einzelfällen.

Die vorherrschende Rechtsprechung und Teile der Rechtslehre messen dem Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers in Bürgschaftskonstellationen eine übergeordnete Bedeutung zu, hinter dem das Beendigungsinteresse des Bürgen in der großen Mehrzahl der Fälle zurückstehen muss.

Diese in manchem Fall einseitige Betrachtung führt dazu, dass es nicht selten bei der durch Friedrich Schillers Gedicht „Die Bürgschaft“¹ aus dem Jahr 1798 geprägten Volksweisheit bleibt, die besagt: „den Bürgen kannst Du würgen“.

C. Ziele der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit soll einen wissenschaftlichen Beitrag zur Aufarbeitung der Beendigungsinstrumente im Bürgschaftsrecht sowie der schuldrechtlichen Befreiungsansprüche des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner oder dem Bürgschaftsgläubiger leisten. Ziel ist es, die unterschiedlichen Beendigungsszenarien in Bürgschaftskonstellationen zu strukturieren und mit dem Themenkomplex der schuldrechtli-

¹ *Die Bürgschaft*
von Friedrich Schiller

*Zu Dionys, dem Tyrannen, schlich
Damon, den Dolch im Gewände;
Ihn schlugen die Häscher in Bande.
«Was wolltest du mit dem Dolche, sprich!»
Entgegnet ihm finster der Wüterich,
«die Stadt vom Tyrannen befreien!»
«Das sollst Du am Kreuze bereuen.»*

*«Ich bin», spricht jener, zu sterben bereit
Und bitte nicht um mein Leben,
Doch willst Du Gnade mir geben,
Ich flehe dich um drei Tage Zeit,
Bis ich die Schwester dem Gatten gefreit.
Ich lasse den Freund Dir als Bürgen,
Ihn magst du, entrinn ich, erwürgen.»*

chen Befreiungsansprüche zu verzähnen. In einer Gesamtschau soll ein ganzheitliches System der Optionen eines Bürgen entwickelt werden, eine Befreiung von zukünftigen und/oder von bereits entstandenen Einstandspflichten für Verbindlichkeiten des Hauptschuldners zu erreichen.

Soweit sich die derzeitige Praxis im Umgang mit den Möglichkeiten zur Beendigung von Bürgschaften und einer Befreiung des Bürgen von bereits entstandenen Einstandspflichten als nicht überzeugend oder lückenhaft erweist, sollen vorzugswürdige Lösungen entwickelt werden, die neben dem Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers auch berechtigte Interessen des Bürgen angemessen berücksichtigen. Ein wesentlicher Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit ist die Bestimmung handhabbarer Voraussetzungen für die Ausübung von Gestaltungsrechten und schuldrechtlicher Befreiungsansprüche im Bürgschaftsverhältnis selbst und im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis sowie eine Konturierung von deren Rechtsfolgen. Ein besonderes Augenmerk soll darauf gerichtet sein, die Auswirkungen einer Ausübung von Gestaltungsrechten oder Durchsetzung von schuldrechtlichen Befreiungsansprüchen im Bürgschaftsverhältnis oder im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis auf das jeweils andere Rechtsverhältnis zu untersuchen. Die einzelnen Rechtsbeziehungen im bürgschaftsrechtlichen Dreieck sind zwar separat zu betrachten, erfordern aber eine Berücksichtigung des ganzheitlichen Zusammenhangs und einer Harmonisierung der rechtlichen Instrumente innerhalb der unterschiedlichen Rechtsbeziehungen.

D. Gang der Darstellung

Die vorzeitige Beendigung von Schuldverhältnissen erfolgt üblicherweise durch Aufhebungsvertrag, Rücktritt, Widerruf oder Kündigung. Im Bürgschaftsrecht sind Beendigungsrechte nicht normiert, so dass diesbezüglich auf allgemeine Grundsätze des Schuldrechts zurückzugreifen ist. Die Kündigung ist – abgesehen von Sonderkonstellationen – das probate Mittel zur einseitigen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen. Die allgemeinen Kündigungsgrundsätze sind jedoch auf bipolare Vertragsverhältnisse zugeschnitten und halten keine Regelungen

gen bereit für eine angemessene Auflösung der Interessengegensätze im bürgschaftsspezifischen Dreiecksverhältnis zwischen Bürge, Bürgschaftsgläubiger und Hauptschuldner. Eine unmodifizierte Übertragung auf Bürgschaftsverhältnisse verbietet sich daher. In der Rechtsprechung und der Rechtslehre haben sich eine Vielzahl von Positionen herausgebildet, die sich in einem Kernbereich überschneiden, in Bezug auf grundsätzliche Fragen und unzählige Details aber stark divergieren. Als Folge dieses vielgestaltigen Meinungsbildes sind bereits die Zulässigkeit der außerordentlichen und der ordentlichen Kündigung für die verschiedenen Bürgschaftstypen umstritten. Ungeklärt sind überdies die übrigen Voraussetzungen sowie die Rechtsfolgen einer Kündigung im Bürgschaftsverhältnis. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich daher in **Kapitel 1** mit den Grundsätzen der Kündigung von Bürgschaften. In **Teil A.** erfolgt die Einordnung der Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis und dadurch bedingte Bestimmung der Kündigung als primäres Beendigungsinstrument für Bürgschaftsverhältnisse. In **Teil B.** und **Teil C.** werden zunächst die fragmentarischen und einzelfallbezogenen Rechtspositionen zur Kündigung von Bürgschaften systematisiert und anschließend weiterentwickelt, wobei ein Schwerpunkt auf der Bestimmung der Rechtsfolgen und Entwicklung klarer Voraussetzungen für die außerordentliche und ordentliche Kündigung der verschiedenen Bürgschaftstypen, insbesondere eine Bestimmung erforderlicher Kündigungsfristen und die Prüfung etwaiger Mindestlaufzeiten, liegt.

Besonderheiten gelten für Bürgschaften im Zusammenhang mit Kontokorrentverhältnissen, insbesondere wenn Kreditlinien eingeräumt sind, die im Geschäftsverkehr die Deckung des kurzfristigen Liquiditätsbedarfs für das volatile operative Geschäft sicherstellen. In Bezug auf den Ablauf und die Wirkungen des Rechnungsabschlusses in Kontokorrentverhältnissen findet sich in der Rechtsprechung und der Rechtslehre ein weitgefächertes Meinungsspektrum, das sich im täglichen Umgang mit einem Kontokorrentverhältnis aber häufig nicht auswirkt. Relevant werden die diskutierten Rechtsauffassungen jedoch für den Fall, dass akzessorische Sicherheiten für Einzelpositionen, die von Anfang an oder nachträglich vom Kontokorrentverhältnis erfasst werden, oder für den Kontokorrentsaldo, der am Ende einer Kontokorrentperiode festgestellt wird, bestehen. In **Kapitel 2** der vorliegen-

den Arbeit werden in **Teil A.** daher zunächst die unterschiedlichen Positionen betreffend Ablauf und Wirkungen des Rechnungsabschlusses in Kontokorrentverhältnissen dargestellt und eingeordnet. Vor diesem Hintergrund werden in **Teil B.** die Wirkungen und der Fortbestand einer Bürgschaft in Kontokorrentverhältnissen untersucht. **Teil C.** beleuchtet die Rechtsfolgen einer Kündigung von Bürgschaften in Kontokorrentverhältnissen und konkretisiert das hierzu existierende Meinungsbild in Rechtsprechung und Rechtslehre. Gerade bei Bürgschaften im Zusammenhang mit dauerhaft debitorisch geführten Konten besteht die Gefahr einer „ewigen Einstandspflicht“ des Bürgen, die durch Kündigung der Bürgschaft nicht beendet werden kann. Im **Abschnitt III.** von **Teil C.** werden daher Instrumente für eine Begrenzungen dieser potentiell ewigen Einstandspflichten entwickelt und begründet. Hierbei liegt der Fokus auf Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften sowie auf Bürgschaften solcher Personen, die in einem Näheverhältnis zu Gesellschaftern oder Geschäftsführern stehen.

Die Beendigung einer Bürgschaft erfolgt in der Regel über Kündigungsrechte. Bei Vorliegen bestimmter Rahmenbedingungen kommen aber auch andere Beendigungsinstrumente in Betracht. In **Kapitel 3** der vorliegenden Arbeit werden in **Teil A.** Rücktrittsrechte behandelt, die normalerweise das probate Beendigungsinstrument bei Vertragspflichtverletzungen in synallagmatischen Austauschverhältnissen sind, im Ausnahmefall aber auch dem Bürgen offenstehen können. In **Teil B.** erfolgt eine Darstellung von Widerrufsrechten, die eine Loslösung von solchen Verbraucherverträgen ermöglichen, denen eine Übereilungs- oder Überrumpelungsgefahr innewohnt. **Teil C.** befasst sich mit den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage im Bürgschaftsrecht, deren Anwendung bei Vorliegen außergewöhnlicher Interessenlagen zu einer Anpassung oder Beendigung eines Bürgschaftsvertrages führen können.

Die Beendigung des Bürgschaftsverhältnisses führt im Regelfall nur zu einer Beschränkung der Einstandspflichten des Bürgen auf bereits entstandene Verbindlichkeiten des Hauptschuldners und bewirkt daher lediglich einen Schutz vor einer zukünftigen Ausweitung der ansonsten bestehen bleibenden Bürgschaftsverpflichtung. **Kapitel 4** beschäftigt sich daher mit den Möglichkeiten einer Beseitigung bereits entstandener Einstandspflichten und gliedert sich auf in **Teil A.**, in

dem die Voraussetzungen schuldrechtlicher Befreiungsansprüche des Bürgen gegen den Hauptschuldner untersucht werden und **Teil B.**, der schuldrechtliche Entlassungsansprüche des Bürgen gegen den Bürgschaftsgläubiger behandelt. Schuldrechtliche Befreiungsansprüche des Bürgen gegen den Hauptschuldner ergeben sich aus Bürgschaftsrecht, Auftragsrecht und Gesellschaftsrecht. In **Teil A.** liegt ein Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit in **Unterabschnitt 2.** auf der Untersuchung der Bedeutung des auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs nach Beendigung des dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zugrunde liegenden Auftragsverhältnisses, insbesondere infolge einer Kündigung durch den Bürgen, sowie in **Unterabschnitt 3.** auf einer Konturierung des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs eines ausgeschiedenen Gesellschafters, der sich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft verbürgt hat. In **Teil B.** erfolgt die Herleitung der Figur des Ersatzbürgen, wobei eine Entwicklung tragfähiger Kriterien für eine wirksame Stellung eines Ersatzbürgen Kernstück der Prüfung ist.

Kapitel 1 Die Kündigung von Bürgschaften

Es erfolgt zunächst die Einordnung der Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis und die damit einhergehende Festlegung der Kündigung als adäquates Beendigungsinstrument (hierzu unter A.). Im Anschluss werden die Rechtsfolgen der Bürgschaftskündigung untersucht (hierzu unter B.) sowie deren Voraussetzungen und Wirksamkeitszeitpunkt (hierzu unter C.). Abschließend folgt eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse (hierzu unter D.).

A. Die Kündigung als adäquates Beendigungsinstrument

Die Auswahl des adäquaten Beendigungsinstruments hängt entscheidend von der rechtlichen Einordnung des relevanten Vertragsverhältnisses ab. Die Bürgschaft ist ein Dauerschuldverhältnis und daher kündbar. Einleitend wird der Begriff des Dauerschuldverhältnisses erörtert (hierzu unter I.), um dann eine Einordnung der Bürgschaft in die Systematik der Dauerschuldverhältnisse vorzunehmen (hierzu unter II.). Abschließend erfolgt eine Verortung der Bürgschaftskündigung im Regelungssystem des Bürgerlichen Gesetzbuches (hierzu unter III.).

I. Der Begriff des Dauerschuldverhältnisses

Der Gesetzgeber hat im Kontext der Schuldrechtsreform, die durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001² implementiert wurde (im Folgenden „Schuldrechtsreform“), bewusst darauf verzichtet, den mittlerweile auch in Gesetzestexten³ verwende-

² BGBI. I 2001 Nr. 61, S. 3138 ff.

³ Vgl. §§ 308 Nr. 3, 309 Nr. 1 und 9, 313 Abs. 3, 314 BGB und § 108 InsO.

ten Begriff des Dauerschuldverhältnisses zu konkretisieren und dies der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen.⁴ Die allgemeingültige Definition des Dauerschuldverhältnisses gestaltet sich angesichts der mannigfaltigen Erscheinungsformen langdauernder Vertragsverhältnisse äußerst anspruchsvoll, so dass die Versuche, Formeln für eine trennscharfe Abgrenzung zu den „vorübergehenden Schuldverhältnissen“⁵ zu finden, entsprechend vielfältig sind. Die Rechtsprechung beschäftigt sich einzelfallbezogen mit Dauerschuldverhältnissen, eine allgemein etablierte Definition des Dauerschuldverhältnisses hat sich aber nicht durchgesetzt (hierzu unter 1.). Die Rechtslehre setzt sich vielfach mit der dogmatische Einordnung des Dauerschuldverhältnisses auseinander und es hat sich ein äußerst facettenreiches Meinungsspektrum herausgebildet, das im Folgenden schematisch skizziert wird (hierzu unter 2.).⁶ Anschließend folgt eine Stellungnahme (hierzu unter 3.).

1. Überblick über die Rechtsprechung

Die Rechtsprechung beschäftigt sich regelmäßig mit Dauerschuldverhältnissen, bemüht sich dabei aber weniger um eine präzise Bestimmung von Kriterien zur Abgrenzung eines Dauerschuldverhältnisses, sondern arbeitet mit einer fallgruppenartigen Zuordnung bestimmter Vertragsverhältnisse in die Kategorie der Dauerschuldverhältnisse.⁷ Hierbei werden beispielsweise Begrifflichkeiten wie „dauernde Leistungspflichten“⁸, „persönliches Zusammenwirken der Parteien“⁹ oder

4 BT-Drucks. 14/6040, S. 178.

5 Terminologie nach Gierke, Jherlb 64 (1914), 355, 357 f.

6 Vgl. dazu insbesondere die umfassende Zusammenstellung bei Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 74 ff., an der sich diese Arbeit in Bezug auf die strukturelle Einteilung der Literaturstimmen orientiert.

7 Die folgenden Vertragstypen sind beispielsweise als Dauerschuldverhältnis eingeordnet worden: Abonnementevertrag (BGH, NJW 1980, 2518, 2519), Bezugsvertrag (BGH, NJW 1985, 853, 854), Darlehensvertrag (BGH, NJW 2001, 1136, 1137), Dienstvertrag (BGH, NJW 1989, 1479, 1480), Schiedsvertrag (BGH, NJW 1969, 277, 277) und Wartungsvertrag (BGH, NJW-RR 1988, 819, 821).

8 BGH, NJW 1964, 1129, 1130.

9 BGH, aaO (Fn. 8).

„persönliche Bindung“¹⁰ zur Beschreibung von Dauerschuldverhältnissen verwendet. Eine abstrakte Formel zur trennscharfen Abgrenzung von Dauerschuldverhältnissen zu anderen Arten von Schuldverhältnissen hat sich in der Rechtsprechung jedoch nicht herausgebildet.

2. Skizzierung der Rechtslehre

In der Diskussion über die Bestimmung der Kriterien zur Abgrenzung eines Dauerschuldverhältnisses von vorübergehenden Schuldverhältnissen sind in der Rechtslehre drei wesentliche Strömungen zu unterscheiden. Die erste Ansicht hält die zeitlich begrenzte Übertragung subjektiver Rechte für das entscheidende Merkmal eines Dauerschuldverhältnisses (hierzu unter a)), die zweite Ansicht stellt auf die Art der Beziehung zwischen den Vertragsparteien ab (hierzu unter b)), die dritte Ansicht definiert ein Dauerschuldverhältnis über die Dauer der Vertragsbeziehung (hierzu unter c)), wobei eine wesentliche Untermeinung diesen allgemeinen Ansatz dahingehend konkretisiert, dass nur beim Dauerschuldverhältnis der geschuldete Leistungsumfang proportional zur Dauer des Vertragsverhältnisses zunimmt.

a) Zeitlich begrenzte Übertragung subjektiver Rechte

Für die Vertreter der ersten Ansicht¹¹ ist das prägende Element eines Dauerschuldverhältnisses die zeitlich begrenzte Übertragung subjektiver Rechte auf die andere Vertragspartei. In einem Dauerschuldverhältnis erhalte der Leistungsempfänger lediglich ein Nutzungsrecht für einen abgegrenzten Zeitraum. Im Gegensatz dazu seien vorübergehende Schuldverhältnisse auf die endgültige Übertragung von Rechten oder Gütern gerichtet.

¹⁰ BGH, NJW 1989, 1479, 1480.

¹¹ Gutzler, Lösung von Dauerlieferungsverträgen, S. 9, ähnlich, aber differenzierter Staudinger-J.Schmidt, 13. Bearbeitung 1995, Einl. §§ 241 ff. Rn. 366.

b) Beziehung zwischen den Vertragsparteien

Schwarz¹² hingegen stellt die persönliche Beziehung der Vertragsparteien in den Vordergrund und vertritt den Standpunkt, dass das besondere Vertrauensverhältnis zwischen diesen das Wesen des Dauerschuldverhältnisses ausmache und daher auch das entscheidende Abgrenzungsmerkmal sei.

c) Dauer der Vertragsbeziehung

Abgesehen von den beiden vorgenannten Ansätzen besteht in der Rechtslehre jedoch weitgehende Einigkeit darüber, dass das Dauerschuldverhältnis durch das Vorliegen einer zeitlichen Dimension geprägt ist.¹³ Unterschiedliche Lösungsansätze werden dabei aber in Bezug auf die Bestimmung des Anknüpfungspunktes für den Faktor Zeit und die Herleitung einer exakten Abgrenzung zu vorübergehenden Schuldverhältnissen vertreten. Es wird allein auf die Vertragsdauer abgestellt (hierzu unter **aa**), auf eine Leistungserbringung über einen Zeitraum (hierzu unter **bb**), die Aufrechterhaltung eines Zustands (hierzu unter **cc**), sich wiederholende Leistungspflichten (hierzu unter **dd**) und einen Zusammenhang zwischen Vertragsdauer und Umfang der Leistungspflicht (hierzu unter **ee**).

aa) Vertragsdauer als einziges Abgrenzungskriterium

Ein Teil der Anhänger¹⁴ der dritten Ansicht wollen bereits die lange Dauer eines Schuldverhältnisses als einziges Abgrenzungsmerkmal zu den vorübergehenden Schuldverhältnissen ausreichen lassen.

¹² Schwarz, FS Wilburg, S. 363.

¹³ Vgl. Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 74; das Zeitmoment heben fast alle Autoren hervor, vgl. beispielsweise Staudinger-Olsen, § 242 Rn. 362; NoKoBGB-Krebs/Jung, § 314 Rn. 3; Esser/Schmidt, Schuldrecht AT, § 15 II 4; Gierke, JherB 64 (1914), 355, 359; Larenz, Schuldrecht AT, S. 29 f.; Wiese, FS Nipperdey, Bd. I, S. 837, 837; ebenso Gutzler (Lösung von Dauerlieferungsverträgen, S. 5), der es jedoch nicht für das entscheidende Abgrenzungskriterium hält.

¹⁴ Silberschmidt, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 12 (1916), 369, 369; Terminologie nach Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 75.

Die meisten Vertreter¹⁵ der dritten Ansicht gehen jedoch einschränkend davon aus, dass sich das erforderliche Zeitelement auf die vertragliche Hauptleistungspflicht beziehen muss und nicht lediglich auf die Dauer des Vertragsverhältnisses selbst. Die folgenden vier Ausprägungen sind hierbei hervorzuheben:

bb) Leistungserbringung über einen Zeitraum

*Gierke*¹⁶ trifft eine Abgrenzung danach, ob sich die in dem langdauernden Vertragsverhältnis zu erbringenden Leistungspflichten auf einen Zeitpunkt konzentrieren, oder aber über einen Zeitraum erstrecken.

cc) Aufrechterhaltung eines Zustands

*Nikisch*¹⁷ nimmt an, dass die Herbeiführung und Aufrechterhaltung eines Zustands die Einordnung als Dauerschuldverhältnis bedingt. Der Gegensatz dazu seien „einzelne, abgegrenzte Leistungen“.

dd) Sich wiederholende Leistungspflichten

*Siber*¹⁸ hält es für konstitutiv, dass mehr als nur ein einziger Leistungserfolg geschuldet ist und meint daher, dass sich wiederholende Leistungspflichten das Dauerschuldverhältnis ausmachen. Dauernde Leistungspflichten sollten hierbei als Kette sich wiederholender Leistungspflichten betrachtet werden. Bei anderen Leistungspflichten sei entscheidend, ob die Verkehrsanschauung eine einheitliche Betrachtung gebiete.

¹⁵ Vgl. *Oetker*, Dauerschuldverhältnis, S. 78.

¹⁶ *Gierke*, JherBj 64 (1914), 355, 359.

¹⁷ *Nikisch*, Grundformen des Arbeitsvertrags, S. 148 ff.

¹⁸ *Siber*, JherBj 70 (1921), 223, 282 Fn. 4.

ee) Zusammenhang zwischen Vertragsdauer und Umfang der Leistungspflicht

Nach einer verbreiteten fünften Ausprägung¹⁹ wird das Dauerschuldverhältnis vom vorübergehenden Schuldverhältnis dergestalt abgegrenzt, dass nur beim Dauerschuldverhältnis der geschuldete Leistungsumfang proportional zur Dauer des Vertragsverhältnisses zunimmt. *Oetker* hat diese Ansicht entscheidend geprägt und präzisiert. Danach wird der „Dauerschuldvertrag“²⁰ dadurch charakterisiert, dass der Umfang der vertragstypischen Hauptleistung erst mit Hilfe der Zeit quantifizierbar ist.²¹

Nach einer weiteren Untermeinung²² gilt dies jedoch nur, soweit der Umfang der Gesamtleistung bei Vertragsschluss unbestimmt ist.

3. Stellungnahme

Die erste Ansicht, nach der es für eine Einordnung als Dauerschuldverhältnis darauf ankommt, dass keine endgültige sondern lediglich eine vorübergehende Übertragung von Rechten stattfindet, führt zu zufälligen Ergebnissen und ist daher abzulehnen. Danach wäre ein Mietverhältnis rechtlich anders zu bewerten, als beispielsweise das auf den Erwerb der Leasingsache gerichtete Finanzierungsleasing, obwohl in beiden Konstellationen eine vergleichbare Interessenlage vorliegt. Auch gibt es Verträge, die sich nicht in die Kategorien Nutzung oder Übertragung von Rechten einordnen lassen, wie etwa Versicherungs- oder Dienstleistungsverträge.

Eine präzise Differenzierung zwischen vorübergehendem Schuldverhältnis und Dauerschuldverhältnis ermöglicht auch die zweite Ansicht nicht, die als entscheidendes Abgrenzungsmerkmal auf das Vorliegen eines Vertrauensverhältnisses zwischen den Vertragsparteien

¹⁹ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, Rn. 11; *Schmidt-Rimpler*, Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, S. 68; *Wolf*, Das Arbeitsverhältnis, S. 97.

²⁰ Terminologie nach *Oetker* (Dauerschuldverhältnis, S. 135), der Dauerschuldverhältnisse in verschiedene Gruppen langfristiger Verträge unterteilt (vgl. S. 143).

²¹ *Oetker*, Dauerschuldverhältnis, S. 135, 143; ähnlich auch *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, § 15 II 4.

²² *Larenz*, Schuldrecht AT, S. 30; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rn. 789; wohl auch BGH, NJW 1981, 679, 680; unentschieden Staudinger-Olsen, § 241 Rn. 363.

abstellt. Zwar haben personale Elemente für die Vertragsparteien in einem Dauerschuldverhältnis regelmäßig einen hohen Stellenwert. Die persönliche Verbundenheit der Vertragsparteien ist aber zum einen bereits aus praktischer Sicht kein geeignetes Abgrenzungsmerkmal, da diese naturgemäß subjektiv geprägt und daher schwer messbar ist. Zum anderen mag eine hohe Relevanz der persönlichen Verbundenheit zwischen den Vertragsparteien ein starkes Indiz für das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses sein. Ein punktuell Austauschgeschäft, das beispielsweise einen Vertragsgegenstand von hohem Wert oder persönlicher Bedeutung betrifft, setzt aber ebenfalls ein hohes Maß an Vertrauen zwischen den Vertragsparteien voraus, ohne dass deswegen eine Einordnung als Dauerschuldverhältnis gerechtfertigt wäre. Richtig ist, dass ein Dauerschuldverhältnis in aller Regel durch ein hohes Maß an persönlicher Beziehung zwischen den Vertragsparteien geprägt ist – der Umkehrschluss, dass jedes Vertragsverhältnis mit einer ausgeprägten personenbezogenen Komponente ein Dauerschuldverhältnis sein muss, verbietet sich hingegen.

Die erste Ausprägung der dritten Ansicht, nach der eine lange Vertragsdauer ein Dauerschuldverhältnis ausmacht, liefert ebenfalls keine belastbaren Resultate, da auch ein Abstellen auf die Dauer des Vertragsverhältnisses keine eindeutige Abgrenzung zwischen vorübergehendem Schuldverhältnis und Dauerschuldverhältnis ermöglicht.²³ Es ist nicht sicher bestimmbar, wann ein Vertrag „lange“ andauert und wann nur „kurz“. Es gibt zwar Vertragsverhältnisse, die nie „kurz“ sein können, da ihnen eine gewisse Laufzeit immanent ist, wie beispielsweise Gesellschaftsverträge oder der Mietvertrag. Andererseits können aber alle typischerweise „kurz“ laufenden Vertragstypen auch „lange“ andauern. In Verträgen, deren Leistungspflichten üblicherweise in einem punktuellen Akt erfüllt werden, kann dieser beispielweise über einen Zeitraum aufgespalten werden, etwa durch die Vereinbarung mehrerer Teillieferungen eines trennbaren Kaufgegenstandes oder bei Ratenzahlungen. Auch die Herstellung einer einzigen Werkleistung kann viel Zeit in Anspruch nehmen. Dasselbe Defizit der Unbestimmbarkeit weisen auch die zweite und dritte Ausprägung der dritten An-

²³ Vergleiche hierzu die differenzierte Begründung von *Oetker*, Dauerschuldverhältnis, S. 101 ff.

sicht auf, die beide auf die eine oder andere Weise auf die Kategorien „lang“ und „kurz“ abstellen. Die Meinung von *Gierke* ermöglicht keine klare Abgrenzung, da unklar bleibt, ab wann ein sich über einen gewissen Zeitraum erstreckender Zustand vorliegt und keine punktuelle „kurze“ Einwirkung mehr. Die Anschauung von *Nikisch* erlaubt es nicht zu bestimmen, ab wann ein „kurzer“ Zeitpunkt zum „langen“ Zeitraum wird. Die Stellungnahme von *Siber* ist durch den Rückgriff auf das Kriterium der „Verkehrsanschauung“ auf die subjektive Ausfüllung dieses Merkmals durch den Einzelnen angewiesen. Dieser Ansatz führt zu willkürlichen Ergebnissen und ist nicht zuverlässig geeignet, Vertragstypen mit einer vergleichbaren Interessenlage der Parteien gleichlaufend zu gruppieren.

Im Ergebnis bietet die fünfte Ausprägung der dritten Ansicht²⁴, die einen Zusammenhang zwischen dem Umfang der Leistungspflicht und dem Zeitablauf herstellt, einen vorzugswürdigen Abgrenzungsansatz. Nur diese berücksichtigt das dem Dauerschuldverhältnis immanente Merkmal des Zeitmoments und schafft mit dem Erfordernis der zeitgebundenen Vergrößerung der Leistungspflichten gleichzeitig ein objektives Kriterium, das geeignet ist, Leistungspflicht und Zeitmoment in Zusammenhang zu setzen.

Abzulehnen ist jedoch die Untermeinung der fünften Ausprägung der dritten Ansicht, die als zusätzliche Voraussetzung für die Einordnung einer Vertragsbeziehung als Dauerschuldverhältnis auf die Unbestimmtheit des Leistungsumfangs bei Vertragsschluss abstellt. Bei konsequenter Verfolgung dieses Ansatzes müsste jedem befristeten Vertragsverhältnis der Dauerschuldcharakter abgesprochen werden. Bei periodischen Leistungspflichten ist der Umfang der bis zum Ende der Vertragslaufzeit insgesamt zu erbringenden Leistung durch den feststehenden Leistungszeitraum von vornherein bestimmbar. Die Anerkennung des Dauerschuldcharakters bei befristeten Vertragsverhältnissen, die trotz der Befristung unter Umständen dennoch eine lange Laufzeit haben können, findet jedoch weder eine Stütze im Gesetz noch kann sie inhaltlich überzeugen.²⁵ Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die rechtliche Einordnung eines Schuldverhältnisses, das beispielsweise

²⁴ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, Rn. 11; *Schmidt-Rimpler*, Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, S. 68; *Wolf*, Das Arbeitsverhältnis, S. 97.

²⁵ Vgl. *Oetker*, Dauerschuldverhältnis, S. 104 f.

auf mehrere Jahre befristet ist, anders ausfallen sollte als bei einem unbefristeten. Eine Befristung führt nicht dazu, dass die typische Interessenlage eines langdauernden Vertragsverhältnisses nicht mehr vorliegen würde. Es erschiene im Gegenteil willkürlich und artifiziell, einen im Extremfall auf viele Jahre abgeschlossenen befristeten Vertrag anders zu behandeln als zum Beispiel einen unbefristeten Vertrag, der möglicherweise nur auf eine Laufzeit von wenigen Wochen ausgelegt ist.

II. Die Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis

Der Gesetzgeber trifft keine Aussage über die dogmatische Einordnung der Bürgschaft als vorübergehendes Schuldverhältnis oder Dauerschuldverhältnis.²⁶ In der Rechtslehre wird diese Frage kontrovers diskutiert. Es besteht in Rechtsprechung und Rechtslehre weitgehend Einigkeit darüber, dass die Bürgschaft jedenfalls bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein Dauerschuldverhältnis sein kann.²⁷ Ein sehr diversifiziertes Meinungsbild besteht aber hinsichtlich der Bestimmung der maßgeblichen Kriterien für die Einordnung der Bürgschaft. Die Variationsbreite der Ansichten resultiert zum einen aus der oben²⁸ dargestellten uneinheitlichen Definition des Dauerschuldverhältnisses selbst, was dazu führt, dass schon die Parameter für die Einordnung eines Vertrages als Dauerschuldverhältnis an sich umstritten sind. Zum anderen gibt es in Bezug auf die Einordnung der Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis aber auch genuin bürgschaftsspezifische Streitfragen. Insbesondere besteht Uneinigkeit über die Bedeutung des Charakters der gesicherten Forderung und die Akzessorietät der Bürgschaft für die Frage der Einordnung als Dauerschuldverhältnis. Im Folgenden werden zunächst die Position der Rechtsprechung (hierzu unter 1.) und dann die in der Rechtshypothese (hierzu unter 2.) vertretenen Argumentationslinien dargestellt. Im Anschluss folgt eine Stellungnah-

²⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 178.

²⁷ Soweit ersichtlich sprechen vor allem Staudinger-Horn (§ 765 Rn. 265), Soergel-Gröschler (vor § 765 Rn. 37) und Jauernig-Stadler (§ 765 Rn. 10) der Bürgschaft generell den Dauerschuldcharakter ab.

²⁸ Siehe oben unter I.

me zur Einordnung der Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis (hierzu unter 3.).

1. Darstellung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich einzig in Bezug auf Darlehensbürgschaften mit der Frage befasst, ob und wann die Bürgschaft ein Dauerschuldverhältnis ist. Die Darlehensbürgschaft sei als Dauerschuldverhältnis kündbar, wenn sie auf unbestimmte Zeit für die Dauer der Geschäftsverbindung des Hauptschuldners mit dem Bürgschaftsgläubiger vereinbart wurde.²⁹ Eine Einordnung anderer Bürgschaftskonstellationen oder eine generelle Auseinandersetzung mit den Kriterien für die Einordnung einer Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis hat nicht stattgefunden.³⁰

Die Ableitung abstrakter Anhaltspunkte für die Einordnung der Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis ist anhand der Rechtsprechung nicht ohne Weiteres möglich. Zum einen ist aus den relevanten Urteilen nicht ersichtlich, ob die fehlende zeitliche Befristung der Bürgschaft lediglich eine Voraussetzung für deren Kündbarkeit oder auch konstitutiv für die Einordnung als Dauerschuldverhältnis sein soll. Zum anderen bezieht sich die Darlehensbürgschaft in den entschiedenen Konstellationen jeweils auf alle Forderungen aus der Geschäftsverbindung zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Hauptschuldner; es hat also jeweils eine weite Sicherungszweckabrede vorgelegen, nach der die Bürgschaften eine unbestimmte Anzahl von Forderungen besicherten. Ohne dass deswegen denkbare andere Konstellationen ausgeschlossen wären, die ebenfalls zu einer Einordnung einer Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis führen könnten, lassen sich folgende zwei Kriterien aus der Rechtsprechung herleiten, bei deren kumulativen Vorliegen jedenfalls ein Dauerschuldverhältnis vorliegen soll:

²⁹ BGH, NJW 1986, 2308, 2309; 252, 253; OLG Celle, NJW-RR 1989, 548, 548; OLG Köln, NJW-RR 1990, 439, 441.

³⁰ Das OLG Frankfurt (BKR 2006, 20, 21) bejaht zwar pauschal den Dauerschuldcharakter der Bürgschaft, allerdings unter Verweis auf Palandt-*Grüneberg* (§ 314 Rn. 5), der die Bürgschaft nur im Einzelfall als Dauerschuldverhältnis ansieht (vgl. Palandt-*Grüneberg*, § 314 Rn. 2).

1. Unbestimmter gegenständlicher Umfang der Bürgschaft und
2. unbestimmter zeitlicher Umfang der Bürgschaft.

2. Darstellung der Rechtslehre

In der Rechtslehre haben sich bezüglich der Einordnung der Bürgschaft als vorübergehendes Schuldverhältnis oder Dauerschuldverhältnis vier unterschiedliche Strömungen herausgebildet. Die erste Ansicht ordnet eine Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis ein, wenn die gesicherte Hauptforderung ein Dauerschuldverhältnis ist (hierzu unter **a**), die zweite Meinung hält einen unbestimmten gegenständlichen Umfang der Bürgschaft (hierzu unter **b**) und die dritte Meinung den unbestimmten zeitlichen Umfang der Bürgschaft (hierzu unter **c**) für das den Dauerschuldcharakter prägende Kriterium. Die vierte Meinung ordnet eine Bürgschaft generell als Dauerschuldverhältnis ein (hierzu unter **d**).

a) Charakter der gesicherten Hauptforderung als prägendes Merkmal

Die Vertreter der ersten Meinung³¹ stellen die Akzessorietät der Bürgschaft in den Vordergrund und ordnen die Bürgschaft nur dann als Dauerschuldverhältnis ein, wenn die gesicherte Hauptforderung selbst auch eines ist.

b) Unbestimmter gegenständlicher Bürgschaftsumfang als prägendes Merkmal

Die Repräsentanten der weit verbreiteten zweiten Meinung³² fassen einen Bürgschaftsvertrag dann als Dauerschuldverhältnis auf, wenn

³¹ Staudinger-Weber (11. Aufl.), Einl. §§ 241 ff. Rn. O 4; Beitzke, Dauerschuldverhältnisse, S. 52; Ditteney, Dauerrechtsverhältnis, S. 154 f.; Gschmitzer, JherJb 76 (1926), 317, 367; Thume, Der § 324 BGB bei Dauerschuldverhältnissen, S. 66.

³² Vgl. Schulze-A.Staudinger, § 765 Rn. 12; Palandt-Grüneberg, § 314 Rn. 2 und 5; MünchKommBGB-Gaier, § 314 Rn. 6; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 16 I 3 lit. b; wohl auch BeckOK-Sutschet, § 241 Rn. 27 und Derleder/Bartels, FuR 1995,

die Bürgschaft sich nicht nur auf beim Abschluss des Bürgschaftsvertrages bereits bestehende, sondern (auch) auf zukünftig entstehende Verbindlichkeiten bezieht. Eine Herleitung dieses Ergebnisses erfolgt kaum. Die Mehrzahl der Vertreter der zweiten Meinung leitet diese Formel ohne weitere Begründung aus der geltenden Rechtsprechung zu den Darlehensbürgschaften ab. Eine Begründung gibt zumindest *Gernhuber*, der davon ausgeht, dass eine Bürgschaft nur dann ein Dauerschuldverhältnis sein kann, wenn diese sich auf künftig entstehende Verbindlichkeiten bezieht. Der Bürge stehe zwar auch bei einer dem Umfang nach festgelegten Bürgschaftsverpflichtung während eines Zeitraums für eine Inanspruchnahme des Schuldners zur Verfügung, dies sei aber vergleichbar mit dem Kauf auf Abruf³³, bei dem es sich unstreitig nicht um ein Dauerschuldverhältnis handle.³⁴ Die Vertreter der zweiten Meinung setzen sich trotz der Bezugnahme auf die Rechtsprechung zu den Darlehensbürgschaften regelmäßig nicht mit dem zweiten in dem oben zitierten Urteil des *Bundesgerichtshofs*³⁵ für die Einordnung einer Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis vorausgesetzten Kriterium der zeitlichen Unbestimmtheit einer Bürgschaft auseinander.

c) Unbestimmter zeitlicher Bürgschaftsumfang als prägendes Merkmal

*Gaier*³⁶ stellt für die Einordnung der Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis im Gegensatz dazu – ebenfalls unter Hinweis auf die Rechtsprechung zu den Darlehensbürgschaften – auf die unbestimmte Bürgschaftsdauer und damit auf das zweite in dem oben zitierten Urteil des *Bundesgerichtshofs*³⁷ aufgeworfene Kriterium für die Einordnung der Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis ab. Eine inhaltliche Begründung

224, 225, 227; in diesem Sinne ist wohl auch MünchKommBGB-*Habersack*, § 765 Rn. 55, zu verstehen; daran anschließend auch *Schlößer*, NJW 2006, 645, 648.

33 Ein „Kauf auf Abruf“ liegt vor, wenn der Käufer eine bestimmte (große) Menge einer Ware erwirbt und diese über einen Zeitraum in Teillieferungen bei dem Verkäufer abruft.

34 *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 16 I 3 lit. b.

35 Siehe oben unter 1.

36 MünchKommBGB-*Gaier*, § 314 Rn. 6.

37 Siehe oben unter 1.

seiner Ansicht erfolgt ebenso wenig wie eine Auseinandersetzung mit der ersten aus der Rechtsprechung ableitbaren Voraussetzung für die Einordnung der Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis, dem Erfordernis des unbestimmten gegenständlichen Umfangs der Bürgschaft, auf das die oben unter **b)** dargestellte zweite Meinung abstellt.

d) Generelle Einordnung als Dauerschuldverhältnis

Nach einer vierten und ebenfalls häufig vertretenen Auffassung³⁸ ist der Bürgschaftsvertrag als Dauerschuldverhältnis einzuordnen, ohne dass es dabei auf den Charakter der gesicherten Forderung oder sonstige Rahmenbedingungen des Bürgschaftsvertrags ankommt. Im Einzelnen wird dies wie folgt begründet:

*Gierke*³⁹ ordnet die Bürgschaft ohne Einschränkungen als Dauerschuldverhältnis ein, da primär ein „Haftungs“verhältnis begründet werde, das immer für einen Zeitraum bestehe und daher ein Dauerschuldverhältnis sei. Er geht zwar bereits davon aus, dass aus diesem dauernden Bürgschaftsverhältnis mit der Einstandspflicht im Sicherungsfall gegebenenfalls eine vorübergehende Leistungspflicht entspringe, sieht diese aber anscheinend als sekundär an. *Ebhhardt*⁴⁰ stellt im Anschluss ausdrücklich heraus, dass die das Schuldverhältnis prägende Leistungspflicht des Bürgen nicht die Einstandspflicht im Sicherungsfall sei, sondern das „Haftungs“verhältnis während des Zeitraums, für den die Bürgschaft abgegeben wurde. Dies ergebe sich daraus, dass der Bürge seine Schuld nicht erst durch die Leistung auf die

³⁸ Vgl. NoKoBGB-Beckmann, § 765 Rn. 71; *Ebhhardt*, Dauerschuldverhältnis, S. 16; *Gierke*, JherB 64 (1914), 355, 401; wohl auch *V.Stötter/K.Stötter*, DB 1987, 1621, 1623; *Meinhardt*, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 32; *Oetker*, Dauerschuldverhältnis, S. 169; im Ansatz bereits *Westerkamp*, Bürgschaft und Schuldbeitritt, S. 366; gegen eine Einordnung als Dauerschuldverhältnis, *Soergel-Gröschler*, vor § 765 Rn. 37, und *Staudinger-Horn*, § 765 Rn. 265, die aber die Grundsätze für die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen für entsprechend anwendbar halten.

³⁹ *Gierke*, JherB 64 (1914), 355, 401.

⁴⁰ *Ebhhardt*, Dauerschuldverhältnis, S. 16; vgl. auch *Schmidt-Rimpler* (Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, S. 69) bzgl. des Versicherungsrechts, das im Hinblick auf die Hauptleistungspflicht der „Leistungsbereitschaft“ strukturell mit der Bürgschaft vergleichbar ist.

gesicherte Forderung erfülle, sondern durch die Bereitstellung seines Vermögens zur Haftung. Oetker⁴¹ finalisiert diesen Gedanken, indem er die Bürgschaft einem speziellen Vertragstypus der „Leistungsbereitschaftsverträge“⁴² zuordnet, die dadurch charakterisiert seien, dass die Leistungsbereitschaft nicht nur den Anspruch auf die Hauptleistung unterstütze, sondern selbst die vertragstypische Hauptleistungspflicht sei. Diese Leistungsbereitschaftsverträge seien immer ein „Dauerschuldvertrag“ (Dauerschuldverhältnis), da die Leistungsbereitschaft aufgrund ihres unbestimmten Charakters nicht mit Hilfe allgemeiner, zeitunabhängiger Gattungsmerkmale quantifiziert werden könne.

3. Stellungnahme

Die uneingeschränkte Einordnung von Bürgschaftsverträgen als Dauerschuldverhältnis ist sachgerecht. Nach der hier favorisierten Definition liegt ein Dauerschuldverhältnis vor, wenn der Leistungsumfang in einem Vertragsverhältnis ausschließlich mit Hilfe eines Zeitfaktors quantitativ festgelegt werden kann.⁴³ Diese Prüfung muss sich auf die das Vertragsverhältnis prägende Leistungspflicht beziehen. Bei der Bürgschaft ist die Leistungsbereitschaft des Bürgen die maßgebliche Leistungspflicht (hierzu unter **a**), die nicht unabhängig von dem Faktor Zeit messbar ist (hierzu unter **b**).

a) Anknüpfungspunkt für die Einordnung als Dauerschuldverhältnis

Der Bezugspunkt für die Klassifizierung der Bürgschaft als vorübergehendes Schuldverhältnis oder Dauerschuldverhältnis ist ausschließlich der Bürgschaftsvertrag selbst. Die Einordnung muss trotz der Akzessorietät der Bürgschaft unabhängig von dem Charakter der gesicherten Forderung erfolgen. Die Bürgschaft ist zwar in ihrem Bestand und Umfang von der gesicherten Forderung abhängig, hat aber dennoch

⁴¹ Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 168 f.; zustimmend Schröder, Interessengegensätze beim Personalkredit, S. 86 f.; in vorsichtiger Tendenz auch Bydlinski, FS Schimansky, S. 299, 302.

⁴² Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 168.

⁴³ Vgl. Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 143.

einen von ihr unabhängigen Inhalt. Dadurch unterscheidet sie sich von einer akzessorischen Haftung, bei der kein eigenes Vertragsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Haftenden zugrunde liegt, wie beispielsweise bei der Gesellschafterhaftung gemäß § 128 HGB. Die Bürgschaft hingegen begründet ein eigenes und neues Schuldverhältnis zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Bürgen mit eigenen Leistungspflichten. Sofern ein solcher spezifischer Vertragsinhalt vorhanden ist, muss dieser auch die Grundlage für die Einordnung des Schuldverhältnisses sein.

Innerhalb des Bürgschaftsvertrags gibt es zwei Leistungspflichten, an die für die Einordnung der Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis angeknüpft werden könnte. Zum einen wird beim Vertragsschluss ein Leistungsversprechen mit dem Inhalt abgegeben, im Sicherungsfall für eine bestimmte, mehrere oder auch zukünftige Forderungen des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner einzustehen. Diese Pflicht kann als „Leistungsbereitschaft“ bezeichnet werden. Hiervon zu unterscheiden ist die konkrete „Einstandspflicht“ des Bürgen, die als Geldforderung des Bürgschaftsgläubigers grundsätzlich mit dem Eintritt des Sicherungsfalls fällig wird.

Für die Klassifizierung der Bürgschaft muss auf die prägende Leistungspflicht der Leistungsbereitschaft abgestellt werden. Zwar ist bei jedem Vertrag, der eine Vertragspartei zu einer Leistung verpflichtet, die Leistungsbereitschaft Teil der Leistungspflicht. Diese ist notwendig in jeder freiwillig erbrachten Leistung enthalten. Bei der Bürgschaft ist die Leistungsbereitschaft allerdings nicht lediglich die notwendige Vorstufe für die Einstandspflicht des Bürgen, sondern gibt dem Bürgschaftsverhältnis ihr typisches Gepräge.⁴⁴ Die Leistungspflicht des Bürgen kann sich im Laufe eines Bürgschaftsverhältnisses auch bei normalem Verlauf durchaus auf die Leistungsbereitschaft beschränken, ohne dass es jemals zu der Entstehung einer Einstandspflicht durch den Eintritt des Sicherungsfalls kommt. Auch dann hat der Bürge aber seine Bürgschaftsverpflichtung erfüllt. Der Bürgschaftsvertrag wird vielmehr sogar regelmäßig in der Hoffnung und vielleicht auch Erwartung abgeschlossen, dass es nie zum Sicherungsfall kommen wird.

44 Vgl. Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 168.

Diese herausgehobene Bedeutung der Leistungsbereitschaft in Bürgschaftsverträgen macht den entscheidenden Unterschied zu allen Sukzessivleistungs- und Bezugsverträgen aus. Zwar hat auch dort die Leistungsbereitschaft selbst eine über das Normale hinausgehende Bedeutung. Der Schwerpunkt solcher Verträge liegt aber üblicherweise nicht auf der Leistungsbereitschaft des Schuldners, sondern auf der tatsächlichen und von Anfang an vorausgesetzten Lieferung von Waren.⁴⁵ Es ist bei diesen Verträgen daher nur der Umfang der Leistungspflicht unbestimmt, nicht aber die Verpflichtung zur Lieferung selbst.

Der Bürgschaftsvertrag ist strukturell eher mit dem Versicherungsvertrag vergleichbar, der überwiegend als Dauerschuldverhältnis qualifiziert wird.⁴⁶ Folgerichtig gibt es aber auch im Versicherungsrecht einen thematisch verwandten Meinungsstreit darüber, ob dort die Gefahrtragung die prägende Leistungspflicht des Versicherers ist oder die durch den Versicherungsfall bedingte Geldleistung.⁴⁷

b) Quantifizierbarkeit der Leistungsbereitschaft über den Faktor Zeit

Für die Einordnung der Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis kommt es darauf an, ob die Leistungsbereitschaft des Bürgschaftsgläubigers einzig mit Hilfe des Faktors Zeit messbar ist. Eine Quantifizierung von Leistungsbereitschaft kann sinnvollerweise im Hinblick auf den Zeitraum erfolgen, für den die Leistungsbereitschaft besteht (hierzu unter **aa**). Demgegenüber ist eine Quantifizierung von Leistungsbereitschaft allein anhand des gegenständlichen Umfangs der Leistung, auf die die Leistungsbereitschaft sich bezieht, ohne eine zusätzliche Anknüpfung an das Zeitmoment nicht möglich (hierzu unter **bb**).

45 Vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 119 ff., 175 f.

46 Vgl. BGH, NJW 1991, 1828, 1829; MünchKommVVG-Looschelders, § 1 Rn. 74 mwN; Prölss/Martin-Armbrüster, § 1 Rn. 27; Beckmann/Matusche-Beckmann-K.Johannsen, § 8 Rn. 87.

47 Vgl. die Gegenüberstellung der Positionen bei Rüffer/Halbach/Schimikowski-Brömmelmeyer, § 1 Rn. 34 ff.

aa) Bedeutung des Kriteriums Zeit

Eine Messung des Umfangs von Leistungsbereitschaft durch die Größe „Zeit“ führt zu aussagekräftigen und nachvollziehbaren Ergebnissen. Die Bereitschaft zur Leistung über einen Zeitraum von einem Jahr ist umfangreicher als diejenige über einen Zeitraum von sechs Monaten.

Für die Einordnung als Dauerschuldverhältnis ist darüber hinaus jedoch die Erfüllung des zweiten Abgrenzungskriteriums zu prüfen, nach dem es zusätzlich erforderlich ist, dass die Leistungsbereitschaft nicht auch zeitunabhängig messbar ist.

bb) Bedeutung des gegenständlichen Umfangs der Leistungsbereitschaft

Denkbar erscheint zunächst auch die Quantifizierung der Leistungsbereitschaft nach ihrem gegenständlichen Umfang. Die Leistungsbereitschaft eines Bürgen hat – anders als bei anderen Vertragstypen, bei denen sich die Leistungsbereitschaft auf unbestimmte Handlungen, wie beispielsweise die „Förderung des gemeinsamen Zwecks“ bei Gesellschaftsverträgen oder die „Wartung von EDV-Anlagen“, bezieht – durch die Verknüpfung mit definierten Forderungen des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner einen konkreten Bezugspunkt. Man könnte daher sagen, dass die Leistungsbereitschaft für eine Forderung in Höhe von EUR 200.000 einen größeren Umfang hat, als diejenige für eine Forderung in Höhe von EUR 100.000.

Bei Bestimbarkeit des betragsmäßigen Umfangs der Leistungsbereitschaft macht dies den Faktor Zeit für die Quantifizierbarkeit der Leistungsbereitschaft jedoch nicht obsolet. Auch wenn der betragsmäßige Umfang der Leistungsbereitschaft bestimmt ist, macht es einen Unterschied, ob sie für einen Tag oder ein Jahr besteht. Der Umfang der Leistungsbereitschaft lässt sich daher nur im Zusammenhang mit dem Faktor Zeit sinnvoll bestimmen. Ein geringer gegenständlicher Umfang der Leistungsbereitschaft kann über einen längeren Zeitraum der Verpflichtung kompensiert werden. Unabhängig davon, wie für einen Vergleich verschiedener Bürgschaften der Faktor „Laufzeit“ und der Faktor „Höhe“ der Leistungsbereitschaft zueinander ins Verhältnis zu setzen wären, steht jedenfalls fest, dass beide Aspekte zu berücksichtigen sind. Der Umfang der Leistungsbereitschaft bemisst sich bei

der Bürgschaft also aus einer Kombination der betragsmäßigen Höhe der Leistungsbereitschaft und der Länge des Zeitraums ihres Bestehens.

Für die Einordnung als Dauerschuldverhältnis reicht es aus, wenn die prägende Leistungspflicht eines Vertrages nicht ohne den Faktor Zeit quantifizierbar ist. Es ist nicht erforderlich, dass die Zeit der einzige bestimmende Faktor ist.

Im Ergebnis ist die prägende Leistungspflicht von Bürgschaftsverträgen nur mithilfe des Faktors „Zeit“ zuverlässig quantifizierbar. Daraus folgt, dass die Bürgschaft unabhängig von der Ausgestaltung der ihr zugrundeliegenden Hauptforderung immer ein Dauerschuldverhältnis ist.

III. Verortung der Bürgschaftskündigung im Regelungssystem des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Die Kündigung ist ein zulässiges Beendigungsinstrument für die Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis. Dies gilt unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung und dem Charakter der gesicherten Forderung. In Sonderkonstellationen kann dem Bürgen auch die Möglichkeit einer Beendigung durch Rücktritt oder Widerruf sowie über die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage eröffnet sein (hierzu unten **Kapitel 3**).

Sofern Dauerschuldverhältnisse spezialgesetzlich normiert sind, sehen diese Regelungskomplexe häufig auch ein ordentliches und/oder außerordentliches Kündigungsrecht für einen oder beide Vertragspartner vor. Beispielhaft sei auf das Darlehensrecht hingewiesen, das in § 489 des Bürgerlichen Gesetzbuches (*BGB*) ein ordentliches Kündigungsrecht des Darlehensnehmers und in § 490 BGB ein außerordentliches Kündigungsrecht für den Darlehensnehmer und den Darlehensgeber normiert hat.

Die Bürgschaft ist zwar Gegenstand spezialgesetzlicher Regelungen, die Normierung trifft aber keine Aussage über Kündigungsmodalitäten, so dass insoweit auf allgemeine Rechtssätze zurückgegriffen werden muss.

Für Dauerschuldverhältnisse, die im Hinblick auf Kündigungs möglichkeiten nicht spezialgesetzlich geregelt sind, besteht ein außer-

ordentliches Kündigungsrecht gemäß § 314 BGB, das je nach Ausgestaltung der speziellen Regelungen auch neben diese treten kann.⁴⁸

Eine allgemeine ordentliche Kündigungsmöglichkeit für Dauerschuldverhältnisse ist vom Gesetzgeber nicht vorgesehen und besteht bei einer fehlenden vertraglichen Regelung daher nur, wenn sich dies für den konkreten Vertragstyp oder das konkrete Vertragsverhältnis im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung oder aus Treu und Glauben ergibt.

Die rudimentären normativen Anknüpfungspunkte für die Bürgschaftskündigung bedingen, dass sowohl deren Rechtsfolgen (hierzu unter **B.**) als auch die Voraussetzungen (hierzu unter **C.**) sehr kontrovers diskutiert werden und deren Bestimmung im Einzelfall regelmäßig mit Rechtsunsicherheiten behaftet bleibt.

B. Rechtsfolgen der Bürgschaftskündigung

Der Bürgschaftsvertrag unterscheidet sich von typischen Dauerschuldverhältnissen, da dieser kein bipolares Schuldverhältnis, sondern ein Dreiecksverhältnis zwischen Bürgen, Bürgschaftsgläubiger und Hauptschuldner begründet. Diese bürgschaftsspezifische Sonderkonstellation erschwert die Bestimmung der Rechtsfolgen und Voraussetzungen der Bürgschaftskündigung, da allgemeine Kündigungsgrundsätze der besonderen Interessenlage im bürgschaftsrechtlichen Dreiecksverhältnis nicht ohne Weiteres gerecht werden und daher nur eingeschränkt anwendbar sind. Zunächst werden die Rechtsfolgen einer Kündigung und deren Auswirkungen auf die unterschiedlichen Arten von Leistungspflichten in dem gekündigten Schuldverhältnis nach allgemeinen Grundsätzen dargestellt, insbesondere im Hinblick auf die unterschiedlichen Entwicklungsstadien der betroffenen Leistungspflichten (hierzu unter **I.**). Im Anschluss werden die verschiedenen Leistungspflichten in einem Bürgschaftsverhältnis bestimmt (hierzu unter **II.**). Auf dieser Grundlage folgt schließlich eine Herleitung der spezifischen

⁴⁸ Vgl. MünchKommBGB-Gaier, § 314 Rn. 9; Schumacher-Mohr, DB 2002, 1606, 1608. Palandt-Grüneberg, § 314 Rn. 4, geht hingegen von einem generellen Vorrang der Sondervorschriften aus.

Rechtsfolgen der Kündigung in Bürgschaftsverhältnissen (hierzu unter III.).

I. Rechtsfolgen der Kündigung nach allgemeinen Grundsätzen

Als Gestaltungsrecht beendet die Kündigung ein Dauerschuldverhältnis *ex nunc* für die Zukunft.⁴⁹ Mit Wirksamkeit der Kündigung entstehen aus einem Dauerschuldverhältnis durch die Beendigung keine neuen Primärleistungspflichten mehr. Viele Dauerschuldverhältnisse beinhalten jedoch nicht lediglich eine durchgehend, beziehungsweise wiederholt, zu erbringende Leistungspflicht, wie beispielsweise die Gebrauchsüberlassung bei der Miete oder die Erbringung einer Tätigkeit beim Arbeitsvertrag. Vielmehr werden die den Dauerschuldcharakter eines Schuldverhältnisses begründenden Leistungspflichten regelmäßig von zusätzlichen, punktuell zu erbringenden Leistungspflichten flankiert. Die punktuell zu erbringenden Leistungspflichten werden durch die Kündigung nicht umgestaltet, da die Kündigung nur den Bestand der dauernden Leistungspflicht unmittelbar berührt. Dennoch hat die Kündigung mittelbare Wirkungen auch auf die punktuell zu erbringenden Leistungspflichten, die regelmäßig als vorübergehende Schuldverhältnisse einzuordnen sind. Diese mittelbaren Wirkungen differieren je nachdem, wie weit die punktuell zu erbringende Leistungspflicht bereits gediehen ist.

Die konkreten Wirkungen einer Kündigung auf die punktuell zu erbringenden Leistungspflichten bemessen sich danach, ob diese fällig (hierzu unter 1.), noch nicht entstanden (hierzu unter 2.) oder betagt (hierzu unter 3.) sind, wobei die Kündigungswirkungen zusätzlich auch von der Art des betroffenen Vertragsverhältnisses abhängen.

⁴⁹ Vgl. BGH, NJW-RR 2001, 383, 383; NJW 1979, 1288, 1289.

1. Die fällige punktuell aus dem Dauerschuldverhältnis entspringende Leistungspflicht

Eine Leistung wird zu dem Zeitpunkt fällig, in dem der Gläubiger berechtigt ist, sie zu fordern.⁵⁰ Bereits fällige punktuell aus einem Dauerschuldverhältnis entspringende Leistungspflichten sind unabhängig von der Kündigung des zugrundeliegenden Dauerschuldverhältnisses zu erfüllen.⁵¹

2. Noch nicht entstandene punktuell aus dem Dauerschuldverhältnis entspringende Leistungspflicht

Bereits identifizierbar aber noch nicht im tatsächlichen Sinne existent sind beispielsweise solche Ansprüche, die befristet oder sonst aufschiebend bedingt sind. Bei solchen erst zukünftig aus dem Dauerschuldverhältnis entstehenden punktuellen Leistungspflichten wird beim Wegfall des Dauerschuldverhältnisses durch Kündigung regelmäßig auch der Eintritt der Bedingung nicht mehr möglich sein. Die bedingten punktuellen Leistungspflichten kommen in diesen Fällen niemals zur Entstehung. Beispielhaft seien zukünftige Mietforderungen genannt, die als befristete Ansprüche einzuordnen sind und mit Kündigung des ihnen zugrundeliegenden Mietverhältnisses nicht mehr zur Entstehung gelangen können.⁵²

3. Betagte punktuell aus dem Dauerschuldverhältnis entspringende Leistungspflicht

Während die aufschiebend bedingte Forderung erst in der Zukunft entsteht, ist eine betagte Forderung zwar bereits existent, aber noch nicht fällig, wobei der spätere Eintritt der Fälligkeit gewiss ist.⁵³ Betag-

⁵⁰ MünchKommBGB-Krüger, § 271 Rn. 2; Soergel-Forster, § 271 Rn. 2.

⁵¹ Vgl. MünchKommBGB-Gaier, § 314 Rn. 23; Esser/Schmidt, Schuldrecht AT, § 20 III.

⁵² Der endgültige Ausfall einer aufschiebenden Bedingung führt zur endgültigen Wirkungslosigkeit eines Rechtsgeschäfts, vgl. Prütting/Wegen/Weinreich-Brinkmann, § 158 Rn. 22.

⁵³ Nerlich/Römermann-Andres, § 41 Rn. 3.

te Forderungen werden durch die Kündigung des zugrundeliegenden Dauerschuldverhältnisses nicht ohne Weiteres zum Erlöschen gebracht.

Manche Typen betagter Forderungen werden durch Kündigung des zugrundeliegenden Dauerschuldverhältnisses fällig, wie beispielsweise der Darlehensrückzahlungsanspruch.⁵⁴ Bei anderen Typen von betagten Forderungen wird der Auslösetatbestand für deren Fälligkeit durch die Beendigung des zugrunde liegenden Dauerschuldverhältnisses nicht mehr eintreten. Diese werden dann durch die Kündigung des zugrunde liegenden Dauerschuldverhältnisses gegenstandslos, so wie die noch nicht entstandene Forderung. Dies ist beispielsweise bei zukünftigen Leasingraten der Fall.⁵⁵

Die konkreten Kündigungswirkungen sind demnach unterschiedlich, je nachdem in welchem Stadium sich die jeweiligen punktuellen Leistungspflichten, die das gekündigte Dauerschuldverhältnis flankieren, zum Beendigungszeitpunkt des zugrundeliegenden Dauerschuldverhältnisses befinden und können sich, bei betagten Forderungen, auch nach der Art des Rechtsverhältnisses unterscheiden.

II. Darstellung der verschiedenen Leistungspflichten im Bürgschaftsverhältnis

In einem Bürgschaftsvertrag sind zwei Leistungspflichten zu unterscheiden. Zum einen die „Leistungsbereitschaft“, die oben bereits als die den Dauerschuldcharakter begründende Leistungspflicht identifiziert wurde. Sie kann auch mit dem Ausdruck „Bürgschaftsversprechen“ bezeichnet werden. Hiervon zu unterscheiden ist die konkrete „Einstandspflicht“ des Bürgen, die eine punktuell zu erfüllende Geldforderung ist und auch „Bürgschaftsforderung“ genannt wird.

Für die Bestimmung der Rechtsfolge der Bürgschaftskündigung ist von Bedeutung, zu welchem Zeitpunkt welche Leistungspflichten in einer Bürgschaftskonstellation entstehen und welche Rechtsnatur diese haben. Bürgschaften treten in verschiedenen Ausprägungen auf, lassen

⁵⁴ Deshalb unterscheidet *Esser/Schmidt* (Schuldrecht AT, § 20 I 1 und 2) zwischen der Beendigungskündigung und der Fälligkeitskündigung.

⁵⁵ Vgl. zur Einordnung der Leasingraten als betagte und nicht als aufschiebend bedingte Forderungen BGH, NJW 1990, 1113, 1115.

sich aber in drei wesentliche Grundtypen einteilen. Der erste Bürgschaftstypus ist die Darlehensbürgschaft, die im Bankverkehr einen Rückzahlungsanspruch für Darlehen besichert. Der zweite Bürgschaftstypus besichert Entgeltansprüche für Vorleistungen des Bürgschaftsgläubigers, wie beispielsweise die Mietbürgschaft. Der dritte wesentliche Bürgschaftstypus ist die Gewährleistungsbürgschaft, die in einem Rechtsverhältnis potentielle Sekundäransprüche besichert. Je nach der Ausgestaltung der Bürgschaft entstehen die Hauptleistungspflicht des Bürgen, also dessen Leistungsbereitschaft (hierzu unter 1.), und die punktuellen Einstandspflichten des Bürgen (hierzu unter 2.) zu verschiedenen Zeitpunkten.

1. Entstehung und Fälligkeit der „Leistungsbereitschaft“

Die Leistungsbereitschaft des Bürgen entsteht bei Vertragsschluss und ist nach allgemeinen Regeln gemäß § 271 Abs. 1 BGB auch sofort fällig.

Häufig werden Bürgschaften aber ausschließlich oder zumindest auch für künftige Forderungen abgegeben. Dies ist aufgrund der Akzessorietätslockerung gemäß § 765 Abs. 2 BGB, wonach die Bürgschaft auch für eine künftige oder eine bedingte Verbindlichkeit übernommen werden kann, möglich. Auch in diesem Fall entsteht die Leistungsbereitschaft des Bürgen bei Vertragsschluss, obwohl die gesicherte Hauptforderung noch nicht entstanden ist. Für den Fall der Nichtentstehung der gesicherten Forderung, geht die Leistungsbereitschaft des Bürgen ins Leere.

Die punktuelle Einstandspflicht des Bürgen hingegen braucht aufgrund der akzessorischen Natur der Bürgschaft die gesicherte Hauptforderung als Bezugspunkt. Sie kann frühestens mit der gesicherten Forderung entstehen.⁵⁶ Bei der Bürgschaft für zukünftig entstehende

⁵⁶ So auch MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 67. Dem steht wohl auch nicht das OLG Karlsruhe (Urteil v. 20. November 2007, Az. 17 U 89/07, Rn. 12 zitiert nach juris) entgegen, das zwar davon spricht, dass die Bürgschaftsforderung mit der Fälligkeit der Hauptforderung entsteht. Dies geschah jedoch bei der Erörterung einer Verjährungsproblematik, in der der Wortlaut des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB allgemein so ausgelegt wird, dass „entstehen“ dort in der Regel gleichbedeutend ist mit „fällig“ (vgl. MünchKommBGB-Grothe, § 199 Rn. 4).

Forderungen fallen der Entstehungszeitpunkt der Leistungsbereitschaft des Bürgen und der der Einstandspflicht daher notwendigerweise auseinander.

2. Entstehung und Fälligkeit der „Einstandspflicht“

Die Einstandspflicht des Bürgen beginnt mit der Entstehung der gesicherten Forderung zu existieren und wird ohne weitere Zwischenschritte gleichzeitig mit dieser fällig (hierzu unter **a**)). Die Einstandspflicht des Bürgen ist daher je nach Bürgschaftstypus entweder sofort mit Entstehung fällig oder existiert zunächst als betagte Forderung (hierzu unter **b**)).

a) Bestimmung des Fälligkeitszeitpunkts der Einstandspflicht

Eine Leistung wird zu dem Zeitpunkt fällig, in dem der Gläubiger berechtigt ist, sie zu fordern.⁵⁷ Bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft gemäß § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB kann der Bürgschaftsgläubiger sich aussuchen, ob er bei Fälligkeit der gesicherten Forderung erst den Hauptschuldner oder ohne Zwischenschritte gleich den Bürgen in Anspruch nimmt. Die Einstandspflicht des Bürgen wird daher automatisch mit der gesicherten Hauptforderung fällig, da die Erfüllung der Einstandspflicht ab Fälligkeit der Hauptforderung unmittelbar gegenüber dem Bürgen eingefordert werden kann.⁵⁸

Schwieriger ist die Bestimmung des Fälligkeitszeitpunktes der Einstandspflicht des Bürgen, wenn der zugrunde liegende Bürgschaftsvertrag nach dem gesetzlichen Normalfall ohne einen Ausschluss der Einrede der Vorausklage, und damit nicht als selbstschuldnerische Bürg-

⁵⁷ Vgl. nur Schulze-Schulze, § 271 Rn. 2.

⁵⁸ BGH, NJW-RR 2009, 425, 426; DNotZ 2008, 511, 513; NJW-RR 2004, 1190, 1191; OLG Karlsruhe, Urteil v. 20. November 2007, Az. 17 U 89/07, Rn. 11 f. zitiert nach juris; davon ging wohl auch der Gesetzgeber aus, vgl. BT-Drucks. 14/7052, S. 206. Diese Frage wird jedoch sehr streitig im Zusammenhang mit der Bürgschaftsverjährung diskutiert, die mit der Fälligkeit der Bürgschaft beginnt, vgl. die ausführliche Darstellung bei Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 27 Rn. 73 ff.; zur Gegenansicht vgl. Gay (NJW 2005, 2585, 2588 mwN), die eine Inanspruchnahme des Bürgen für die Fälligstellung der Bürgschaft für erforderlich hält.

schaft ausgestaltet ist. Bei Fälligkeit der gesicherten Forderung kann der Bürgschaftsgläubiger den Bürgen theoretisch zwar auch unmittelbar in Anspruch nehmen; der Bürge kann dieser Forderung dann aber die Einrede der Vorausklage entgegenhalten.

Faktisch führt das Bestehen der Einrede der Vorausklage dazu, dass der Bürgschaftsgläubiger vor einer Inanspruchnahme des Bürgen zunächst den Hauptschuldner in Anspruch nehmen muss, da der Anspruch gegen den Bürgen bei Erhebung der Einrede der Vorausklage anderenfalls gerichtlich nicht durchsetzbar wäre. Dieses faktische Erfordernis einer Inanspruchnahme des Hauptschuldners vor Geltendmachung der Einstandspflicht gegen den Bürgen ist ohne entsprechende Vereinbarungen aber keine materielle Voraussetzung der Einstandspflicht. Technisch ist die Einstandspflicht des Bürgen bei Eintritt des Sicherungsfalls sofort einklagbar; die Einrede der Vorausklage muss – wie jede Einrede – erst erhoben werden, um die Durchsetzbarkeit der geltend gemachten Forderung zu hindern. Die fehlende Durchsetzbarkeit einer Forderung lässt die Fälligkeit derselben daher unberührt.⁵⁹

In der Diskussion über die Frage, ob Schuldnerverzug gemäß § 286 BGB auch beim Bestehen bestimmter Einreden eintreten kann und ab wann Prozesszinsen gemäß § 291 BGB zu entrichten sind, wird demgegenüber vertreten, dass eine einredebehaftete Forderung nicht fällig sei.⁶⁰ Manche Autoren meinen sogar, die einredebehaftete Forderung sei gar nicht wirksam entstanden.⁶¹

Die besseren Argumente sprechen jedoch dafür, dass Fälligkeit und Durchsetzbarkeit zwei verschiedene Kategorien und daher unabhängig voneinander zu betrachten sind. Würde man dem einredebehafteten Anspruch die Fälligkeit oder gar die Wirksamkeit absprechen, müsste ein Gericht die Klage des Gläubigers abweisen, auch wenn der Schuldner sich auf die bestehende Einrede nicht beruft. Damit hätten Einreden dieselbe Wirkung wie rechtshindernde Einwendungen, obwohl unterschiedliche Interessenlagen bestehen. Die rechtshindernden Einwendungen dienen hauptsächlich der Sicherstellung gewisser Mindestanforderungen an die Reife und Redlichkeit von Vertragspartei-

⁵⁹ Vgl. Huber, Leistungsstörungen, S. 303.

⁶⁰ BGH, NJW 1971, 615, 616.

⁶¹ MünchKommBGB-Habersack, § 771 Rn. 7; MünchKommBGB-Ernst, § 291 Rn. 10.

en.⁶² Einreden hingegen eröffnen lediglich eine Verteidigungsmöglichkeit für einen Schuldner, der angesichts seiner grundsätzlichen Tauglichkeit zur Teilnahme am Rechtsverkehr privatautonom entscheiden können muss, ob er auch alle seine Möglichkeiten ausnutzen möchte.⁶³ Insbesondere für den Bürgen kann es Gründe geben, sich nicht gegen eine direkte Inanspruchnahme durch den Bürgschaftsgläubiger zu verteidigen, sondern sich auf die spätere Geltendmachung des Rückgriffanspruchs gegen den Hauptschuldner zu beschränken, etwa wenn eine diesbezügliche interne Absprache zwischen ihm und dem Hauptschuldner besteht.

Dennoch wäre es unbillig, wenn ein Gläubiger für eine fällige aber einredebehaftete Forderung Prozess- oder Verzugszinsen gemäß §§ 286, 291 BGB verlangen könnte. Eine interessengerechte Lösung dieses Spannungsverhältnisses erfordert jedoch keine unsachgemäße Koppelung der Fälligkeit von Ansprüchen an deren Durchsetzbarkeit. §§ 286, 291 BGB sind dahingehend ergänzend auszulegen, dass das Erfordernis der Durchsetzbarkeit der Forderung für die Entstehung von Zinsansprüchen als zusätzliches Tatbestandsmerkmal neben das der Fälligkeit tritt.⁶⁴ Zinsen sind demnach nur dann zu entrichten, wenn eine fällige Forderung auch durchsetzbar ist.

Vor diesem Hintergrund ist eine Vermischung der Institute Fälligkeit und Durchsetzbarkeit auch im Hinblick auf Bürgschaftsforderungen weder aus Gründen der Einheitlichkeit noch aus sonstigen Billigkeitserwägungen erforderlich.

Es gilt daher, dass auch bei Bürgschaftsverhältnissen, in denen die Einrede der Vorausklage nicht ausgeschlossen wurde, die Einstandspflicht des Bürgen – sofern keine abweichende vertragliche Regelung besteht – zeitgleich mit der Hauptforderung fällig wird.⁶⁵

62 Vgl. hierzu die Darstellung bei *Ulrich/Purmann*, JuS 2011, 104, 106.

63 Vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 732; *Ulrich/Purmann*, JuS 2011, 104, 107.

64 Vgl. *Palandt-Grüneberg*, § 291 Rn. 5.

65 Vgl. *Derleder/Knops/Bamberger-Knops* (§ 27 Rn. 73), der hinsichtlich der Fälligkeit nicht zwischen der selbstschuldnerischen und der „normalen“ Bürgschaft differenziert. Anders *MünchKommBGB-Habersack*, § 765 Rn. 80 a, der sich jedoch auf ein Urteil des *Bundesgerichtshofs* bezieht (NJW 2008, 1729, 1731 Rn. 24), in dem diese Frage tatsächlich aber offen gelassen wurde („jedenfalls“).

b) Fälligkeit der Einstandspflicht in Abhängigkeit vom Bürgschaftstypus

Die Einordnung der Einstandspflicht des Bürgen als zukünftige, betagte oder fällige Forderung differiert je nach Ausgestaltung und Typus der zugrunde liegenden Bürgschaft. Zu untersuchen ist daher der Fälligkeitszeitpunkt der Einstandspflichten bei Bürgschaften für zukünftige Forderungen (hierzu unter **aa)**), Bürgschaften für Entgelt- und Gewährleistungsansprüche (hierzu unter **bb))** und Darlehensbürgschaften (hierzu unter **cc)).**

aa) Fälligkeit der Einstandspflicht bei Bürgschaften für zukünftige Forderungen

Bei der Bürgschaft für zukünftige und bedingte Forderungen entsteht die Leistungsbereitschaft des Bürgen zwar sofort bei Vertragsschluss, die punktuelle Einstandspflicht des Bürgen aber entsteht zeitgleich mit der gesicherten Hauptforderung erst zu einem späteren Zeitpunkt. Da auch die Fälligkeit der Einstandspflicht des Bürgen parallel zu der Fälligkeit der gesicherten Hauptforderung eintritt, kommt es nach Entstehung der Einstandspflicht des Bürgen für die Bestimmung von deren Fälligkeitszeitpunkt darauf an, ob die zugrundeliegende gesicherte Hauptforderung selbst sofort mit Entstehung fällig wird oder ob es sich bei dieser zunächst um eine betagte Forderung handelt. Die Einstandspflicht ist dann parallel zum Charakter der Hauptforderung ebenfalls entweder sofort fällig oder zunächst betagt.

bb) Fälligkeit der Einstandspflicht bei Bürgschaften für Entgeltansprüche und Gewährleistungsansprüche

Bei Bürgschaften für Entgeltansprüche des vorleistungspflichtigen Bürgschaftsgläubigers entsteht die Einstandspflicht des Bürgen mit dem gesicherten Vergütungsanspruch, üblicherweise also mit Erbringung der Leistung des Bürgschaftsgläubigers.

Die Einstandspflicht für Gewährleistungsbürgschaften entsteht mit dem gesicherten Sekundäranspruch. Sekundäransprüche entstehen regelmäßig erst, sobald alle haftungsbegründenden Tatsachen vorliegen, üblicherweise also beim Schadenseintritt.

Sowohl Entgeltansprüche wie auch Sekundäransprüche sind in der Regel zum Zeitpunkt ihrer Entstehung auch bereits sofort fällig, so dass dies nach dem oben unter a) Gesagten auch für die korrespondierende Einstandspflicht gilt.

cc) Fälligkeit der Einstandspflicht bei Darlehensbürgschaften

Bei einer Darlehensbürgschaft ist der Darlehensrückzahlungsanspruch beginnend mit der Valutierung des Darlehens bis zum Ende des Überlassungszeitraums als betagter Anspruch einzuordnen.⁶⁶ Betagte Forderungen sind bereits entstanden aber noch nicht fällig, wobei der spätere Eintritt der Fälligkeit gewiss ist.⁶⁷ Der maßgebliche Zeitpunkt für die Entstehung des Darlehensrückzahlungsanspruchs ist nicht das Ende des durch Kündigung oder Zeitablauf beendeten Überlassungszeitraums eines Darlehensbetrages, sondern der Zeitpunkt, in dem das Darlehen erstmals valuiert. Bei Auszahlung der Darlehensvaluta ist entsprechend der Natur des Darlehens bereits sicher, dass die Rückzahlung derselben zu einem bestimmten oder noch zu definierenden Zeitpunkt in der Zukunft fällig werden wird. Andernfalls würde es sich um eine Schenkung handeln. Ein Darlehensrückzahlungsanspruch entsteht daher bei Valutierung des Darlehens, ist dann bis zur Beendigung des Überlassungszeitraums eine betagte Forderung und wird mit Beendigung des Überlassungszeitraums fällig.

Eine betagte Forderung ist bereits existent und somit ein tauglicher Anknüpfungspunkt für die Entstehung der akzessorischen Einstandspflicht des Bürgen. Bei der Bürgschaft zur Sicherung eines Darlehensrückzahlungsanspruchs entsteht die Einstandspflicht des Bürgen daher sobald der Darlehensrückzahlungsanspruch des Gläubigers der gesicherten Hauptforderung gegen den Hauptschuldner selbst entsteht, also im Zeitpunkt der Darlehensvalutierung. Die Einstandspflicht des Bürgen wird nach den oben unter a) entwickelten Grundsätzen zeitgleich mit der Hauptforderung fällig. Da der spätere Eintritt der Fälligkeit der betagten Hauptforderung mit deren Entstehung bereits gewiss ist, muss dies auch für den Eintritt der Fälligkeit der Ein-

⁶⁶ Vgl. MünchKommBGB-Berger, § 488 Rn. 43.

⁶⁷ Nerlich/Römermann-Andres, § 41 Rn. 3.

standspflicht des Bürgen gelten. Die Einstandspflicht des Bürgen für eine betagte Hauptforderung ist daher ebenfalls eine betagte Forderung. Auch die Einstandspflicht des Bürgen für einen Darlehensrückzahlungsanspruch entsteht daher bei Valutierung des Darlehens, ist bis zur Beendigung des Überlassungszeitraums eine betagte Forderung und wird mit Beendigung des Überlassungszeitraums gleichzeitig mit dem Darlehensrückzahlungsanspruch fällig.

III. Rechtsfolgen der Bürgschaftskündigung

Die Einstandspflicht des Bürgen ist ein punktueller, aus der Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis entspringendes, vorübergehendes Schuldverhältnis. Nach den unter I. dargestellten allgemeinen Kündigungsgrundsätzen ist die Einstandspflicht des Bürgen, soweit diese vor Wirksamkeit der Bürgschaftskündigung bereits fällig war, auch nach der Kündigung des zugrunde liegenden Bürgschaftsverhältnisses weiterhin existent, fällig und damit grundsätzlich für den Bürgschaftsgläubiger durchsetzbar. Üblicherweise wird eine Bürgschaftskündigung jedoch vor Fälligkeit der Einstandspflicht erfolgen. Besonders relevant ist daher, welche Wirkung die Kündigung einer Bürgschaft auf betagte oder noch nicht entstandene Einstandspflichten hat.

Angesichts der Besonderheiten des Bürgschaftsvertrages sind verschiedene Rechtsfolgen der Bürgschaftskündigung denkbar. Einigkeit herrscht in Rechtsprechung und Rechtslehre diesbezüglich lediglich darüber, dass fällige Einstandspflichten des Bürgen nach der Kündigung fortbestehen und dass nach der Kündigung keine neuen Forderungen des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner mehr von der Leistungsbereitschaft des Bürgen erfasst werden.

Im Folgenden werden zunächst die zwei wesentlichen Ansichten über die Wirkungen der Bürgschaftskündigung dargestellt. Die Vertreter der einen Ansicht gehen davon aus, dass ein Bürge durch die Bürgschaftskündigung von allen nicht fälligen Einstandspflichten befreit wird (hierzu unter 1.). Die Vertreter der anderen Ansicht sind der Überzeugung, die Bürgschaftskündigung bewirke, dass zwar keine neuen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners von der Bürgschaft erfasst werden, Einstandspflichten für bereits begründete Verbindlich-

keiten des Hauptschuldners aber bestehen bleiben (hierzu unter 2.). Im Anschluss folgt eine Auseinandersetzung mit den beiden in Rechtsprechung und Rechtslehre vertretenen Ansätzen und ein Vorschlag für erforderliche Modifikationen (hierzu unter 3.).

1. Einstandspflicht nur für fällige Bürgschaftsforderungen

Für die Bürgschaftskündigung ist ein mögliches Rechtsfolgenszenario, dass der Bürge mit Kündigung des Bürgschaftsvertrages von allen zu dem Zeitpunkt noch nicht fälligen Einstandspflichten befreit wird. In leicht abgeschwächter Form wird dies von *Stötter*⁶⁸ vertreten, der von einer vollständigen „Enthaltung“ des Bürgen nach Ablauf einer Kündigungsfrist ausgeht, sofern der Bürgschaftsgläubiger in diesem Zeitraum nicht die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung herbeiführt. Dies entspricht im Ergebnis dem Ansatz von *Westerkamp*⁶⁹, *Mormann*⁷⁰ und *Schäfer*⁷¹, die davon ausgehen, dass die gekündigte Bürgschaft wie eine Zeitbürgschaft gemäß § 777 BGB nach Ablauf der vereinbarten Laufzeit zu behandeln ist. Die Zeitbürgschaft endet zum vereinbarten Zeitpunkt mit einer vollständigen Befreiung des Bürgen von allen Einstandspflichten, wenn nicht der Bürgschaftsgläubiger zu diesem Zeitpunkt bereits die gesicherte Hauptforderung beizutreiben versucht oder dies unverzüglich in die Wege leitet und dem Bürgen anzeigt. Die vorgenannten Autoren billigen dem Bürgschaftsgläubiger somit einen gewissen Übergangszeitraum zu, in dem er den Hauptschuldner in Anspruch nehmen kann, um bei Ausfall die Einstandspflicht des Bürgen noch geltend machen zu können. Nimmt der Bürgschaftsgläubiger diese Möglichkeit nicht wahr oder ist er noch nicht berechtigt, die

⁶⁸ V.*Stötter*, DB 1968, 603, 606, der jedoch als zweite denkbare Möglichkeit die sofortige Beendigung der Bürgschaft aus wichtigem Grund mit der Rechtsfolge darstellt, dass der Bürge die bis dahin begründeten, besicherten Verbindlichkeiten des Hauptschuldners begleicht und dann frei wird. Diese zweite Alternative entspricht der unter 2. dargestellten herrschenden Meinung.

⁶⁹ *Westerkamp* (Bürgschaft und Schuldbeitritt, S. 366), der allerdings nicht von einem allgemeinen Kündigungsrecht für den Bürgen ausgeht, sondern dies nur bei vertraglicher Vereinbarung für gegeben hält.

⁷⁰ RGRK-*Mormann*, § 765 Rn. 20.

⁷¹ *Schäfer*, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 169.

Hauptforderung gegen den Hauptschuldner geltend zu machen, wird die gekündigte Bürgschaft beendet und etwaig bestehende Einstandspflichten entfallen.

2. Beschränkung der Einstandspflicht auf bereits begründete Verbindlichkeiten

Nach der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung⁷² und Rechtslehre⁷³ bewirkt eine Bürgschaftskündigung hingegen keine zeitliche Beschränkung der Bürgschaft, sondern eine „gegenständliche“⁷⁴ Beschränkung der Einstandspflicht für die bis zur Wirksamkeit der Kündigung begründeten Verbindlichkeiten des Hauptschuldners.

Die herrschende Meinung differiert bezüglich verschiedener Einzelheiten, insbesondere bei Bürgschaften für Kontokorrentdarlehen, die in **Kapitel 2** gesondert dargestellt werden.

Die Vertreter der zweiten Ansicht stellen bei der Bestimmung der nach der Bürgschaftskündigung weiterhin besicherten Verbindlichkeiten des Hauptschuldners regelmäßig darauf ab, ob diese vor Wirksamkeit der Kündigung bereits „begründet“ waren. Diese Begrifflichkeit greift den Wortlaut der Regelungen über die Nachhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters gemäß §§ 128, 160 Handelsgesetzbuch (*HGB*) auf, nach denen der ausgeschiedene Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft (oder der Komplementär einer Kommanditgesellschaft) weiterhin für diejenigen Verbindlichkeiten der Gesell-

⁷² Ständige Rspr., vgl. nur BGH, WM 1986, 95, 96; NJW 1986, 252, 253; 1985, 3007, 3008; OLG Celle, NJW-RR 1989, 548, 548; OLG Düsseldorf, NJW 1999, 3128; OLG Zweibrücken, NJW 1986, 258, 259.

⁷³ Vgl. Staudinger-Horn, § 765 Rn. 268; MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 57; Palandt-Sprau, § 765 Rn. 16; Nobbe-Nobbe, § 765 Rn. 225; Oermann, Recht der Schuldverhältnisse, § 765 Anm. 3 lit. b; Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, § 91 Rn. 501; Schimansky/Bunte/Lwowski-Lwowski, Anh. 2 zu § 91 Rn. 30; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann-Moeser, Kap. 12 Rn. 176; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 953; Bydlinski, Bürgschaft, S. 57; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, S. 45; Lwowski/Fischer/Langenbucher-Fischer, § 9 Rn. 134; Kümpel/Wittig-Federlin, Rn. 12.296; Meinhardt, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 45 f.; Derleder, NJW 1986, 97, 103 f.; Schimansky, FS Hadding, S. 1081, 1084; Stolzenburg, ZIP 1985, 1189, 1191; Schröter, WuB I F 1 a - 5.85, 553, 555 f.

⁷⁴ Terminologie des BGH, NJW 1985, 3007, 3008.

schaft akzessorisch haftet, die vor dessen Ausscheiden begründet wurden. Terminologisch wird zwischen sogenannten „Altverbindlichkeiten“ der Gesellschaft, für die ein ausgeschiedener Gesellschafter weiterhin haftet, und „Neuverbindlichkeiten“ der Gesellschaft, für die ein ausgeschiedener Gesellschafter nicht mehr haftet, unterschieden. Entsprechend verwenden auch in der Diskussion um die Rechtsfolgen der Bürgschaftskündigung viele Autoren ebenfalls das Begriffspaar „Altverbindlichkeiten“ und „Neuverbindlichkeiten“.⁷⁵

Die Vertreter der zweiten Ansicht übertragen die Grundsätze der gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung auf die Bürgschaftskündigung. Demnach berührt die Bürgschaftskündigung solche Einstandspflichten des Bürgen nicht, die sich auf zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Bürgschaftskündigung bereits begründete Forderungen des Bürgschaftsgläubigers – soweit diese inhaltlich von der Bürgschaft erfasst sind – gegen den Hauptshuldner beziehen.

Für die wesentlichen Bürgschaftstypen, und zwar Darlehensbürgschaften (hierzu unter **a**)), Mietbürgschaften (hierzu unter **b**)) und Gewährleistungsbürgschaften (hierzu unter **c**)), bedeutet dies bei konsequenter Anwendung im Einzelnen Folgendes:

a) Darlehensbürgschaften

Darlehensbürgschaften besichern – neben anderen Verbindlichkeiten – regelmäßig insbesondere Darlehensrückzahlungsansprüche. Ein Darlehensrückzahlungsanspruch entsteht zwar erst mit Valutierung des Darlehens, nach verbreiteter Ansicht wird dieser aber bereits bei Vertragsschluss begründet⁷⁶.

Für die Darlehensbürgschaft bedeutet dies nach der zweiten Ansicht, dass der Bürge für den Darlehensrückzahlungsanspruch des Bürgschaftsgläubigers auch nach der Bürgschaftskündigung noch einstehen müsste, sofern der zugrundeliegende Darlehensvertrag zum

⁷⁵ Daher spricht beispielsweise MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 57, auch davon, dass der Bürge nach einer Bürgschaftskündigung für „Altverbindlichkeiten“ haftet.

⁷⁶ Staub-Habersack, § 128 Rn. 64; MünchKommHGB-K.Schmidt, § 128 Rn. 50; Hunke, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, S. 46; aA Baumbach/Hopt-Roth, § 128 Rn. 30.

Zeitpunkt der Wirksamkeit der Bürgschaftskündigung bereits abgeschlossen war; auf den Zeitpunkt der Valutierung des Darlehens käme es demnach nicht an.

b) Mietbürgschaften

Mietbürgschaften besichern regelmäßig Mietforderungen und etwaige Schadensersatzansprüche des Vermieters. In einem Mietverhältnis werden alle zukünftigen Mietforderungen bereits bei Vertragsschluss begründet.⁷⁷ Auch mietrechtliche Schadensersatzansprüche, die das Integritätsinteresse betreffen, werden bereits bei Vertragsschluss begründet.⁷⁸

Für die Mietbürgschaft bedeutet dies nach der zweiten Ansicht, dass der Bürge für alle zukünftigen Mietzahlungsansprüche und Schadensersatzansprüche des Bürgschaftsgläubigers einstehen müsste, sofern der zugrundeliegende Mietvertrag zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Bürgschaftskündigung bereits abgeschlossen war.

c) Gewährleistungsbürgschaften

Gewährleistungsansprüche werden bereits mit dem Abschluss des zugrundeliegenden primären Vertragsverhältnisses begründet. Ein Sekundäranspruch wird nicht durch den Eintritt seiner Voraussetzungen erzeugt, sondern ist bereits in der Primärverpflichtung angelegt.⁷⁹ Dies gilt nicht nur für Schadensersatzansprüche, die an die Stelle der Pri-

⁷⁷ RGZ 86, 60, 61; 140, 10, 12; BGH, NJW 2002, 2170, 2171; 1962, 536 (für Depotvertrag); MünchKommHGB-K.Schmidt, § 128 Rn. 50.

⁷⁸ Vgl. Staub-Habersack, § 128 Rn. 68; MünchKommHGB-K.Schmidt, § 128 Rn. 51; Schlegelberger-K.Schmidt, § 128 Rn. 52; Hunke, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, S. 58 mwN.

⁷⁹ Vgl. RGZ 125, 417, 419; 140, 10, 14; BGH, NJW 1992, 536, 537; 1967, 2203, 2204; MünchKommHGB-K.Schmidt, § 128 Rn. 51; Schlegelberger-K.Schmidt, § 128 Rn. 52; Staub-Habersack, § 128 Rn. 68; aA noch RGZ 65, 26, 28 f.

märleistung treten, sondern auch für solche, die neben dieser bestehen, wie der Schadensersatz für Schlechtleistung⁸⁰ oder Verzug⁸¹.

Für die Gewährleistungsbürgschaft bedeutet dies nach der zweiten Ansicht, dass der Bürge für alle Gewährleistungsansprüche des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner einstehen müsste, sofern das zugrundeliegende primäre Vertragsverhältnis zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Bürgschaftskündigung bereits abgeschlossen war.

3. Stellungnahme

Zunächst folgt eine Auseinandersetzung mit der oben unter **1.** dargestellten ersten Ansicht betreffend die Rechtsfolgen der Bürgschaftskündigung (hierzu unter **a**). Im Hinblick auf die oben unter **2.** dargestellte Ansicht wird dann diskutiert, warum die gegenständliche Beschränkung der Einstandspflichten des Bürgen für die bis zur Wirksamkeit der Kündigung entstandenen Verbindlichkeiten gegenüber der Beschränkung auf die begründeten Verbindlichkeiten vorzugswürdig ist und dargelegt, dass dies zu interessengerechteren Lösungen führt (hierzu unter **b**). Die Möglichkeit, eine Bürgschaftskündigung auszusprechen, ist nicht davon abhängig, ob die Bürgschaftskündigung zu einer tatsächlichen Besserstellung des Bürgen führt. Sie kann vielmehr ausnahmslos immer erklärt werden, sofern ihre Voraussetzungen vorliegen (hierzu unter **c**).

a) Zeitliche Beschränkung der Bürgschaft nicht sachgemäß

Die oben unter **1.** dargestellte erste Ansicht, nach der die Kündigung einer Bürgschaft dazu führt, dass der Bürge nach einem gewissen Zeitablauf auch von bereits entstandenen Einstandspflichten frei wird, ist abzulehnen. Dies würde dazu führen, dass ein Bürgschaftsgläubiger immer fürchten müsste, rückwirkend ungesichert zu sein.

⁸⁰ Vgl. Staub-Habersack, § 128 Rn. 68; MünchKommHGB-K.Schmidt, § 128 Rn. 51; Schlegelberger-K.Schmidt, § 128 Rn. 52; Hunke, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, S. 58 mwN.

⁸¹ Vgl. Staub-Habersack, § 128 Rn. 68; Hunke, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, S. 58 mwN.

Die Umstände, die zu einer Bürgschaftskündigung berechtigen, begründen nicht immer auch ein Recht zur sofortigen Fälligstellung der gesicherten Hauptforderung, was bei Zugrundelegung der ersten Ansicht aber zwingende Voraussetzung für den Erhalt der Einstandspflicht des Bürgen wäre. Wenn der Bürgschaftsgläubiger bei Kündigung der Bürgschaft nicht gleichzeitig berechtigt ist, die gesicherte Hauptforderung gegen den Hauptschuldner geltend zu machen, führt dies für den Bürgschaftsgläubiger zum Verlust des Bürgen als Ausfallschuldner. Ohne die Zusicherung des Bürgen, im Sicherungsfall für die Erfüllung der gesicherten Hauptforderung einzustehen, hätte der Bürgschaftsgläubiger sich aber regelmäßig nicht darauf eingelassen, die Vertragsbeziehung mit dem Hauptschuldner einzugehen. Ein Bürgschaftsgläubiger wäre in der Konsequenz faktisch gezwungen, sich in jedem durch Bürgschaft besicherten Vertrag ein Sonderkündigungsrecht für den Fall der Bürgschaftskündigung auszubedingen. Unter diesen Umständen wäre der mit Bürgschaft besicherte Vertrag für den Hauptschuldner aber keine verlässliche Basis mehr für möglicherweise große Investitionen, da stets das Damoklesschwert einer Zahlungsunfähigkeit für den Fall der Bürgschaftskündigung und damit einhergehender sofortiger Fälligstellung der gesicherten Hauptforderung über ihm schweben würde. Die Bürgschaft würde damit jedenfalls als Sicherheit im Bankverkehr *ad absurdum* geführt. In Bezug auf die bereits entstandenen Einstandspflichten des Bürgen muss daher das Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Beendigungsinteresse des Bürgen überwiegen. Die Behandlung einer gekündigten Bürgschaft als Zeitbürgschaft ist weder interessengerecht noch praktikabel.

b) Entstehungszeitpunkt von Einstandspflichten als richtiger Bezugspunkt der gegenständlichen Beschränkung der Bürgschaftsschuld

Der oben unter **2.** dargestellten herrschenden Ansicht ist nur teilweise zuzustimmen. Die Bürgschaftskündigung führt in der Regel nicht zu einer Aufhebung bereits entstandener Einstandspflichten des Bürgen, sondern lediglich zu einer gegenständlichen Beschränkung der Leistungspflichten des Bürgen für die Zukunft. Für die Frage, welche For-

derungen des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner auch nach der Bürgschaftskündigung besichert sind, kommt es jedoch nicht darauf an, ob diese zum Zeitpunkt der Bürgschaftskündigung bereits begründet waren, sondern vielmehr darauf, ob die korrespondierenden Einstandspflichten des Bürgen bereits entstanden waren. Der Begründungszeitpunkt von Einstandspflichten kann zeitlich weit vor deren Entstehung liegen (hierzu unter **aa**). Begründete Einstandspflichten sind nur bei entsprechender Vereinbarung vom Bürgschaftsversprechen umfasst (hierzu unter **bb**).

aa) Entstehung von Einstandspflichten im Bürgschaftsverhältnis

Die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses wirkt unmittelbar nur auf die Leistungspflichten ein, die über das den Dauerschuldcharakter prägende Zeitelement verfügen. Der Leistungszeitraum wird im Hinblick auf die Zukunft abgeschlossen und *ex nunc* beendet. Die *ex nunc*-Wirkung der Kündigung vermag das Schuldverhältnis nur für die Zukunft und nicht für die Vergangenheit zu verändern. Für den Zeitraum vor der Kündigung besteht die Leistungsbereitschaft des Bürgen daher weiterhin fort. Das Ende eines Unterlassungsvertrages führt beispielsweise nicht dazu, dass die untersagte Handlung für die Vergangenheit erlaubt ist, sondern bewirkt lediglich, dass diese in Zukunft nicht mehr vertragswidrig ist und bei der Beendigung eines Gebrauchsüberlassungsvertrags besitzt der Vertragspartner (beispielsweise ein Mieter) die überlassene Sache nach Vertragsende nicht plötzlich für die Vergangenheit rechtgrundlos.

Im Hinblick auf die aus einem Dauerschuldverhältnis entsprungenen „vorübergehenden Schuldverhältnisse“ gilt, dass zum Zeitpunkt der Beendigung des Vertrags bereits entstandene punktuell zu erfüllende Forderungen auch nach der Kündigung weiterbestehen, unabhängig davon, ob sie bereits fällig oder noch betagt sind. Bereits entstandene punktuell zu erfüllende Forderungen sind auch nach der Beendigung des zugrundeliegenden Dauerschuldverhältnisses zu erfüllen, sofern sie noch fällig werden. Neue Primärleistungspflichten können aus einem beendeten Dauerschuldverhältnis ohne diesbezügliche Einigung der Parteien jedoch nicht mehr entstehen. Etwas anderes gilt für

Sekundäransprüche, die auch noch aus einem durch Kündigung beendeten Dauerschuldverhältnis entstehen können, beispielsweise wenn der auf einer Pflichtverletzung beruhende Schaden erst nach der Kündigung eintritt.

Für die Rechtsfolge der Bürgschaftskündigung bedeutet dies Folgendes:

Die Bereitschaft des Bürgen, im Sicherungsfall für Verbindlichkeiten des Hauptschuldners einzustehen, besteht für den Zeitraum zwischen Abschluss und Beendigung des Bürgschaftsvertrages. Mit Wirksamwerden der Bürgschaftskündigung endet diese Leistungsbereitschaft des Bürgen. Nach der Kündigung entstehende (oder begründete) Verbindlichkeiten des Hauptschuldners sind von der Leistungsbereitschaft des Bürgen daher nicht mehr umfasst.

Die konkrete Einstandspflicht des Bürgen selbst ist kein Dauerschuldverhältnis, sondern ein „vorübergehendes Schuldverhältnis“, das durch eine Kündigung nicht umgestaltet werden kann. Potentielle Einstandspflichten des Bürgen bestehen daher nach der Kündigung fort, wenn auch die gesicherte Hauptforderung bereits vor Wirksamkeit der Bürgschaftskündigung entstanden war.

Einstandspflichten, die zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Bürgschaftskündigung bereits fällig sind, bleiben unabhängig von der Kündigung des Bürgschaftsverhältnisses bestehen. Schon entstandene aber noch betagte Einstandspflichten bleiben von der Kündigung ebenfalls unberührt und werden mit der Hauptforderung fällig. Für Ansprüche des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner, die vor dem Wirksamwerden der Bürgschaftskündigung zwar begründet aber noch nicht entstanden sind, existiert zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung noch keine korrespondierende Einstandspflicht des Bürgen. Bei der gebotenen strengen Anwendung der Akzessorietätsgrundsätze ergeben sich unter dieser Prämisse für die wesentlichen Bürgschaftstypen, also Darlehensbürgschaften (hierzu unter (1)), Mietbürgschaften (hierzu unter (2)) und Gewährleistungsbürgschaften (hierzu unter (3)), daher die folgenden Rechtsfolgen einer Bürgschaftskündigung:

(1) Darlehensbürgschaften

Bei der Darlehensbürgschaft bezieht sich die Leistungsbereitschaft des Bürgen in der Regel auf Darlehensrückzahlungsansprüche. Ein Darlehensrückzahlungsanspruch entsteht mit der Valutierung des Darlehens, so dass ab diesem Zeitpunkt auch die kündigungsunabhängige Einstandspflicht des Bürgen zur Entstehung gelangt. Bei wirksamer Bürgschaftskündigung nach dem Abschluss eines Darlehensvertrages zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgschaftsgläubiger, aber vor der Auskehrung der Darlehensvaluta, besteht für den Bürgen zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Bürgschaftskündigung daher – anders als nach der unter 2. dargestellten herrschenden Ansicht – keine Einstandspflicht des Bürgen für den Darlehensrückzahlungsanspruch, auch wenn die Auszahlung des Darlehensbetrages nach Wirksamwerden der Bürgschaftskündigung noch erfolgt.

(2) Mietbürgschaften

Bei der Mietbürgschaft entsteht die Leistungsbereitschaft des Bürgen bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages. Die aus dem Bürgschaftsverhältnis entspringenden Einstandspflichten des Bürgen entstehen aber jeweils erst mit der Existenz des gesicherten Anspruchs aus dem Mietverhältnis. Der Mietzahlungsanspruch des Vermieters entsteht für jede Monatsmiete am Monatsanfang, da der Mieter in der Regel gemäß §§ 556 b Abs. 1, 579 BGB vorleistungspflichtig ist. Bei Abschluss eines Mietvertrages sind alle zukünftigen Mietforderungen aufschiebend bedingte Forderungen, die erst bei Bedingungseintritt,⁸² das heißt dem Beginn des jeweiligen Überlassungszeitraums, entstehen. Für den Zeitraum nach Wirksamkeit der Bürgschaftskündigung sind Mietforderungen und die korrespondierenden Einstandspflichten des Bürgen daher noch nicht entstanden.

Schadensersatzansprüche des Vermieters führen zu einer Entstehung von Einstandspflichten des Bürgen, soweit sie vor der Wirksamkeit der Bürgschaftskündigung entstanden sind. Das ist bei den in Betracht

⁸² Vgl. MünchKommBGB-Grothe, § 199 Rn. 6.

kommenden Schadensersatzansprüchen gemäß § 280 Abs. 1 BGB⁸³ regelmäßig beim ersten Schadenseintritt der Fall.⁸⁴

(3) Gewährleistungsbürgschaften

Bei der Gewährleistungsbürgschaft ist die Art des Schadensersatzes ausschlaggebend dafür, wann die gesicherte Hauptforderung und parallel dazu die Einstandspflicht des Bürgen entsteht. Schadensersatzansprüche für Schäden, die das Integritätsinteresse betreffen, entstehen regelmäßig beim Schadenseintritt.⁸⁵ Schäden, die das Äquivalenzinteresse betreffen, begründen oft erst nach einer Fristsetzung⁸⁶ einen Zahlungsanspruch, so dass dieser auch erst mit Ablauf dieser Frist erwächst.⁸⁷

Wenn zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Bürgschaftskündigung also noch kein Schadensfall in dem besicherten Schuldverhältnis eingetreten ist, sind auch diesbezügliche Einstandspflichten noch nicht entstanden.

bb) Begründete Ansprüche des Bürgschaftsgläubigers nur bei entsprechender Vereinbarung vom Bürgschaftsversprechen umfasst

In Bezug auf bereits entstandene Einstandspflichten des Bürgen führt eine Bürgschaftskündigung nicht zu deren Erlöschen und wenn diese noch mit der gesicherten Hauptforderung fällig werden, bleibt der Bürge im Sicherungsfall einstandspflichtig.

⁸³ Vgl. *Langenberg/Zehlein*, Schönheitsreparaturen, II. Teil Rn. 114.

⁸⁴ Vgl. *MünchKommBGB-Grothe*, § 199 Rn. 9; *MünchKommBGB-Ernst*, § 280 Rn. 45.

⁸⁵ Vgl. *Staudinger-Peters/Jakoby*, § 199 Rn. 23.

⁸⁶ So zum Beispiel bei Ansprüchen gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 i. V. m. § 281 oder § 283 oder § 311 a Abs. 2 BGB, oder §§ 634 Nr. 2, 637 BGB.

⁸⁷ *Staudinger-Peters/Jakoby*, § 199 Rn. 24; *MünchKommBGB-Ernst*, § 280 Rn. 45 und § 281 Rn. 170; für eine Entstehung eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung erst mit dessen Geltendmachung, vgl. *Staudinger-Schwarze*, § 281 Rn. D17; für die Entstehung eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung bereits mit der Entstehung des Primäranspruchs vgl. *MünchKommBGB-Grothe*, § 199 Rn. 24; *Palandt-Ellenberger*, § 199 Rn. 15.

Die herrschende zweite Ansicht stellt aber nicht auf den Entstehungszeitpunkt der gesicherten Forderung (und damit gleichzeitig auch der Einstandspflicht) ab, sondern auf deren Begründung. Mag die Begründung einer Forderung manchmal auch mit deren tatsächlicher Entstehung zusammenfallen, so gilt dies nicht für die Art von Ansprüchen, die typischerweise durch Bürgschaften besichert werden, nämlich insbesondere Darlehensrückzahlungsansprüche, Mietforderungen und Gewährleistungsansprüche. Für diese fällt der Zeitpunkt ihrer Begründung mit dem Abschluss des zugrunde liegenden Dauerschuldverhältnisses, also dem Darlehens- oder Mietvertrag beziehungsweise dem Vertrag, auf den die Gewährleistungsansprüche bezogen sind, zusammen.⁸⁸ Der Entstehungszeitpunkt dieser Forderungen liegt teilweise deutlich nach dem Vertragsschluss und damit deren Begründung.

Als akzessorisches Sicherungsmittel kann eine Bürgschaft sich nur auf bereits entstandene Verbindlichkeiten beziehen. Etwas anderes gilt, wenn eine Bürgschaft im Wege der Akzessorietätslockerung gemäß § 765 Abs. 2 BGB für zukünftige oder bedingte Verbindlichkeiten abgegeben wurde. Grundsätzlich ist es also durchaus möglich, dass die Leistungsbereitschaft des Bürgen für den Zeitraum vor dem Wirksamwerden der Bürgschaftskündigung – die auch nach Beendigung der Bürgschaft für die Vergangenheit fortbesteht – die Entstehung von Einstandspflichten für zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung erst begründete aber noch nicht entstandene Verbindlichkeiten des Hauptschuldners umfassen soll. In diesem Fall würden die Einstandspflichten des Bürgen zwar erst nach Beendigung der Bürgschaft entstehen, wären aber von der für den Zeitraum vor dem Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung weiterhin fortbestehende Leistungsbereitschaft des Bürgen erfasst.

Die entscheidende Frage muss daher sein, ob die Bürgschaftsparteien bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages vereinbart haben, dass die Leistungsbereitschaft des Bürgen auch solche Forderungen des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner umfassen soll, die zum Zeitpunkt der Beendigung des Bürgschaftsvertrages lediglich begründet sind und erst später zur Entstehung gelangen. Bei einer fehlenden

88 Staub-Habersack, § 128 Rn. 65; Oetker-Boesche, § 128 Rn. 55.

vertraglichen Regelung hierzu ist der Parteiwille durch Auslegung zu ermitteln. Anders als die gesellschaftsrechtliche Nachhaftung gemäß §§ 128, 160 HGB ist die Einstandspflicht des Bürgen nämlich vertraglicher Natur und damit durch den Rechtsbindungswillen der Bürgschaftsparteien definiert.

Ein Vertrag ist gemäß §§ 133, 157 BGB so auszulegen, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Regelungslücken sind entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu schließen.⁸⁹ Hierbei ist darauf abzustellen, welche Regelung die Parteien im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten.⁹⁰ Für die Auslegung der Reichweite der Leistungsbereitschaft des Bürgen sind der Anlass der Bürgschaft und die Umstände des Vertragsschlusses zu berücksichtigen sowie die konkrete Ausgestaltung der Sicherungszweckabrede. Sollte die Auslegung zu keinem Ergebnis für die Behandlung von begründeten aber noch nicht entstandenen Einstandspflichten des Bürgen bei Beendigung der Bürgschaft führen, ist diese Regelungslücke unter Abwägung der Parteiinteressen zu schließen.

Für Gewährleistungsbürgschaften dürfte regelmäßig schon keine Regelungslücke vorliegen, da bereits der Zweck der Bürgschaft voraussetzt, dass die Bürgschaft auch solche zukünftigen Ansprüche des Bürgschaftsgläubigers erfassen soll, die erst nach einer etwaigen Beendigung der Bürgschaft entstehen. Gewährleistungsfälle zeigen sich möglicherweise erst Jahre nach Abgabe des Bürgschaftsversprechens, da insbesondere Baumängel häufig erst nach sehr langer Zeit zu einem Schadenseintritt führen. Hier würde der Bürgschaftszweck *ad absurdum* geführt, wenn der Bürge sich einer etwaigen Einstandspflicht für Gewährleistungsfälle durch eine Kündigung der Bürgschaft innerhalb der Gewährleistungsfrist entziehen könnte.

Bei anderen Bürgschaftstypen sind für eine Auslegung der Reichweite der Leistungsbereitschaft des Bürgen regelmäßig das Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers und das Interesse des Bürgen an

⁸⁹ Vgl. Prütting/Wegen/Weinreich-Brinkmann, § 157 Rn. 15, 24, 26 mwN.

⁹⁰ BGH, NJW 2012, 1348, 1349, NJW-RR 1990, 817, 819 (jeweils mwN).

einer möglichst begrenzten Einstandspflicht gegeneinander abzuwägen, wobei das Verhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner und damit der Anlass der Bürgschaft hierbei ebenfalls eine Rolle spielen kann.

Betreffend die Rechtsfolgen der Bürgschaftskündigung geht die herrschende Ansicht davon aus, dass die Interessenlage zwischen Bürgschaftsgläubiger und Bürgen vergleichbar ist mit der zwischen den Gläubigern einer Gesellschaft und einem ausgeschiedenen Gesellschafter, da die Grundsätze der gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung wie selbstverständlich auf die Bürgschaftskündigung angewendet werden. Dieser Ansatz vermag jedoch nicht zu überzeugen. Es mag im Falle des ausgeschiedenen Gesellschafters gerechtfertigt sein, eine besonders umfassende Haftung auch für solche Verbindlichkeiten zu konstruieren, die zum Zeitpunkt seines Ausscheidens zwar noch nicht entstanden, aber bereits begründet waren. Der ausgeschiedene Gesellschafter hat zum einen mittelbar an den Gewinnen der Gesellschaft partizipiert und hatte für den Zeitraum, in dem er Gesellschafter war, zumindest grundsätzlich auch Einwirkungsmöglichkeiten hinsichtlich der Vertragsabschlüsse der Gesellschaft. Der Bürge hingegen bekommt – jedenfalls vom Bürgschaftsgläubiger – keine Gegenleistung für seine Leistungsbereitschaft und kann in der Regel nicht lenkend auf die Geschäfte des Hauptschuldners einwirken. Dem Risiko des Bürgschaftsgläubigers, rückwirkend ungesichert zu sein, sollte nicht auf der Ebene der Rechtsfolgen der Bürgschaftskündigung begegnet werden, sondern vielmehr bereits bei Bestimmung der Kündigungs voraussetzungen. Die Fristen für eine ordentliche Bürgschaftskündigung sind zum Beispiel regelmäßig so zu bemessen, dass der Bürgschaftsgläubiger sich gegebenenfalls noch vor Wirksamkeit der Bürgschaftskündigung von den Vertragsbindungen zum Hauptschuldner lösen kann.

Im Einzelfall mag es daher angemessen sein, das Bürgschaftsversprechen des Bürgen so auszulegen, dass zukünftige Forderungen des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner, die zum Zeitpunkt der Beendigung der Bürgschaft bereits begründet waren, aber noch keine Einstandspflicht des Bürgen zur Entstehung gebracht haben, auch nach Beendigung der Bürgschaft noch von der Leistungsbereitschaft des Bürgen erfasst sein sollten.

Ohne konkrete Anhaltspunkte wird eine Einstandspflicht für zukünftig noch entstehende Ansprüche des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner – auch wenn diese zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung bereits begründet sind – im Zweifel jedoch nicht gewollt sein. Das Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers gebietet hier auch keine andere Auslegung des Bürgschaftsversprechens, sondern bedingt vielmehr die Bemessung etwaig einzu haltender Kündigungsfristen.

c) Zulässigkeit der Bürgschaftskündigung unabhängig von deren konkreter Wirkung

Die Kündigung ist wegen des zwingenden Dauerschuldcharakters der Bürgschaft zwar das adäquate Beendigungsinstrument für die Bürgschaft, sofern keine Sonderkonstellationen vorliegen, die den Rücktritt, Widerruf oder die Anfechtung erlauben.⁹¹ Sie vermag jedoch nicht in jedem Fall auch zu einer tatsächlichen Verbesserung der Rechtsstellung des Bürgen zu führen. Bei Bürgschaften für einzelne und nicht erweiterbare Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, deren Umfang von vornherein feststeht, kann die einmal entstandene Einstandspflicht des Bürgen nicht mehr durch eine Kündigung beseitigt werden. Zwar ist eine Kündigung in einem solchen Fall auch möglich, entfaltet in tatsächlicher Hinsicht aber keine rechtliche Wirkung. Nicht überzeugend ist es, für diese Art der Bürgschaften die Möglichkeit einer Kündigung generell zu versagen.⁹² Der Umstand, dass eine Kündigung nicht geeignet ist, den Bürgen von seiner Einstandspflicht zu befreien, ist eine von der grundsätzlichen Möglichkeit der Kündigung zu trennende Frage.

Sobald zwischen dem Bürgen und dem Bürgschaftsgläubiger eine weite Sicherungszweckabrede existiert, hat der Bürge ein großes Interesse an der Kündbarkeit der Bürgschaft, da die Einstandspflichten des

⁹¹ Unrichtig ist daher die vielfach wiederholte Feststellung, dass Bürgschaften mangels anderer Vereinbarungen gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger grundsätzlich nicht kündbar seien (vgl. nur Staudinger-Horn, § 765 Rn. 264; Derleder, NJW 1986, 97, 101 jeweils mwN), es gilt vielmehr das Gegenteil.

⁹² So aber Meinhardt (Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 32 f.), obwohl er den Dauerschuldcharakter auch bei Bürgschaften für Verbindlichkeiten mit festgelegtem Umfang anerkennt.

Bürgen ansonsten bei erneuter Darlehensgewährung an den Hauptschuldner ausgeweitet werden könnten.⁹³ Gerade bei Streitigkeiten über die Wirksamkeit einer weiten Sicherungszweckabrede, die manifizierte rechtliche Schwierigkeiten aufwirft,⁹⁴ oder bei anderen Streitigkeiten über den Umfang der Bürgschaftsverpflichtung, kann ein Bedürfnis für eine Bürgschaftskündigung bestehen, deren Zulässigkeit nicht von der Bewertung einzelner, möglicherweise streitiger Vertragsmodalitäten abhängen sollte. Im Übrigen kann sich die Kündigung einer Bürgschaft auf das Innenverhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner dergestalt auswirken, dass dem Bürgen nach der Bürgschaftskündigung auch ein Kündigungsrecht im Rechtsverhältnis zum Hauptschuldner zusteht, was wiederum einen Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner begründen kann.⁹⁵

C. Voraussetzungen der Bürgschaftskündigung

Bürgschaftsverträge sind gemäß § 314 BGB außerordentlich (hierzu unter I.) und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch ordentlich kündbar (hierzu unter II.), wenn die jeweiligen Voraussetzungen vorliegen.

I. Außerordentliche Kündigung

Gemäß § 314 BGB sind Dauerschuldverhältnisse bei Vorliegen eines wichtigen Grundes außerordentlich kündbar.⁹⁶ Bürgschaftsverträge

93 Hier erkennt auch *Meinhardt* (Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 34) das Bedürfnis und die Möglichkeit einer Kündigung an.

94 Vgl. dazu die umfassende Darstellung bei *Derleder/Knops/Bamberger-Knops*, § 27 Rn. 21 ff.

95 Siehe unten **Kapitel 4**.

96 Gegen eine Anwendbarkeit von § 314 BGB im Bürgschaftsrecht, vgl. *Staudinger-Horn*, § 765 Rn. 265 und Vorb. zu §§ 765-778 Rn. 15, der zum einen überhaupt nur Bürgschaften für zukünftig entstehende Forderungen für außerordentlich kündbar erachtet und zum anderen auch dies nur nach § 314 BGB analog, da er dem Bürgschaftsverhältnis den Dauerschuldverhältnischarakter grundsätzlich abspricht.

sind immer auch Dauerschuldverhältnisse⁹⁷ und das Bürgschaftsrecht enthält keine spezialgesetzlichen Kündigungsvorschriften. Das allgemeine Recht zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 314 BGB ist daher uneingeschränkt auf Bürgschaften anwendbar.

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung einer Bürgschaft ist nicht beschränkbar und gilt unabhängig von der Ausgestaltung der Bürgschaft oder der gesicherten Hauptforderung (hierzu unter 1.). Eine außerordentliche Bürgschaftskündigung setzt das Vorliegen eines wichtigen Grundes (hierzu unter 2.) sowie eine Kündigungserklärung (hierzu unter 3.) voraus. Eine außerordentliche Bürgschaftskündigung beendet das Bürgschaftsverhältnis immer fristlos und ohne die Einhaltung von Kündigungs-, Warte- oder Auslauffristen (hierzu unter 4.).

1. Unabdingbarkeit des Rechts zur außerordentlichen Kündigung

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 314 BGB ist im Kern zwingendes Recht und weder durch allgemeine Geschäftsbedingungen⁹⁸ noch durch Individualvereinbarungen⁹⁹ abdingbar. Da eine außerordentliche Kündigung überhaupt nur bei Unzumutbarkeit der Fortführung des Dauerschuldverhältnisses zulässig ist, wäre ihr formalmäßiger Ausschluss gemäß § 307 BGB unangemessen und der individualvertragliche gemäß § 242 BGB treuwidrig.¹⁰⁰

Eine außerordentliche Kündigung von Bürgschaftsverträgen ist grundsätzlich immer möglich, unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Bürgschaft oder des gesicherten Schuldverhältnisses. Es kommt insbesondere nicht darauf an, ob die gesicherte Hauptforderung¹⁰¹ oder der Bürgschaftsvertrag¹⁰² selbst befristet oder unbefristet

⁹⁷ Siehe oben unter A.II.

⁹⁸ BGH, ZIP 1986, 919, 920.

⁹⁹ Palandt-Grüneberg, § 314 Rn. 3 unter Hinweis auf Palandt-Weidenkaff, § 626 Rn. 2.

¹⁰⁰ BGH, ZIP 1986, 919, 920 f. mwN.

¹⁰¹ Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 27 Rn. 81.

¹⁰² Vgl. BGH, BB 1959, 866, 866; MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 56; E/B/J/S-Füller, Rn. IV 597; Erman-Herrmann, § 765 Rn. 8; NoKoBGB-Beckmann, § 765 Rn. 71; aA Staudinger-Horn, § 765 Rn. 265, und Kümpel/Wittig-Federlin, Rn. 12.295, wobei letzterer jedoch nicht zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Bürgschaftskündigung unterscheidet.

sind. Die Einordnung von Verträgen als Dauerschuldverhältnis hängt nicht von einem unbefristeten Leistungsaustausch ab.¹⁰³ Die verbreitete Ansicht¹⁰⁴, dass nicht nur die ordentliche, sondern auch die außerordentliche Kündigung eines Bürgschaftsvertrages ausgeschlossen sei, wenn diese zur Sicherung von Forderungen aus einem befristeten Mietvertrag gestellt wurde, ist daher uneingeschränkt abzulehnen. Die Beschränkung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 314 BGB ist auch bei einer Bürgschaft für Forderungen aus einem befristeten Mietvertrag weder ausdrücklich noch konkludent zulässig. Die ordentliche Kündigung einer Bürgschaft für befristete Schuldverhältnisse ist demgegenüber regelmäßig ausgeschlossen.¹⁰⁵

2. Wichtiger Grund

Voraussetzung der außerordentlichen Kündigung ist gemäß § 314 Abs. 1 S. 1 BGB das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses liegt gemäß § 314 Abs. 1 S. 2 BGB vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes kann daher nicht pauschal beurteilt werden und ist immer Ergebnis einer umfassenden Einzelfallabwägung.

Für die Bürgschaftskündigung sind durch Rechtsprechung und Rechtslehre Fallgruppen herausgebildet worden, bei denen das Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Regel bejaht wird.

¹⁰³ Im Hinblick auf den Zeitmietvertrag vgl. MünchKommBGB-Häublein, § 575 Rn. 4.

¹⁰⁴ So KG, ZMR 2007, 961, 961; Palandt-Sprau, § 765 Rn. 16; Wolf/Eckert/Ball, Hdb.MR, Rn. 811; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann-Moeser, Kap 12 Rn. 174; Bub/Kraemer-von der Osten, Kap III.A Rn. 2157, der diesbezüglich jedoch nicht zwischen der ordentlichen und der außerordentlichen Bürgschaftskündigung differenziert; offen gelassen in OLG Düsseldorf, NZM 1999, 620, 621; bzgl. der strukturell vergleichbaren Konstellation von Bürgschaften für Kredite mit festen Laufzeiten wohl auch Derleder/Bartels, FuR 1995, 224, 225, 227.

¹⁰⁵ Siehe unten unter II.1.c).

Eine besondere Relevanz haben die folgenden fünf Fallgruppen:

- Die erhebliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners,¹⁰⁶
- das Ausscheiden aus der Gesellschaft, für deren Schuld der Bürge sich aus Anlass seiner gesellschaftsrechtlichen Verbindung zu der Gesellschaft verbürgt hat,¹⁰⁷
- die Ehescheidung bei akzessorischen Sicherheiten für Verbindlichkeiten des Ehepartners, sofern die Ehe Anlass für die Bestellung der Sicherheiten war,¹⁰⁸
- der Eintritt in eine Personengesellschaft, für deren Verbindlichkeiten sich der Eintretende verbürgt hatte, sofern die Gesellschafterstellung eine unbegrenzte persönliche Haftung begründet¹⁰⁹ und
- die weitgehende Tilgung der durch die Bürgschaft gesicherten Verbindlichkeit des Hauptschuldners, wenn der Bürge sich davor schützen möchte, dass neue Verbindlichkeiten begründet werden, die unter die Sicherungsabrede fallen.¹¹⁰

Richtigerweise ist auch die Abberufung eines Geschäftsführers, der sich für Verbindlichkeiten der von ihm geführten Gesellschaft verbürgt hat (im Folgenden auch „Geschäftsführerbürge“) als Fallgruppe für das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung der Bürgschaft des Geschäftsführerbürgen anzusehen.¹¹¹

¹⁰⁶ Vgl. BGH, NJW-RR 1993, 944, 945; OLG Düsseldorf, NZM 1999, 620, 621; MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 56; Nobbe-Nobbe, § 765 Rn. 221; Schimansky, FS Hadding, S. 1081, 1083.

¹⁰⁷ BGH, NJW 1986, 252, 253; OLG Celle, NJW-RR 1989, 548, 548; OLG Zweibrücken, NJW 1986, 258, 259; Staudinger-Horn, § 765 Rn. 265; E/B/J/S-Füller, Rn. IV 597; Nobbe-Nobbe, § 765 Rn. 220; Meinhardt, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 89 ff.; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, S. 44; Lwowski/Fischer/Langenbucher-Fischer, § 9 Rn. 133; aA Bydlinski (Bürgschaft, S. 58 ff.), der nur eine ordentliche Kündigung für zulässig hält; im Gegensatz dazu hält Stolzenburg (ZIP 1985, 1189, 1191) sogar eine automatische Enthaftung bei Kenntnis des Bürgschaftsgläubigers vom Ausscheiden im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung für möglich, allerdings erst nach einer Auslaufrist.

¹⁰⁸ So BGH, NJW 2003, 61, 62 für die Verpfändung; Nobbe-Nobbe, § 765 Rn. 220.

¹⁰⁹ BGH, NJW 1986, 2308, 2309; Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 27 Rn. 81.

¹¹⁰ BGH, NJW 1994, 1656, 1657; 1986, 2308, 2309.

¹¹¹ Vgl. auch Meinhardt, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 113; anders aber BGH, Urteil v. 20. Juli 2011, Az. XII ZR 155/09, S. 6 f.

3. Kündigungserklärung

Wie bei jeder Kündigung ist auch für die außerordentliche Bürgschaftskündigung die Abgabe einer Kündigungserklärung gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger erforderlich. Eine solche Kündigungserklärung kann auch konkludent ausgesprochen werden, sofern der Sinngehalt der Erklärung in der jeweils vorliegenden Sachverhaltskonstellation zweifelsfrei ist (hierzu unter a)). Nach einer in Rechtsprechung und Rechtslehre vertretenen Ansicht kann eine Kündigungserklärung sogar gänzlich entbehrlich sein, da in bestimmten Sachverhaltskonstellationen eine automatische gegenständliche oder zeitliche Beschränkung der Bürgschaft eintrete (hierzu unter b)). Die Möglichkeit einer automatischen gegenständlichen oder zeitlichen Beschränkung von Bürgschaften ist jedoch – jedenfalls bei gleichzeitigem Vorliegen eines außerordentlichen Kündigungsgrundes – abzulehnen (hierzu unter c)).

a) Möglichkeit einer konkludenten Kündigungserklärung

Bei Vorliegen eines der anerkannten außerordentlichen Kündigungsgründe wird der Beendigungswille des Bürgen für den Bürgschaftsgläubiger bereits dann unmissverständlich erkennbar sein, wenn der Bürge dem Bürgschaftsgläubiger die tatsächlichen Umstände mitteilt, die ihn zur außerordentlichen Kündigung berechtigen. Aus diesem Grund ist jedenfalls dann, wenn der Bürgschaftsgläubiger von einem

- Gesellschafter, der sich für Verbindlichkeiten seiner Gesellschaft verbürgt hat (im Folgenden auch „Gesellschafterbürge“), über sein Ausscheiden aus der Gesellschaft,¹¹²
- Geschäftsführerbürgen über seine Abberufung oder

¹¹² Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 27 Rn. 81; Bydlinski, Bürgschaft, S. 60; im Ergebnis auch Scholz/Lwowski (Das Recht der Kreditsicherung, S. 363), die allerdings von einer fristgebundenen Enthaltung ausgehen.

- Ehepartner des Hauptschuldners (im Folgenden auch „Ehegattenbürg“) über die Ehescheidung¹¹³ unterrichtet wird, von einer konkludenten Kündigungserklärung auszugehen.

b) Entbehrlichkeit einer Kündigungserklärung bei automatischer Beschränkung der Bürgschaft

In Rechtsprechung und Rechtslehre werden noch weitergehende Ansätze als die der Möglichkeit einer konkludenten Kündigungserklärung diskutiert. Es wird vertreten, dass bereits die Kenntnis des Bürgschaftsgläubigers vom Vorliegen der Umstände, die den Bürgen zur außerordentlichen Kündigung berechtigen, zu einer automatischen gegenständlichen Beschränkung der Bürgschaft¹¹⁴ führt.¹¹⁵ Für die Gesellschafterbürgschaft wird in der älteren Rechtsprechung¹¹⁶ und Rechtslehre¹¹⁷ sogar noch weitreichender davon ausgegangen, dass der Austritt des Gesellschafterbürgen aus der Gesellschaft, für deren Verbindlichkeiten er sich verbürgt hat, eine zeitliche Befristung der Bürgschaft im Sinne des § 777 BGB zur Folge habe. Demnach wäre die Rechtsfolge des Austritts nicht nur eine gegenständliche Beschränkung der Bürgschaft, sondern würde sogar zu einer rückwirkenden Befreiung des Bürgen von bereits entstandenen Einstandspflichten führen, sofern der Bürgschaftsgläubiger nicht die Maßnahmen nach § 777 Abs. 1 BGB ergreift.

¹¹³ Hier sprechen gute Gründe dafür, sogar die Mitteilung über die Einleitung des Scheidungsverfahrens ausreichen zu lassen, da dies regelmäßig auch zur Scheidung der Ehe führt (vgl. OLG Braunschweig, FamRZ 1978, 111, 112; zustimmend *Meinhardt*, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 113; im Ergebnis auch *Scholz/Lwowski*, Das Recht der Kreditsicherung, S. 363).

¹¹⁴ Siehe oben unter **B.III.2.**

¹¹⁵ Ausführlich hierzu *Meinhardt*, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 103 ff.; bzgl. der Gesellschafterbürgschaft vgl. auch OLG Hamburg, Az. 9 U 108/82; *Stolzenburg*, ZIP 1985, 1189, 1191; bzgl. Ehegattenbürgschaft vgl. OLG Braunschweig, FamRZ 1978, 11, 112; Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, 91 Rn. 169; bzgl. Ehegattenbürgschaft und Gesellschafterbürgschaft, vgl. *Scholz/Lwowski*, Das Recht der Kreditsicherung, S. 363.

¹¹⁶ Als eine mögliche Rechtsfolge dargestellt von RG, HRR 1935, Nr. 581.

¹¹⁷ RGRK-Mormann, § 777 Rn. 2.

Die automatische gegenständliche oder zeitliche Beschränkung der Bürgschaft ergebe sich dabei jeweils aus ergänzender Vertragsauslegung. Es wird argumentiert, dass eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke bestehe, da die Parteien bei Vertragsschluss nicht geregelt hätten, was passieren soll, wenn das Näheverhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner, das Anlass für die Verbürgung war, aufgelöst wird.¹¹⁸ Diese Lücke wird von den Vertretern dieser Ansicht dann im Ergebnis durch eine aufschiebend bedingte gegenständliche oder zeitliche Beschränkung der Bürgschaft gefüllt.

c) Ablehnung einer automatischen Beschränkung der Bürgschaft

Ein Vertrag ist gemäß §§ 133, 157 BGB so auszulegen, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Regelungslücken sind entsprechend dem hypothetischen Parteiwollen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu schließen.¹¹⁹ Hierbei ist darauf abzustellen, welche Regelung die Parteien im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten.¹²⁰

Wenn ein Bürgschaftsvertrag den Fall, dass das Näheverhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner, das Anlass für die Verbürgung war, beendet wird, nicht thematisiert, wird man von einer Vertragslücke ausgehen können, welche die Bürgschaftsparteien, wäre sie entdeckt worden, einer Regelung zugeführt hätten. Bei Vertragsschluss werden sich die Bürgschaftsparteien regelmäßig keine Gedanken über die Möglichkeit der Beendigung des Näheverhältnisses zwischen Bürge und Hauptschuldner machen, welches Grund für die Verbürgung war. Das Stellen einer unter Umständen sehr umfangreichen Bürgschaft ist gerade Ausdruck davon, dass von einem Fortbestand dieser üblicherweise gesellschaftsrechtlichen oder persönlichen Beziehung ausgegan-

¹¹⁸ Vgl. RG, HRR 1935, Nr. 581; OLG Braunschweig, FamRZ 1978, 111, 111 f.; *Meinhärdts*, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 104 f.; *Stolzenburg*, ZIP 1985, 1189, 1191.

¹¹⁹ Vgl. Prütting/Wegen/Weinreich-Brinkmann, § 157 Rn. 15, 24, 26 mwN.

¹²⁰ BGH, NJW 2012, 1348, 1349, NJW-RR 1990, 817, 819 (jeweils mwN).

gen wird.¹²¹ Von einer bewussten Nichtregelung dieser Sachverhaltskonstellation ist demnach normalerweise nicht auszugehen und eine Regelungslücke damit zu bejahen.

Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese Regelungslücke ausfüllungsbedürftig ist.¹²² Grundsätzlich gilt, dass eine Regelungslücke durch die Heranziehung dispositiven Rechts geschlossen wird, sofern dies möglich ist. Die Funktion des dispositiven Rechts besteht gerade darin, dass die Vertragsparteien nicht jede Eventualität regeln müssen, sondern Regelungen bestehen, die immer dann eingreifen, sofern nichts Abweichendes vereinbart ist.¹²³ Wenn ein Rechtsgeschäft einem gesetzlich umfassend normierten Typus entspricht und für das entsprechende Problem eine geeignete gesetzliche Regelung existiert, ist für die ergänzende Vertragsauslegung kein Raum.¹²⁴ Etwas anderes gilt nur, wenn entweder die gesetzliche Normierung lückenhaft ist oder der konkrete Vertrag stark von dem Vertragstypus, wie er bei Schaffung der Regelung vom Gesetzgeber vorausgesetzt wurde, abweicht, so dass die gesetzliche Regelung keine sachgerechte Lösung bietet.¹²⁵

Die Bürgschaftskündigung ist nicht speziell normiert. Die hier diskutierten Sachverhaltskonstellationen, für die im Wege der ergänzenden Auslegung eine automatische gegenständliche oder sogar zeitliche Befristung der Bürgschaft angenommen werden soll, betreffen jedoch genau die typischen Anwendungsfälle der außerordentlichen Kündigung einer Bürgschaft nach allgemeinen Grundsätzen. Gerade der Austritt des Gesellschafterbürgen aus seiner Gesellschaft oder die Scheidung des Ehegattenbürgen vom Hauptschuldner sind als wichtige Gründe für die außerordentliche Bürgschaftskündigung durchweg anerkannt. Dieses allgemeine Kündigungsrecht reicht daher in den diskutierten Sachverhaltskonstellationen zur Ausfüllung einer fehlenden vertraglichen Regelung für den Fall, dass das Näheverhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner, das Anlass für die Verbürgung war, beendet wird, aus. Vor der Einführung des § 314 BGB mag noch zweifelhaft

¹²¹ Vgl. OLG Braunschweig, FamRZ 1978, 111, 111.

¹²² So auch *Bydlinski*, Bürgschaft, S. 60 (allerdings zur alten Rechtslage); schon eine Regelungslücke verneinend *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht, S. 44.

¹²³ *Larenz*, Schuldrecht AT, S. 77.

¹²⁴ Vgl. *MünchKommBGB-Busche*, § 157 Rn. 45.

¹²⁵ Vgl. *MünchKommBGB-Busche*, § 157 Rn. 46.

gewesen sein, ob die gewohnheitsrechtlich anerkannten Kündigungs möglichkeiten für Dauerschuldverhältnisse und deren Anwendung auf das Bürgschaftsrecht als eine die ergänzende Vertragsauslegung verdrängende Regelung genügen konnten.¹²⁶ Spätestens mit Schaffung der sogar zwingenden gesetzlichen Regelung des § 314 BGB in Verbindung mit der praktisch einhelligen Akzeptanz des Austritts eines Gesellschafterbürgen aus der Gesellschaft oder einer Scheidung des Ehegattenbürgen vom Hauptschuldner als wichtige Gründe für die außerordentliche Bürgschaftskündigung durch Rechtsprechung und Rechtslehre, existiert jedoch eine sinnvolle und normativ verankerte Lösung für den Fall einer fehlenden vertraglichen Regelung. Für eine ergänzende Vertragsauslegung ist spätestens seit Einführung des § 314 BGB daher kein Raum mehr. Eine automatische Beendigung der Bürgschaft oder sogar vollständige Befreiung des Bürgen kommt nur in Betracht, wenn der Fortbestand einer Bürgschaft nach den engen Kriterien der Sittenwidrigkeit nicht hinnehmbar ist.¹²⁷

4. Wirksamkeitszeitpunkt

Eine außerordentliche Kündigung erfolgt gemäß § 314 BGB fristlos und beendet ein Vertragsverhältnis unmittelbar mit Zugang der Kündigungserklärung. Dies entspricht der gewohnheitsrechtlich etablierten Rechtslage vor der Schuldrechtsreform. Auch damals war in Rechtsprechung und Rechtslehre ein allgemeines Recht zur fristlosen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund anerkannt, das entweder aus einer Gesamtanalogie zu den normierten außerordentlichen Kündigungsrechten oder aus Treu und Glauben hergeleitet wurde.¹²⁸

Für die Bürgschaftskündigung wird in der Rechtsprechung demgegenüber vertreten, dass auch bei einer Kündigung wegen „Eintritts besonders wichtiger Umstände“ eine Auslauffrist einzuhalten sei (hierzu unter a)). In der Rechtslehre herrscht ein uneinheitliches Bild. Einige

¹²⁶ Gegen eine Sperrwirkung *Meinhardt*, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 106; angedeutet in RG, HRR 1935, Nr. 581.

¹²⁷ Vgl. unten **Kapitel 2 C.III.1.b).**

¹²⁸ Vgl. etwa MünchKommBGB-Kramer (2. Aufl.), Einl. §§ 241 ff. Rn. 88 mwN.

Autoren befürworten die Linie der Rechtsprechung und andere gehen davon aus, dass auch die außerordentliche Bürgschaftskündigung fristlos erfolgt (hierzu unter **b**)). Das für die außerordentliche Bürgschaftskündigung teilweise angenommene Erfordernis, eine Auslauffrist einzuhalten, führt zu großen Rechtsunsicherheiten (hierzu unter **c**)). Im Ergebnis sind Beendigungsfristen für die außerordentliche Bürgschaftskündigung grundsätzlich abzulehnen (hierzu unter **d**)).

a) Darstellung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zur Bürgschaftskündigung unterscheidet weitgehend nicht sauber zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Kündigung. Es heißt vielmehr vage, dass der Bürge nach „Ablauf eines gewissen Zeitraums“ oder „bei Eintritt besonders wichtiger Umstände“ kündigen könne, wobei eine Kündigungsfrist einzuhalten sei, deren Bemessung sich nach der Interessenlage im Einzelfall richte.¹²⁹

Diese Rechtsprechung irritiert in mehrfacher Hinsicht. Zum einen wird als Voraussetzung für eine Bürgschaftskündigung das Vorliegen „besonders wichtiger Umstände“ gefordert, was die Frage aufwirft, ob dieser Ausdruck deckungsgleich ist mit dem als Voraussetzung der außerordentlichen Kündigung üblichen Begriff des „wichtigen Grundes“, oder ob absichtlich eine andere Terminologie verwendet wurde. Gegen eine Einordnung der Kündigung bei Vorliegen „besonders wichtiger Umstände“ als außerordentliche Kündigung spricht, dass die Rechtsprechung trotz des Vorliegens „besonders wichtiger Umstände“ für die Wirksamkeit der Kündigung den Ablauf einer einzelfallabhängigen Kündigungsfrist voraussetzt.

Die wesentlich durch die Rechtsprechung der 1980er Jahre geprägten Grundsätze zur Bürgschaftskündigung wurden vielfach in der Rechtslehre und neuerer Rechtsprechung wiedergegeben und fortentwickelt, wobei das Umgehen mit der unklaren Terminologie unterschiedlich ausfällt.

¹²⁹ Vgl. RG, Warn 1913, (Nr. 289) 340, 341; BGH, NJW 1994, 1656, 1657; NJW-RR 1993, 944, 945, NJW 1986, 252, 253; 2308, 2309; 1985, 3007, 3008; WM 1959, 855, 856.

In der neueren oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung finden sich vereinzelt Hinweise darauf, dass auch bei der Bürgschaftskündigung von der klassischen Unterscheidung in die ordentliche und außerordentliche Kündigung ausgegangen wird. So weist das *Oberlandesgericht Köln* beispielsweise darauf hin, dass es sich bei der Kündigung „nach Ablauf eines gewissen Zeitraums“ um eine ordentliche Kündigung handele.¹³⁰ Das *Oberlandesgericht Celle*¹³¹ und das *Oberlandesgericht Zweibrücken*¹³² erwähnen eine Bürgschaftskündigung aus wichtigem Grund, verwenden also die übliche Terminologie der außerordentlichen Kündigung.

b) Darstellung der Rechtslehre

In der Rechtslehre übernehmen einige Autoren die von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen der Bürgschaftskündigung – und damit auch das Erfordernis einer Kündigungsfrist –, ohne zwischen einer ordentlichen und außerordentlichen Kündigung zu unterscheiden.¹³³ Andere ordnen die Kündigung „nach Ablauf eines gewissen Zeitraums“ als ordentliche Kündigung ein und die Kündigung wegen des Eintritts „besonders wichtiger Umstände“ als außerordentliche Kündigung, die wegen der Besonderheiten der Bürgschaft dennoch grundsätzlich – oder jedenfalls Ausnahmsweise – eine Kündigungsfrist erfordere.¹³⁴ Die Verfechter einer weiteren Ansicht unterscheiden zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Kündigung und erkennen bei

¹³⁰ OLG Köln, ZIP 1990, 446, 449.

¹³¹ OLG Celle, NJW-RR 1989, 548, 548.

¹³² OLG Zweibrücken, NJW 1986, 258, 259.

¹³³ Staudinger-Horn, § 765 Rn. 265 ff.; Bub/Kraemer-von der Osten, Kap III.A Rn. 2156; Schröter, WuB I F 1 a - 4.85, 549, 551; Schimansky (FS Hadding, S. 1081, 1088) sieht das Beendigungsinstrument für die Bürgschaft als eine Haftungsbeschränkung und nicht als klassische Kündigung an und hält daher die Unterscheidung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung nicht für sinnvoll; Lwowski/Fischer/Langenbucher-Fischer (§ 9 Rn. 133) unterscheidet zwar zwischen der ordentlichen und der außerordentlichen Kündigung, hält jedenfalls die außerordentliche Kündigung von Kreditbürgschaften aber dennoch für fristgebunden an.

¹³⁴ Soergel-Gröschler, § 765 Rn. 54; Soergel-Häuser (12. Aufl.), § 765 Rn. 135; E/B/J/S-Füller, Rn. IV 597; Schimansky/Bunte/Lwowski-Lwowski, Anh. 2 zu § 91 Rn. 27; Bydlinski, FS Schimansky, S. 299, 312 (anders noch ders., Bürgschaft, S. 57); Stolzenburg, ZIP 1985, 1189, 1190.

der außerordentlichen Kündigung nur bei bestimmten Kündigungsgründen das Erfordernis einer Kündigungsfrist an.¹³⁵ Schließlich treffen einige Autoren eine Unterscheidung zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Kündigung und vertreten gleichzeitig, dass eine außerordentliche Bürgschaftskündigung – wie jede andere außerordentliche Kündigung – fristlos sei.¹³⁶

Soweit ersichtlich formuliert lediglich *Meinhardt*¹³⁷ Überlegungen dazu, ob das Erfordernis des Vorliegens „besonders wichtiger Umstände“ mit dem des „wichtigen Grundes“ übereinstimmt. Er lässt die Frage jedoch weitgehend offen und bejaht jedenfalls das Erfordernis einer – kurzen – Kündigungsfrist. Häufiger wird in der Rechtslehre der Begriff „wichtiger Grund“ ohne Thematisierung synonym zu dem Begriff „besonders wichtige Umstände“ verwendet.¹³⁸

c) Rechtsunsicherheiten durch unklare Rechtslage

Die nach der Rechtsprechung und einem Teil der Rechtslehre erforderliche Kündigungsfrist soll im Wege der Interessenabwägung zu bemesen sein, wobei eine Herausbildung belastbarer Richtwerte für den jeweils erforderlichen Umfang der Kündigungsfrist nicht stattgefunden hat. Das Spektrum der diskutierten Kündigungsfristen reicht von deren Entbehrlichkeit bis zu einer Dauer von drei Monaten.

Der *Bundesgerichtshof* vermeidet in seinen Entscheidungen jede Generalisierung. Bei der Bürgschaftskündigung eines Gesellschafter-

¹³⁵ MünchKommBGB-Habersack (§ 765 Rn. 56), Erman-Herrmann (§ 765 Rn. 8) und Derleder/Knops/Bamberger-Knops (§ 27 Rn. 81) halten eine Kündigungsfrist nur bei der außerordentlichen Kündigung wegen des Austritts eines Gesellschafterbürgen aus der Gesellschaft für erforderlich.

¹³⁶ Nobbe-Nobbe, § 765 Rn. 219; Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, § 91 Rn. 495; Schimansky/Bunte/Lwowski-Schmitz/Wassermann/Nobbe (3. Aufl.), § 91 Rn. 203; Derleder, NJW 1986, 97, 102, 104; V.Stötter/K.Stötter, DB 1987, 1621, 1623; im Ergebnis auch bereits V.Stötter, DB 1968, 603, 606; zustimmend Soergel-Häuser (12. Aufl.), § 765 Rn. 135), der jedoch an anderer Stelle die Notwendigkeit einer Kündigungsfrist im Einzelfall befürwortet.

¹³⁷ *Meinhardt*, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 78 f.

¹³⁸ Vgl. E/B/J/S-Füller, Rn. IV 597; *Graf Lambsdorff/Skora*, Bürgschaftsrecht, Rn. 344; Lwowski/Fischer/Langenbucher-Fischer, § 9 Rn. 132 f.; *Wolf/Eckert/Ball*, Hdb.MR, Rn. 812; *Schröter*, WuB I F 1 a - 4.85, 549, 550.

bürgen sah der *Bundesgerichtshof* eine Kündigungsfrist von zehn Wochen jedenfalls als zu kurz an.¹³⁹ Das *Oberlandesgericht Celle* hielt bei der Bürgschaftskündigung eines Gesellschafterbürgen eine Kündigungsfrist von vier bis sechs Wochen für angemessen.¹⁴⁰ Das *Oberlandesgericht Düsseldorf* sah bei der Kündigung einer Mietbürgschaft wegen Vermögensverfalls des Hauptschuldners eine Kündigungsfrist von elf Tagen als zu kurz an.¹⁴¹

In der Rechtslehre bemüht sich *Horn* um eine Generalisierung der Kündigungsfristen je nach Art des Kündigungsgrundes, wobei er bei der Kündigung wegen Vermögensverfalls des Hauptschuldners die Fristlosigkeit der Bürgschaftskündigung als angemessen erachtet und bei Mietbürgschaften eine Orientierung an dem Zeitraum, den der Vermieter benötigt, um die Räumung der Mietwohnung zu erreichen.¹⁴² *Meinhardt* hält im Regelfall eine generelle Kündigungsfrist von vierzehn Tagen für ausreichend.¹⁴³ *Fischer/Klanten* halten bei Kontokorrentbürgschaften eine Kündigungsfrist von vier bis sechs Wochen für die Untergrenze.¹⁴⁴

Im Hinblick auf dieses fragmentierte Meinungsspektrum in der Rechtslehre und die bestenfalls vagen Anhaltspunkte in der Rechtsprechung, kann ein kündigender Bürge *de facto* nie wissen, wann seine Bürgschaftskündigung wirksam wird. Gerade bei solchen gesicherten Hauptforderungen, die revolvierend ausgestaltet sind, und für den Fall einer weiten Sicherungszweckabrede kann dies aber von entscheidender Wichtigkeit für die Bemessung der letztendlichen Einstandspflicht des Bürgen sein. Im Ergebnis herrschen im Hinblick auf den Wirksamkeitszeitpunkt der außerordentlichen Bürgschaftskündigung große Rechtsunsicherheiten.

¹³⁹ BGH, NJW 1986, 252, 253.

¹⁴⁰ OLG Celle, NJW-RR 1989, 548, 548, zustimmend *Dach*, WuB I F 1a - 24.89, 1259, 1260.

¹⁴¹ OLG Düsseldorf, NZM 1999, 620, 621.

¹⁴² Staudinger-Horn, § 765 Rn. 267.

¹⁴³ *Meinhardt*, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 80.

¹⁴⁴ *Fischer/Klanten*, Bankrecht, S. 247.

d) Stellungnahme

Im Hinblick auf die unklare Terminologie, die in Rechtsprechung und teilweise auch Rechtslehre im Zusammenhang mit der außerordentlichen Bürgschaftskündigung verwendet wird, erfolgt zunächst eine Auslegung der wesentlichen Begrifflichkeiten, um eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der rechtlichen Position überhaupt zu ermöglichen (hierzu unter **aa**). Im Anschluss folgt eine Erläuterung, weshalb das Erfordernis einer Auslauffrist in Sachverhaltskonstellationen, die eine außerordentliche Bürgschaftskündigung rechtfertigen, abzulehnen ist (hierzu unter **bb**).

aa) Auslegung der im Zusammenhang mit der außerordentlichen Bürgschaftskündigung verwendeten Terminologie

Es ist davon auszugehen, dass der *Bundesgerichtshof* mit seinen Ausführungen zur Möglichkeit der Kündigung einer Bürgschaft bei Vorliegen „besonders wichtiger Umstände“ keine neue Kündigungskategorie schaffen wollte, sondern im Ergebnis eine außerordentliche Bürgschaftskündigung meinte. Die Auslegung juristischer Texte orientiert sich grundsätzlich am Wortlaut (hierzu unter **(1)**), dem systematischen Kontext (hierzu unter **(2)**) und der Historie (hierzu unter **(3)**) einer Aussage.¹⁴⁵

(1) Wortlaut

Der vom *Bundesgerichtshof* verwendete Ausdruck „besonders wichtige Umstände“ kann nach seinem Bedeutungsspektrum durchaus den „wichtigen Grund“, der üblicherweise als Voraussetzung für die außerordentliche Kündigung genannt wird, meinen, oder sogar eine Steigerungsform sein, da das Adjektiv „wichtig“ noch um das Adverb „besonders“ ergänzt wurde. „Umstand“ und „Grund“ sind keine Synonyme, haben aber eine ähnliche Wortbedeutung. Sie haben eine leicht unterschiedliche Nuance, da „Grund“ eher einen konkreten Anlass be-

¹⁴⁵ Vgl. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, S. 213 ff.

schreibt und „Umstand“ eher eine etwas umfassendere Sachverhaltskonstellation. Im Ergebnis ist der Wortlaut nicht eindeutig.

(2) Systematik

Die Systematik des Sachzusammenhangs der Äußerung spricht eher für einen Unterschied zwischen „besonders wichtige Umstände“ und „wichtiger Grund“, da der *Bundesgerichtshof* von dem Erfordernis einer Beendigungsfrist ausgeht, was in Bezug auf eine außerordentliche Kündigung systemfremd wäre.

(3) Historie

Aufschlussreich für die vorliegende Frage ist die historische Auslegung. Die erste bundesgerichtliche Entscheidung¹⁴⁶, die sich mit der Bürgschaftskündigung befasste und den Begriff „besonders wichtige Umstände“ prägte, erging in den 50er Jahren. Zu dieser Zeit war der Begriff des „wichtigen Grundes“ als Voraussetzung der außerordentlichen Kündigung bereits als allgemeiner Rechtsgrundsatz eingeführt.¹⁴⁷ Der Terminus der „besonders wichtigen Umstände“ taucht vorher bereits in einer – vom *Bundesgerichtshof* in seinem Urteil auch zitierten – Reichsgerichtsentscheidung¹⁴⁸ auf. Es ist daher anzunehmen, dass der *Bundesgerichtshof* in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1959 die Wortwahl des *Reichsgerichts* schlicht übernommen hat.

Der Begriff des „wichtigen Grundes“ war zu der Zeit der Reichsgerichtsentscheidung im Jahre 1913 im noch jungen Bürgerlichen Gesetzbuch zwar bereits eingeführt,¹⁴⁹ jedoch noch nicht als allgemeiner Terminus für die Voraussetzung der außerordentlichen Kündigung etabliert. In den ersten Jahren nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches wurden diesbezüglich noch unterschiedliche Begrifflichkeiten

¹⁴⁶ BGH, WM 1959, 855, 856.

¹⁴⁷ Vgl. Palandt-Danckelmann (10. Aufl.), § 242 Rn. 4 lit. d.

¹⁴⁸ RG, Warn 1913, (Nr. 289) 340, 341.

¹⁴⁹ Vgl. die damaligen §§ 626, 627 Abs. 2, 671 Abs. 3, 696, 712, 723 Abs. 1 und 2, 749 Abs. 2, 1889, 2227 Abs. 1 BGB.

ten verwendet. So nennt beispielsweise *Planck*¹⁵⁰ im Jahr 1900 als möglichen „wichtigen Grund“ für eine dienstvertragliche Kündigung, das Vorliegen bestimmter objektiver „Umstände“. *Siber*¹⁵¹ stellt, etwa zu der Zeit der relevanten Reichsgerichtsentscheidungen von 1913/1914, Überlegungen darüber an, ob ein Schuldner nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB von bestehenden Verpflichtungen befreit werden könne, wenn „besondere“ Gründe vorlägen. Die Reichsgerichtsentscheidungen fügen sich in eine Reihe von Entscheidungen über die Loslösung von Verträgen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB ein, die *Knoke*¹⁵² als Beendigung wegen „veränderter Umstände“ zusammenfasste.

Das *Reichsgericht* benutzte den Ausdruck der Kündigung wegen des Eintritts „besonders wichtiger Umstände“ also zu einer Zeit, als sich das allgemeine Kündigungsrecht aus „wichtigem Grund“ gerade erst herausbildete und die Terminologie diesbezüglich noch uneinheitlich war. Zu dieser Zeit wird von „wichtigen“ und „besonderen“ „Gründen“ und „Umständen“ gesprochen. Schließlich hat sich der gesetzlich bereits normierte Ausdruck des „wichtigen Grundes“ etabliert. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass eine Bürgschaftskündigung wegen Eintritts „besonders wichtiger Umstände“ als Synonym der außerordentlichen Bürgschaftskündigung aus „wichtigem Grund“ zu verstehen ist.

bb) Stellungnahme zur Nichterforderlichkeit einer Auslauffrist

Ein wesentlicher Teil der Rechtslehre und auch einige Oberlandesgerichte fassen die Kündigung wegen des Eintritts „besonders wichtiger Umstände“ dementsprechend auch ganz selbstverständlich als außerordentliche Kündigung auf, die aber wegen der Besonderheiten des Bürgschaftsverhältnisses Sonderregeln unterliege und daher ausnahmsweise nicht fristlos sei. Eine solche „ordentliche“ fristlose Kündigung ist zumindest in der Rechtslehre auch nicht gänzlich unbekannt. Insbesondere im arbeitsrechtlichen Kontext wird vertreten, dass

¹⁵⁰ Planck-*Planck* (1. und 2. Aufl.), § 626 Anm. 1.

¹⁵¹ Planck-*Siber*, § 242 Anm. 3 lit. c a.

¹⁵² Vgl. die Zusammenstellung bei *Planck-Knoke*, § 157 Anm. 6 lit. a.

die Interessen des Kündigungsgegners – auch bei der außerordentlichen Kündigung – die Gewährung einer „Auslauffrist“ erfordern könnten, sofern dies dem Kündigenden zumutbar sei.¹⁵³ Einige Autoren vermeiden im Zusammenhang mit der außerordentlichen Bürgschaftskündigung den Ausdruck einer „Kündigungsfrist“ oder „Auslauffrist“ und propagieren stattdessen das Erfordernis einer „Wartezeit“.¹⁵⁴ Im Ergebnis handelt es sich aber sowohl bei der „Auslauffrist“ als auch bei der „Wartezeit“ faktisch um eine Kündigungsfrist.

Selbst die Autoren, welche die Möglichkeit der Gewährung einer Auslauffrist prinzipiell anerkennen, halten eine solche im Geltungsbereich des § 314 BGB oder ähnlich formulierter spezieller Regelungen für nicht erzwingbar¹⁵⁵ und damit auch im Rahmen der Bürgschaftskündigung für nicht sachgerecht.¹⁵⁶ Eine Auslauffrist ist in ihrer Funktion eine Kündigungsfrist, die durch den Wortlaut des § 314 BGB, nach dem die Kündigung aus wichtigem Grund fristlos erfolgt, explizit ausgeschlossen ist. Es gibt in diesem Fall auch keinen Raum für eine

¹⁵³ NoKBGB-Krebs/Jung, § 314 Rn. 56; Krebs, DB 2000, Beil. 14, 1, 14; Erman-Hohloch (12. Aufl.), § 314 Rn. 17, zustimmend Palandt-Grüneberg, § 314 Rn. 10; Horn, Überarbeitung des Schuldrechts, S. 551, 572, 639; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, S. 39; wohl auch Staudinger-Preis (§ 626 Rn. 252), der jedenfalls im Arbeitsrecht davon ausgeht, dass ein kündigender Arbeitgeber nur „grundsätzlich nicht verpflichtet sei, eine Auslauffrist einzuhalten“. NoKBGB-Krebs/Jung (§ 314 Rn. 56) verweist zu unrecht auf Oetker (Dauerschuldenverhältnis, S. 267), da dieser nicht sagt, dass die Fristlosigkeit der außerordentlichen Kündigung nicht zwingend sei, sondern nur dass der hierfür regelmäßig angegebene Grund des Selbstbestimmungsschutzes die Fristlosigkeit nicht erfordere, wohl aber die prognostizierte Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag für die Zukunft (vgl. S. 269 ff.).

¹⁵⁴ NoKBGB-Beckmann, § 765 Rn. 72; auch Derleder/Knops/Bamberger-Knops (§ 27 Rn. 81) vermeidet den Ausdruck Kündigungsfrist und nennt diese „Wartezeit“, hält diese aber auch nur für den Ausnahmefall der Kündigung eines ausscheidenden Gesellschafters für erforderlich.

¹⁵⁵ Vgl. MünchKommBGB-Gaier (§ 314 Rn. 22) und Prütting/Wegen/Weinreich-Stürner (§ 314 Rn. 20), die davon ausgehen, dass der Kündigende eine solche Auslauffrist zwar gewähren kann, es aber nicht muss; so ist auch der Bundesgerichtshof in dem Urteil v. 25. November 1998 (NJW 1999, 946, 947) zu verstehen, der zwar eine außerordentliche Kündigung, die freiwillig mit einer Auslauffrist ausgesprochen wird, als solche akzeptiert, aber keineswegs Hinweise darauf gibt, dass der Kündigungsempfänger auch ein durchsetzbares Recht auf diese Auslauffrist gehabt hätte.

¹⁵⁶ Vgl. auch Nobbe-Nobbe, § 765 Rn. 219.

ergänzende Gesetzesauslegung, nach der eine „Auslauffrist“ in bestimmten Situationen notwendig sein kann.

Grundsätzlich ermöglicht die Methode der Gesetzesauslegung nur die „Rekonstruktion des Gedankens, der im Gesetze ausgesprochen wird“¹⁵⁷, weshalb ihre Grenze immer der mögliche Wortsinn des Gesetzes ist¹⁵⁸. Wenn der Gesetzgeber sich in einer Norm ausdrücklich für eine bestimmte Regelung entschieden hat, bedarf es in diesem Punkt keiner Auslegung mehr, da diese vom fiktiven Standpunkt des Gesetzgebers aus zu erfolgen hat¹⁵⁹. Nach der klassischen Auslegungstheorie ist dem Interpreten des Gesetzes mithin die abändernde, das heißt über den Wortlaut hinausgehende Auslegung verwehrt¹⁶⁰ und eine Auslegung des § 314 BGB, nach der im Einzelfall eine „Auslauffrist“ erforderlich ist, nicht zulässig.

In den moderneren Auslegungstheorien wird jedoch anerkannt, dass der Interpret eines Gesetzes auch zu einer den Inhalt des Gesetzes abändernden Auslegung legitimiert ist.¹⁶¹ Eine solche abändernde Auslegung muss allerdings als absolute Ausnahme betrachtet werden, deren Zulässigkeit nur angenommen werden kann, wenn dies im Hinblick auf das Gesamtgefüge der Rechtsordnung erforderlich ist.¹⁶² Dies wird in der Regel nur dann der Fall sein, wenn sich der durch das Gesetz geregelte typische Sachverhalt seit Erlass des Gesetzes verändert hat, so dass sich das betreffende Gesetz nicht mehr organisch in das System der Rechtsordnung einfügt.¹⁶³ Äußerst selten wird eine abändernde Auslegung von Gesetzen direkt vom Erlasszeitpunkt an zulässig sein, da dies nur bei einem offensichtlichen Versagen des Gesetzgebers bei der Fassung des Rechtsgedankens in den Gesetzestext denkbar ist.¹⁶⁴

¹⁵⁷ Savigny, Juristische Methodenlehre, S. 19.

¹⁵⁸ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 143 f.

¹⁵⁹ Vgl. Savigny, Juristische Methodenlehre, S. 18 f.

¹⁶⁰ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, S. 321 ff.

¹⁶¹ Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 297; so auch Larenz/Canaris (Methodenlehre, S. 143), der die umbildende Rechtsfortbildung jedoch nicht als Auslegung betrachtet.

¹⁶² Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 298.

¹⁶³ Flume, aaO (Fn. 162).

¹⁶⁴ Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 299.

Hier ist angesichts des jungen Erlasszeitpunkts des § 314 BGB keine Überholung der gesellschaftlichen Gegebenheiten anzunehmen. Ein Versagen des Gesetzgebers ist hier ebenfalls nicht ersichtlich. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sich bewusst gegen eine Formulierung des Gesetzeswortlauts von § 314 BGB entschied, die Kündigungs- oder Auslauffristen ausnahmsweise zulässt. Im Vorfeld der Schuldrechtsreform gab es Stimmen in der Rechtslehre, die vorschlugen, den Gesetzeswortlaut so zu fassen, dass die außerordentliche Kündigung nur „grundsätzlich“ fristlos sei.¹⁶⁵ Diese Option war dem Gesetzgeber daher bekannt. Es sind auch keine Gründe ersichtlich, welche die Möglichkeit einer Auslauffrist erfordern würden, wenn es dem Kündigenden gerade nicht mehr zumutbar ist, an dem geschlossenen Vertrag festzuhalten. Wenn dem Kündigenden das Einhalten einer Auslauffrist zumutbar ist, dürfte das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung an sich sehr fraglich sein. Das Korrektiv zur Vermeidung übermäßiger Härten für den Kündigungsgegner ist vielmehr ein strenger Maßstab für die Annahme eines wichtigen Grundes, der überhaupt erst zur außerordentlichen Kündigung berechtigt. Es besteht daher kein Raum für eine abändernde Gesetzesauslegung gegen den eindeutigen Wortlaut des § 314 BGB und für eine Auslauffrist.

Selbst wenn man eine Auslegung des § 314 BGB in diesem Punkt zulassen wollte, sprechen auch praktische Erwägungen gegen eine „Auslauffrist“. Ein solches Rechtsinstrument würde zu inakzeptablen Unsicherheiten im Rechtsverkehr führen, da immer unklar wäre, ob eine Übergangsfrist gewährt werden muss und, wenn ja, wie lange diese gegebenenfalls auszufallen hat.¹⁶⁶ Dies tritt im Hinblick auf die bisherige Spruchpraxis der Gerichte gerade bei der Bürgschaftskündigung anschaulich zutage, die dazu geführt hat, dass kein Bürge sich darüber

¹⁶⁵ Vgl. Krebs (DB 2000, Beil. 14, 1, 14), der selbst anerkennt, dass der Wortlaut des heutigen § 314 BGB (§ 308 E) die zwingende Fristlosigkeit der außerordentlichen Kündigung vorsieht (vgl. NoKoBGB-Krebs/Jung, § 314 Rn. 56). Auch Horn (Überarbeitung des Schuldrechts, S. 551, 639) stellte einen Gesetzesentwurf vor, der weit genug gefasst war, um eine zwingende Auslauffrist im Einzelfall zu ermöglichen.

¹⁶⁶ Vgl. auch MünchKommBGB-Gaier, § 314 Rn. 22; Erman-Böttcher, § 314 Rn. 17.

sicher sein kann, wann seine außerordentliche Kündigung wirksam wird.

II. Ordentliche Kündigung

Das Bürgschaftsrecht regelt keine Möglichkeit der ordentlichen Kündigung und eine allgemeine schuldrechtliche Regelung existiert diesbezüglich – anders als für die außerordentliche Kündigung – nicht.

Im Folgenden wird zunächst diskutiert, für welche Arten von Bürgschaften eine ordentliche Kündigung zulässig ist und welche Bedeutung der gesicherten Hauptforderung in diesem Zusammenhang zukommt (hierzu unter 1.). Anschließend werden die Voraussetzungen der ordentlichen Bürgschaftskündigung erörtert (hierzu unter 2.) sowie die Kriterien für die Bestimmung einer erforderlichen Kündigungsfrist (hierzu unter 3.).

1. Zulässigkeit der ordentlichen Kündigung

Auch wenn das Bürgschaftsrecht diesbezüglich keine ausdrückliche Regelung vorsieht, sind sich Rechtsprechung¹⁶⁷ und Rechtslehre¹⁶⁸

¹⁶⁷ BGH, NJW-RR 1993, 944, 944f.; NJW 1986, 2308, 2309; 252, 253; NJW 1985, 3007, 3008; WM 1959, 855, 856; OLG Düsseldorf, NZM 1999, 620, 620. Ausdrücklich auch als ordentliches Kündigungsrecht bezeichnet von OLG Düsseldorf, NJW 1999, 3128, 3128.

¹⁶⁸ So bereits Oermann, Recht der Schuldverhältnisse, § 765 Anm. 3 lit. c; vgl. auch Staudinger-Horn, Vorb. §§ 765 ff. Rn. 56; MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 55; Soergel-Gröschler, § 765 Rn. 53; Nobbe-Nobbe, § 765 Rn. 215; E/B/J/S-Füller, Rn. IV 596; Erman-Herrmann, § 765 Rn. 8; Palandt-Sprau, § 765 Rn. 16; Bamberger/Roth-Rohe, § 765 Rn. 137; Prütting/Wegen/Weinreich-Brödermann, § 765 Rn. 66; Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 27 Rn. 81; Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, § 91 Rn. 490; Bydlinski, Bürgschaft, S. 57; ders., FS Schimansky, S. 299, 301; Meinhardt, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 73; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, S. 43; Lwowski/Fischer/Langenbucher-Fischer, § 9 Rn. 132; Derleder, NJW 1986, 97, 101; V.Stötter, DB 1968, 603, 604; Bülow (Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 951) geht zwar nur von einem außerordentlichen Kündigungsrecht aus, diese sei aber nach bloßem Zeitablauf möglich, so dass sie damit dieselben Voraussetzungen wie die ordentliche Kündigung nach der herrschenden Meinung hat; aA soweit ersichtlich einzig

weitgehend darüber einig, dass ein Bürge – bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen – grundsätzlich die Möglichkeit haben muss, einen Bürgschaftsvertrag ordentlich kündigen zu können, auch wenn diesbezüglich keine ausdrücklichen vertraglichen Regelungen getroffen wurden.

Außerordentliche Kündigungsgründe bieten regelmäßig nur bei Vorliegen besonderer Umstände eine Lösungsmöglichkeit vom Vertrag. Der Bürge kann aber auch in weniger extremen Situationen ein berechtigtes Interesse an einer – fristgebundenen – Kündigung haben.

Die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung kann in einem Dauerschuldverhältnis nicht vertraglich ausgeschlossen werden. Das Recht auf die ordentliche Kündigung ist hingegen nicht zwingend und kann – innerhalb der Grenzen von §§ 138, 242, 307 BGB – abbedungen werden. Dies kann ausdrücklich, in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder konkludent geschehen.

Im Folgenden wird die Zulässigkeit einer ordentlichen Bürgschaftskündigung für die unterschiedlichen Bürgschaftskonstellationen untersucht. Relevant sind insbesondere die zeitlich unbegrenzte Bürgschaft für eine zeitlich unbegrenzte Hauptschuld (hierzu unter **a**)), die befristete Bürgschaft und die Zeitbürgschaft (hierzu unter **b**)), die unbefristete Bürgschaft für Forderungen aus befristeten Verträgen (hierzu unter **c**)), Bürgschaften mit Mindestlaufzeit (hierzu unter **d**)), Bürgschaften für Forderungen aus Verträgen mit Mindestlaufzeit (hierzu unter **e**)) und Höchstbetragsbürgschaften (hierzu unter **f**)).

a) Zeitlich unbegrenzte Bürgschaft für zeitlich unbegrenzte Hauptschuld

Sofern eine zeitlich unbegrenzte Bürgschaft für Forderungen aus einem zeitlich unbegrenzten Dauerschuldverhältnis abgegeben wurde, ist diese nach einhelliger Meinung ordentlich kündbar. Dies wird ent-

Wolf/Eckert/Ball (Hdb.MR, Rn. 811), die für Mietbürgschaften vertreten, dass bei einem fehlenden vertraglichen Kündigungsvorbehalt des Bürgen nur eine außerordentliche Kündigung möglich sei.

weder aus Treu und Glauben¹⁶⁹ oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung¹⁷⁰ hergeleitet. Die exakte Quelle der Herleitung kann im Ergebnis dahinstehen, da auch im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung letztlich auf Treu und Glauben abgestellt wird¹⁷¹. Entscheidend ist, dass eine unlösliche Dauerverbindung die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Verkehrsteilnehmer über das vertretbare Maß hinaus einschränken würde¹⁷² und daher inakzeptabel ist. Der Bürge und die Allgemeinheit müssen vor ewigen Vertragsbindungen geschützt werden, die in der Regel eine unüberschaubare und daher unzumutbare Einschränkung der Selbstbestimmung, wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit und unter Umständen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs begründen.¹⁷³

Die Bürgschaftskündigung kann das Interesse des Bürgschaftsgläubigers an einer Besicherung seiner aktuellen und zukünftigen Forderungen gegen den Hauptschuldner betreffen. Das Schutzbedürfnis des Bürgen genießt jedoch dahingehend Vorrang vor den berechtigten Sicherungsinteressen des Bürgschaftsgläubigers, dass dem Bürgen jedenfalls nach einer gewissen Zeit immer ein ordentliches Kündigungsrecht gewährt werden muss. Bei der Bestimmung der konkreten Voraussetzungen für die ordentliche Bürgschaftskündigung sind die Interessen des Bürgschaftsgläubigers jedoch relevant und zu berücksichtigen (siehe hierzu unten unter 2. und 3.).

Eine zeitlich unbegrenzte Bürgschaft für eine zeitlich unbegrenzte Hauptschuld kann auch vorliegen, wenn ein Bürgschaftsvertrag zwar im Zusammenhang mit einer zeitlich oder gegenständlich begrenzten Verbindlichkeit abgeschlossen, zusätzlich aber eine weite Sicherungszweckabrede vereinbart wurde. Eine weite Sicherungszweckabrede führt dazu, dass eine bestellte Sicherheit, zusätzlich zu der Anlassverbindlichkeit, auch alle zukünftigen Verbindlichkeiten aus dem Vertragsverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger be-

¹⁶⁹ NJW-RR 1993, 944, 944 f.; NJW 1986, 252, 253; 1985, 3007, 3008; BGH, WM 1959, 855, 856; BB 1959, 866, 866; NJW; Prütting/Wegen/Weinreich-Brödermann, § 765 Rn. 66; Schimansky, FS Hadding, S. 1081, 1082 f.

¹⁷⁰ RG, JW 1911, 441, 447; Warn 1913, (Nr. 289) 340, 341; 1914, (Nr. 158) 215, 215; Staudinger-Horn, Vorb. §§ 765 ff. Rn. 56; Derleder, NJW 1986, 97, 102.

¹⁷¹ Vgl. Bamberger/Roth-Wendtland, § 157 Rn. 31.

¹⁷² Vgl. Larenz, Schuldrecht AT, S. 30.

¹⁷³ Vgl. Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 275, 514 f. jeweils mwN.

sichert.¹⁷⁴ Der Zweck einer Sicherheit entfällt in einer solchen Konstellation erst dann, wenn alle Verbindlichkeiten des Hauptschuldners gegenüber dem Gläubiger erfüllt sind. Vorher haben – sofern kein Fall der nachträglichen Übersicherung¹⁷⁵ vorliegt – weder der Hauptschuldner noch der Sicherungsgeber Anspruch darauf, dass bestellte Sicherheiten freigegeben werden.¹⁷⁶ Für die Annahme einer unüberschaubaren Verpflichtung des Bürgen reicht es aus, dass eine Bürgschaft potentiell ewig fortbestehen könnte und die tatsächliche Dauer des Vertragsverhältnisses zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ungewiss ist. Die potentielle Erstreckung der Bürgschaft auf weitere Verbindlichkeiten führt daher auch bei einer zeitlich und/oder gegenständlich beschränkten Anlassverbindlichkeit dazu, dass die Bürgschaftsverpflichtung für den Bürgen eine zeitlich und gegenständlich unbegrenzte Verpflichtung begründet, selbst dann, wenn es tatsächlich nicht zu einer Erstreckung der Bürgschaft auf weitere Verbindlichkeiten des Schuldners kommt.

Falls die Kündigung der Bürgschaft durch den Bürgen eine Verletzung von dessen Pflichten aus dem zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Schuldverhältnis begründet, hat dies keine Relevanz für das Bürgschaftsverhältnis und ist bei der Entscheidung darüber, ob dem Bürgen überhaupt ein ordentliches Kündigungsrecht gewährt werden muss, nicht berücksichtigungsfähig.

b) Befristete Bürgschaft und Zeitbürgschaft gemäß § 777 BGB

Eine Bürgschaft kann gegenständlich oder zeitlich befristet sein. Bei einer gegenständlichen Befristung haftet der Bürge für sämtliche Verbindlichkeiten, die innerhalb der Frist entstehen. Die Befristung macht eine Kündigung entbehrlich, lässt aber die Einstandspflichten für innerhalb der Frist entstandene Verbindlichkeiten unberührt.¹⁷⁷ Davon zu unterscheiden ist der Fall der zeitlichen Begrenzung einer Bürg-

¹⁷⁴ Siehe zur weiten Sicherungsabrede BeckNotarHdb-Everts, Kap. A.VI. Rn. 46 ff; Bausparkassen-Fachbuch 2011/2012-Thomas, Kap 3 Rn. 14.

¹⁷⁵ Zum Anspruch auf Freigabe von Gewährleistungsbürgschaften wegen nachträglicher Übersicherung vgl. BGH, DNotZ 2015, 598, 603.

¹⁷⁶ Vgl. Staudinger-Wolfsteiner, Vorbem zu § 1191 ff. Rn. 95, 102.

¹⁷⁷ Vgl. MünchKommBGB-Habersack, § 777 Rn. 4.

schaft nach § 163 in Verbindung mit § 158 Abs. 2 BGB, bei welcher der Bürg gemäß § 777 BGB nach Zeitablauf – auch im Hinblick auf bereits entstandene/begründete Einstandspflichten – rückwirkend frei wird, sofern der Bürgschaftsgläubiger nicht die gemäß § 777 Abs. 1 BGB erforderlichen Maßnahmen einleitet. § 777 BGB ist nur auf die zeitliche Befristung der Bürgschaft anwendbar, nicht auf eine gegenständliche.¹⁷⁸

Beide Arten von befristeten Bürgschaftsverträgen sind nicht ordentlich kündbar.¹⁷⁹ Dies ergibt sich aus zwei Aspekten:

Der Zweck des allgemeinen aus Treu und Glauben hergeleiteten ordentlichen Kündigungsrechts ist es, die Kontrahierenden und den Rechtsverkehr vor ewigen Vertragsbindungen zu schützen. Ewige Vertragsbindungen schränken die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Vertragsparteien in unzumutbarem Maße ein und können bei einer dadurch verursachten Beeinträchtigung des Wettbewerbs auch eine Gefahr für die Allgemeinheit begründen.¹⁸⁰ Diese Interessenlage liegt bei befristeten Bürgschaftsverträgen jedoch nicht vor, da gerade keine unendliche Bindung der Parteien aneinander besteht, sondern vielmehr ein Endtermin für den Vertrag festgelegt ist. Bei Vorliegen einer Befristung ist durch den Vertragsschluss weder die Selbstbestimmung der Parteien tangiert, die eine konsensuale Einigung über die Vertragslaufzeit getroffen haben,¹⁸¹ noch sind bei einer begrenzten Vertragsdauer – sofern die Befristung nicht extrem lang ausgestaltet ist – die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Bürgen oder der freie Wettbewerb betroffen. Die Gewährung eines ordentlichen Kündigungsrechts ist bei der befristeten Bürgschaft daher weder zum Schutz des Bürgen noch zum Schutz des freien Wettbewerbs geboten.

Darüber hinaus ist beim Abschluss befristeter Vertragsverhältnisse aber auch ohnehin regelmäßig davon auszugehen, dass die Entscheidung für eine Befristung einen konkluidenten Ausschluss etwaiger or-

¹⁷⁸ Vgl. MünchKommBGB-Habersack, § 777 Rn. 4 mwN.

¹⁷⁹ MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 55; Soergel-Gröschler, § 765 Rn. 53; No-KoBGB-Beckmann, § 765 Rn. 71; Nobbe-Nobbe, § 765 Rn. 215; Meinhardt, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 102; Bydlinski, FS Schimansky, S. 299, 304.

¹⁸⁰ Vgl. Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 275, 514 f.

¹⁸¹ Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 275.

dentlicher Kündigungsmöglichkeiten umfasst.¹⁸² Wenn die Bürgschaftsparteien sich über ein bestimmtes Ereignis einigen, bei dessen Eintritt der geschlossene Bürgschaftsvertrag enden soll, wird die Einiung über den Beendigungszeitpunkt üblicherweise auch Ausdruck davon sein, dass eine frühere Beendigung des Bürgschaftsvertrages gerade nicht gewollt ist.

Allerdings sei der Vollständigkeit halber gesagt, dass auch ein zeitlich befristeter Bürgschaftsvertrag ordentlich kündbar ist, wenn die automatische Beendigung durch Zeitablauf derart weit in der Zukunft liegt, dass im Ergebnis – trotz der Befristung – eine unüberschaubare Bindung der Ressourcen des Bürgen vorliegt.¹⁸³ In diesem Fall muss derselbe Schutzgedanke eingreifen, wie bei unbefristeten Verträgen. Allerdings ist die Vereinbarung einer sehr weit in der Zukunft liegenden Befristung als Ausdruck dafür auszulegen, dass die Parteien eine sehr langdauernde Vertragsbindung wollten. Es ist daher von einem konkludent vereinbarten umfassenden Kündigungsaußschluss auszugehen. Eine ordentliche Kündigung ist je nach den Umständen des Einzelfalls erst nach Jahren oder sogar Jahrzehnten möglich.

c) Unbefristete Bürgschaft für Forderungen aus befristeten Verträgen

Problematisch ist die ordentliche Kündigung von unbefristeten Bürgschaften für Forderungen aus zeitlich befristeten Vertragsverhältnissen (hierzu unter **aa**), die insbesondere bei Mietverträgen vorkommen, und aus gegenständlich beschränkten Vertragsverhältnissen (hierzu unter **bb**), die beispielsweise beim ratenweise zu tilgenden Darlehen vorzufinden sind.

¹⁸² Vgl. für Arbeitsverträge BAG, NJW 1981, 246, 247 mwN; Bamberger/Roth-Fuchs, § 620 Rn. 55; für Mietverträge vgl. Hinz, NZM 2003, 659, 660; für Darlehensverträge vgl. Bamberger/Roth-Rohe, § 488 Rn. 25 mwN und 42.

¹⁸³ Siehe auch Staudinger-Horn, § 777 Rn. 12; Bydlinski, FS Schimansky, S. 299, 304.

aa) Zeitlich beschränkte Hauptforderung

Auch die Bürgschaft für Forderungen aus befristeten Vertragsverhältnissen ist ein Dauerschuldverhältnis und daher prinzipiell kündbar.¹⁸⁴ Die ordentliche Bürgschaftskündigung ist bei einer fehlenden vertraglichen Regelung aber auch hier nur möglich, wenn dies nach Treu und Glauben geboten beziehungsweise im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung anzunehmen ist.

Die Akzessorietät der Bürgschaft hat im Ergebnis zur Folge, dass eine unbefristete Bürgschaft für Forderungen aus befristeten Vertragsverhältnissen mittelbar ebenfalls zeitlich befristet ist, da sie mit Ablauf der Laufzeit des gesicherten Vertragsverhältnisses parallel zu diesem endet. Diese mittelbare Befristung des Bürgschaftsvertrages führt dazu, dass die bei potentiell ewig dauernden Verträgen typischerweise vorliegende Gefahr einer unüberschaubaren und daher unzumutbaren Einschränkung der Selbstbestimmung und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Parteien nicht vorliegt. Weder ist die Vertragsbindung des Bürgen unüberschaubar noch dauert der Vertrag potentiell ewig. Aufgrund von Erwägungen aus Treu und Glauben kommt die Gewährung eines ordentlichen Kündigungsrechts daher nicht in Betracht.

Auch eine ergänzende Vertragsauslegung zur Begründung eines ordentlichen Kündigungsrechts kommt regelmäßig nicht in Betracht.¹⁸⁵ Eine Regelungslücke ist entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu schließen.¹⁸⁶

¹⁸⁴ AA wohl *Derleder/Bartels* (FuR 1995, 224, 225, 227), die Bürgschaften für Verbindlichkeiten, die nicht aus Vertragsverhältnissen mit unbestimmter Laufzeit stammen, offenbar nicht für Dauerschuldverhältnisse halten und daher deren Kündbarkeit generell ablehnen.

¹⁸⁵ So im Ergebnis auch *Bamberger/Roth-Rohe* (§ 765 Rn. 137), der wohl von einem konkluidenten Ausschluss der ordentlichen Kündigung bei Bürgschaften für Forderungen aus befristeten Vertragsverhältnissen ausgeht und *Bydlinski* (FS Schimansky, S. 299, 304), welcher die Gewährung eines Kündigungsrechts von einer Interessenabwägung abhängig machen möchte, welche bei der Bürgschaft für befristete Vertragsverhältnisse angesichts des überschaubaren Risikos des Bürgen zulasten des Bürgen ausfalle. Für eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit nur bei „auf unbestimmte Zeit eingegangene Kreditbürgschaften“ auch *Nobbe-Nobbe*, § 765 Rn. 215.

¹⁸⁶ Vgl. *Prütting/Wegen/Weinreich-Brinkmann*, § 157 Rn. 15, 24, 26 mwN.

Hierfür ist maßgeblich, welche Regelung die Parteien im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten.¹⁸⁷ Bei einer Bürgschaft für eine befristete Hauptforderung ist dem Bürgen ohne Weiteres zumutbar, bis zum Ende des Bürgschaftsvertrages, dessen Dauer bei Vertragsschluss anhand der Befristung des gesicherten Schuldverhältnisses bereits bestimmt ist, gebunden zu bleiben. Ohne die Gefahr einer unüberschaubaren und daher unzumutbaren Einschränkung der Selbstbestimmung und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Bürgen wäre der Bürgschaftsgläubiger nicht redlicherweise verpflichtet gewesen, sich auf die Vereinbarung eines ordentlichen Kündigungsrechts einzulassen.

bb) Gegenständlich beschränkte Hauptforderung

Wenn eine Bürgschaft gegenständlich beschränkte Verbindlichkeiten besichert und die Leistungspflicht des Bürgen nicht aufgrund einer weiten Sicherungszweckabrede ausgedehnt werden kann, liegt die bei potentiell ewig dauernden Verträgen typischerweise vorliegende Gefahr einer unüberschaubaren und daher unzumutbaren Einschränkung der Selbstbestimmung und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Bürgen nicht vor. Dies gilt jedenfalls, wenn die Bürgschaft eine Verbindlichkeit besichert, die nach einem feststehenden Zeitplan ratenweise getilgt wird oder für die eine Endfälligkeit vereinbart ist. In diesem Fall ist die Bürgschaft aufgrund ihrer Akzessorietät nicht potentiell unendlich, da sie gemeinsam mit der gesicherten Hauptforderung zu einem bei Vertragsschluss bereits bestimmbaren Zeitpunkt erlöschen wird.

Im Einzelfall kann sich etwas anderes ergeben, insbesondere wenn der Zeitpunkt der Tilgung der gesicherten Hauptforderung, zum Beispiel durch wiederholte Stundungen und Fristverlängerungen, nicht mehr als vorhersehbar eingestuft werden kann. Die Umschuldung eines endfälligen Darlehens am Ende der Laufzeit führt normalerweise

¹⁸⁷ BGH, NJW 2012, 1348, 1349, NJW-RR 1990, 817, 819 (jeweils mwN).

nicht zu einer unüberschaubaren Ausdehnung der Bürgschaftsschuld, da das neue Darlehen nicht automatisch von der Bürgschaft für das Ursprungsdarlehen erfasst wird; hierbei handelt es sich daher um eine neue Bürgschaft. Etwas anderes kann freilich gelten, wenn die Umenschuldung durch denselben Gläubiger erfolgt und zuvor eine weite Sicherungszweckabrede vereinbart wurde. In diesem Fall würde die Bürgschaft fortbestehen und das neue Darlehen als zusätzliche Verbindlichkeit besichern.

Bürgschaften für gegenständlich begrenzte Verbindlichkeiten des Hauptschuldners beziehen sich häufig auf Darlehensrückzahlungsansprüche, die vom Hauptschuldner ratenweise oder endfällig getilgt werden. Bei solchen sogenannten Tilgungsdarlehen werden die Darlehensbeträge in der Regel kurz nach Vertragsschluss voll valutiert. Die Einstandspflicht des Bürgen entsteht daher ohnehin direkt am Anfang des Vertragsverhältnisses in voller Höhe und kann durch eine Kündigung nicht beseitigt werden.

d) Bürgschaftsvertrag mit Mindestlaufzeit

Bei Abschluss eines Bürgschaftsvertrags ist es – wie bei allen Dauerschuldverhältnissen¹⁸⁸ – grundsätzlich möglich, die ordentliche Kündigung, jedenfalls für einen bestimmten Zeitraum, vertraglich auszuschließen.¹⁸⁹ Es ist demnach ohne Weiteres zulässig, einen Bürgschaftsvertrag mit einer bestimmten Mindestlaufzeit abzuschließen. Bis zum Ablauf der Bindungsfrist ist eine ordentliche Kündigung nicht möglich.

e) Bürgschaft für Forderungen aus Verträgen mit einer Mindestlaufzeit

Wenn eine Bürgschaft sich auf einen Vertrag mit einer Mindestlaufzeit bezieht, für den die ordentliche Kündigung innerhalb eines bestimmten Zeitraums ausgeschlossen ist, führt das nicht automatisch dazu,

¹⁸⁸ Vgl. Staudinger-Olsen, § 241 Rn. 379.

¹⁸⁹ Vgl. Staudinger-Horn, Vorb. §§ 765 ff. Rn. 56; angedeutet bei *Derleder* (NJW 1986, 97, 102) und *Meinhardt* (Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 93).

dass auch für den Bürgschaftsvertrag die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist. Anders als bei der befristeten Bürgschaft oder der Bürgschaft für befristete Vertragsverhältnisse, ist der Beendigungszeitpunkt bei einer Bürgschaft für Vertragsverhältnisse mit einer Mindestlaufzeit nicht absehbar. Das gesicherte Vertragsverhältnis und damit auch die Bürgschaft können ohne Weiteres über die Mindestlaufzeit hinaus weiterbestehen. Es besteht daher die bei potentiell ewig dauernden Verträgen typischerweise vorliegende Gefahr einer unüberschaubaren und daher unzumutbaren Einschränkung der Selbstbestimmung und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Bürgen. Auch Bürgschaften für gesicherte Vertragsverhältnisse mit Mindestlaufzeit müssen daher nach allgemeinen Grundsätzen prinzipiell ordentlich kündbar sein.

Der Umstand, dass ein ordentliches Kündigungsrecht in dem gesicherten Vertragsverhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgschaftsgläubiger für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen wurde, berührt das Vertragsverhältnis zwischen Bürgschaftsgläubiger und Bürgen grundsätzlich nicht. Die Akzessorietät der Bürgschaft führt zwar dazu, dass sie in ihrem Bestand von der Hauptforderung abhängig ist, nicht jedoch dazu, dass alle Nebenabreden im gesicherten Vertragsverhältnis automatisch auch für die Bürgschaft gelten. Die Ansicht¹⁹⁰, dass eine Mindestlaufzeit des gesicherten Vertragsverhältnisses regelmäßig zu einem Kündigungsausschluss für den Bürgschaftsvertrag führt, ist daher zu weitgehend und abzulehnen.

Ein solcher Kündigungsausschluss kann in Bezug auf den Bürgschaftsvertrag auch nicht mittels ergänzender Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB als gewollt angenommen werden. Zum einen ist bereits das Vorliegen einer ungewollten Regelungslücke zweifelhaft. Der Bürge und der Bürgschaftsgläubiger haben gerade keinen Kündigungsausschluss vereinbart, obwohl sie es hätten tun können.¹⁹¹ Zum anderen ist auch nicht ersichtlich, warum der Bürge sich in einer solchen Situation – hätten die Parteien die Regelungsbedürftigkeit bei Vertragsschluss erkannt – nach Treu und Glauben auf einen Ausschluss der ordentlichen Kündigung für das Bürgschaftsverhältnis hätte einlassen müssen. Es liegt letztlich im Verantwortungsbereich

¹⁹⁰ So aber wohl *Derleder*, NJW 1986, 97, 102.

¹⁹¹ Vgl. *Meinhardt*, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 93.

des Bürgschaftsgläubigers zu entscheiden, ob die angebotene Sicherheit ihm für den Vertragsabschluss mit dem Hauptschuldner ausreicht oder ob er langfristigere Sicherheiten benötigt. Des Weiteren ist der Bürgschaftsgläubiger für den Fall einer vorzeitigen Bürgschaftskündigung innerhalb der Mindestlaufzeit des gesicherten Vertragsverhältnisses nicht schutzlos. Erstens wird der Wegfall von Sicherheiten im gesicherten Vertragsverhältnis regelmäßig einen außerordentlichen Kündigungsgrund für den Bürgschaftsgläubiger darstellen, beispielsweise nach § 490 Abs. 1 BGB.¹⁹² Zweitens wird die ordentliche Bürgschaftskündigung erst nach Ablauf einer Kündigungsfrist wirksam, die regelmäßig so zu bemessen sein wird, dass dem Bürgschaftsgläubiger genug Zeit zur Verfügung steht, um eine Nachbesicherung zu fordern oder, wenn diese nicht erfolgt, die Beendigung des gesicherten Vertragsverhältnisses herbeizuführen.

f) Höchstbetragsbürgschaften

Bei einer Höchstbetragsbürgschaft verpflichtet sich der Bürge, für die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners aus dem Vertragsverhältnis mit dem Bürgschaftsgläubiger nur bis zur Erreichung eines bestimmten Maximalbetrages einzustehen. Anders als bei der gegenständlich beschränkten Bürgschaft ist bei der Höchstbetragsbürgschaft nicht eine bestimmte Verbindlichkeit gesichert, sondern ein betragsmäßiger Rahmen gesetzt, der jederzeit wieder mit neuen Verbindlichkeiten unterlegt werden kann. Diese Gestaltung wird insbesondere gewählt, um revolvierende Verbindlichkeiten zu besichern. *Derleder*¹⁹³ geht davon aus, dass bei einer Höchstbetragsbürgschaft der Wille der Bürgschaftsparteien erkennbar sei, dass der Bürge so lange haften solle, bis dieser Höchstbetrag normalerweise erreicht sein kann. Daher sei bei einer fehlenden Regelung im Bürgschaftsvertrag jedenfalls im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung von einem Ausschluss der ordentlichen Kündigung für diesen Zeitraum auszugehen.

Auch für Höchstbetragsbürgschaften kann aber nicht *per se* von einem konkludent vereinbarten Kündigungsaußschluss ausgegangen

¹⁹² Vgl. *Meinhardt*, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 94.

¹⁹³ *Derleder*, NJW 1986, 97, 103.

werden. Die Höchstbetragsbürgschaft ist zwar der Höhe nach begrenzt, nicht aber in zeitlicher Hinsicht. Die Höchstbetragsbürgschaft endet nicht automatisch, wenn die gesicherte Hauptforderung den vereinbarten Höchstbetrag der Bürgschaft erreicht hat. Sie sichert dann lediglich die über den Höchstbetrag hinausgehenden Forderungen des Bürgschaftsgläubigers nicht mehr ab. Sofern die Höchstbetragsbürgschaft nicht zwischenzeitlich gekündigt wird und die Einstandspflichten des Bürgen damit auf die zum Wirksamkeitszeitpunkt der Kündigung bereits entstandenen Forderungen des Bürgschaftsgläubigers begrenzt sind, können sich dessen Einstandspflichten nach einem zwischenzeitlichen Absinken des Forderungsniveaus wieder bis zu dem vereinbarten Höchstbetrag erhöhen.

Die Einigung über einen Höchstbetrag der Einstandspflichten des Bürgen lässt keine Rückschlüsse auf die zeitliche Dimension der Bürgschaftsverpflichtung zu. Zwar gibt der Bürge zu erkennen, dass er grundsätzlich bereit ist, für den vereinbarten Höchstbetrag zu haften. Es erscheint jedoch zu weitgehend aus dieser Bereitschaft außerdem zu schließen, dass die Parteien sich dadurch über einen Mindestzeitraum für die Aufrechterhaltung der Bürgschaft einig waren. Eine Höchstbetragsbürgschaft wird regelmäßig vor allem deswegen vereinbart werden, weil der Bürge entweder eine begrenzte Leistungsfähigkeit oder einen begrenzten Leistungswillen hat. Über die zeitliche Dimension seiner Leistungsbereitschaft sagt dieser Umstand nichts aus. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Parteien – wäre dies gewollt gewesen – neben dem Höchstbetrag für die Bürgschaft auch eine Mindestlaufzeit vereinbart hätten. Für die ergänzende Vertragsauslegung fehlt es demnach bereits an einer Regelungslücke.

2. Voraussetzungen der ordentlichen Kündigung

Für die Fälle, in denen die ordentliche Bürgschaftskündigung zulässig ist, wird darüber diskutiert, ob eine ordentliche Kündigung jederzeit ausgesprochen werden kann oder ob zunächst – unabhängig von oder anstatt einer Kündigungsfrist – eine diesbezügliche Wartefrist eingehalten werden muss. Es folgt zunächst eine Darstellung der Positionen,

die in Rechtsprechung und Rechtslehre vertreten werden (hierzu unter **a**), um anschließend hierzu Stellung zu nehmen (hierzu unter **b**)).

a) Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre

Die Rechtsprechung gewährt das Recht einer ordentlichen Bürgschaftskündigung erst nach dem „Ablauf eines gewissen Zeitraums“.¹⁹⁴ Dieses Erfordernis wurde in der Rechtslehre weitgehend übernommen,¹⁹⁵ wobei sich die Diskussion üblicherweise nur um die Länge der einzu haltenden Wartefrist rankt. Es werden Wartezeiträume von zwei¹⁹⁶, drei¹⁹⁷, drei bis fünf¹⁹⁸ oder fünf¹⁹⁹ Jahren vertreten.

In weiten Teilen der Rechtsprechung und Rechtslehre wird ohne weitere Begründung vertreten, dass der Bürge auf die Belange des Hauptschuldners und des Bürgschaftsgläubigers Rücksicht zu nehmen habe und daher eine Frist einzuhalten sei, damit diese sich auf die veränderte Lage einstellen können.²⁰⁰ Die eigentliche Kündigungsfrist für die ordentliche Bürgschaftskündigung und die Wartefrist, in der eine Kündigung nicht ausgesprochen werden kann, werden hierbei regelmäßig nicht separat diskutiert, sondern einheitlich betrachtet. Unklar

¹⁹⁴ BGH, NJW-RR 1993, 944, 944f., NJW 1986, 252, 253; WM 1959, 855, 856; OLG Düsseldorf, NZM 1999, 620, 620; vom „Verlauf eines angemessenen Zeitraums“ spricht das RG, JW 1911, 441, 447; Warn 1913, (Nr. 289) 340, 341; 1914, (Nr. 158) 215, 215.

¹⁹⁵ Vgl. auch Staudinger-Horn, Vorb. §§ 765 ff. Rn. 56 und § 765 Rn. 267; Münch-KommBGB-Habersack, § 765 Rn. 55; Erman-Herrmann, § 765 Rn. 8; Palandt-Sprau, § 765 Rn. 16; Bamberger/Roth-Rohe, § 765 Rn. 137; NoKoBGB-Beckmann, § 765 Rn. 72; Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 27 Rn. 81; Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, § 91 Rn. 490; E/B/J/S-Füller, Rn. IV 596; Bydlinski, FS Schimansky, S. 299, 304 f.; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, S. 43; Lwowski/Fischer/Langenbucher-Fischer, § 9 Rn. 132; ähnlich auch Bülow (Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 951), der im Ablauf eines gewissen Zeitraums einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung sieht.

¹⁹⁶ RG, Warn 1914, (Nr. 158) 215, 215 f.; LG München I, WuM 1985, 293, 294.

¹⁹⁷ BGH, NJW 1985, 3007, 3008; Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, § 91 Rn. 493.

¹⁹⁸ Schimansky/Bunte/Lwowski-Schmitz/Wassermann/Nobbe (3. Aufl.), § 91 Rn. 199.

¹⁹⁹ Bydlinski, FS Schimansky, S. 299, 307; Derleder hält diesen Zeitraum für Kredit-höchstbetragsbürgschaften (NJW 1986, 97, 103) und für Mietbürgschaften (NZM 2007, 601, 608) für angemessen.

²⁰⁰ BGH, NJW 1986, 252, 253; WM 1959, 855, 856; Staudinger-Horn, § 765 Rn. 267; Bub/Kraemer-von der Osten, Kap III.A Rn. 2157.

bleibt, ob sich nur die Kündigungsfrist oder auch die Wartefrist aus dem Rücksichtnahmegebot ergeben soll.

Derleder²⁰¹ begründet eine Wartefrist für die Kündigung von Höchstbetragsbürgschaften mit einem im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung vereinbarten Kündigungsausschluss. Derselbe Gedanke liegt anscheinend auch zwei Reichsgerichtsentscheidungen zugrunde, in denen darauf abgestellt wird, dass eine Bürgschaftskündigung nach zwei Jahren nicht gegen den nach vermutlichem Parteiwillen vorliegenden Kündigungsausschluss verstöße.²⁰² Auch hier war wohl gemeint, dass das aus der ergänzenden Vertragsauslegung hergeleitete Recht zur ordentlichen Kündigung nur dann dem hypothetischen Willen der Vertragsparteien entspricht, wenn bereits ein gewisser Zeitraum verstrichen ist. Das *Reichsgericht* war offenbar der Ansicht, dass entweder für einen gewissen Zeitraum durch ergänzende Vertragsauslegung ein Kündigungsausschluss anzunehmen ist oder dass das Recht zur ordentlichen Kündigung überhaupt erst nach einem angemessenen Zeitablauf entsteht.

b) Stellungnahme

Das Erfordernis einer allgemeinen Wartefrist für die ordentliche Bürgschaftskündigung ist abzulehnen.²⁰³ Die in Rechtsprechung und Rechtslehre hierzu geführte Diskussion ist ein weiterer Ausfluss der unklaren Abgrenzung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung im Bürgschaftsrecht und der unsachgemäßen Vermischung der Voraussetzungen dieser beiden Rechtsinstitute. In Bezug auf die außerordentliche Kündigung wird in der bürgschaftsrechtlichen Diskussion teilweise, trotz Vorliegen eines wichtigen Grundes, die Einhaltung einer systemwidrigen Kündigungsfrist verlangt. In Bezug auf das eigentlich voraussetzungslose²⁰⁴ Beendigungsinstrument der ordentlichen Kündigung wird demgegenüber systemwidrig die

²⁰¹ Derleder, NJW 1986, 97, 103.

²⁰² RG, JW 1911, 441, 447; Warn 1914, (Nr. 158) 215, 216.

²⁰³ So auch Derleder, NJW 1986, 97, 102; Meinhardt, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 73.

²⁰⁴ Vgl. Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 297. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind im Wohnraum- und Arbeitsrecht gesetzlich normiert.

Einhaltung einer Wartefrist gefordert. Eine dogmatische Herleitung dieser Wartefrist erfolgt jedoch – abgesehen von dem Begründungsansatz von *Derleder* – regelmäßig nicht.

Das Erfordernis einer allgemeinen Wartefrist für die ordentliche Bürgschaftskündigung ist abzulehnen; die – unter Umständen auch konkludente – Vereinbarung eines Kündigungsausschlusses ist demgegenüber, wie oben bereits unter 1.d) bis 1.f) diskutiert, möglich. Ein solcher Ausschluss ist ohne ausdrückliche Vereinbarung jedoch nicht für jede Bürgschaft uneingeschränkt im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung anzunehmen. Der Bürgschaftsgläubiger hat es selbst in der Hand, eine Mindestlaufzeit mit dem Bürgen zu vereinbaren und damit eine zeitliche Kontinuität für die vereinbarte Bürgschaft herbeizuführen. Zum Beispiel bei Darlehensbürgschaften macht der Bürgschaftsgläubiger von der Möglichkeit, eine Mindestvertragslaufzeit zu vereinbaren, regelmäßig Gebrauch. Die gängigen Bürgschaftsformulare schreiben alle eine Wartefrist fest, innerhalb derer die Bürgschaft nicht ordentlich gekündigt werden kann.²⁰⁵ Eine solche Mindestvertragslaufzeit ist weder im Interesse des Bürgen noch liegt deren Vereinbarung in seinem Verantwortungsbereich. Wenn eine Regelung im Bürgschaftsvertrag fehlt, kann im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung daher auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Bürgen sich redlicherweise auf die Vereinbarung einer Mindestlaufzeit hätte einlassen müssen. Für den Bürgschaftsgläubiger besteht bei einer fehlenden Mindestlaufzeit auch nicht die Gefahr, dass er im Falle der Bürgschaftskündigung rückwirkend ungesichert ist, da bereits entstandene Einstandspflichten des Bürgen für Verbindlichkeiten des Hauptschuldners durch die Bürgschaftskündigung nicht berührt werden. Um zu verhindern, dass ungesicherte neue Verbindlichkeiten des Hauptschuldners entstehen, muss der Bürgschaftsgläubiger sein Vertragsverhältnis mit diesem dann gegebenenfalls vor dem Wirksamkeitszeitpunkt der ordentlichen Bürgschaftskündigung beenden.

²⁰⁵ Vgl. MünchForm WR-Haag, Kap. III. H. 8. Nr. 9.

3. Kündigungsfrist

Im Bürgschaftsrecht wird auch der Umfang der Kündigungsfrist, die im Falle der ordentlichen Bürgschaftskündigung einzuhalten ist, kontrovers diskutiert. Es folgt zunächst eine Darstellung der Positionen, die in Rechtsprechung und Rechtslehre vertreten werden (hierzu unter **a**), um anschließend hierzu Stellung zu nehmen (hierzu unter **b**).

a) Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre

Der Umfang der Kündigungsfrist für eine ordentliche Bürgschaftskündigung ist bei einer fehlenden vertraglichen Regelung nach allgemeinen Grundsätzen anhand einer Interessenabwägung zu bestimmen. In Rechtsprechung und Rechtslehre gibt es Stimmen, die hierbei die Interessen des Hauptschuldners für berücksichtigungsfähig halten und andere, die dies verneinen (hierzu unter **aa**)). Es gibt ein großes Spektrum an spezifischen Kündigungsfristen, die in Rechtsprechung und Rechtslehre im Einzelfall für angemessen erachtet wurden (hierzu unter **bb**)).

aa) Berücksichtigungsfähige Interessen

Nach einem Teil der Rechtsprechung und Rechtslehre sind für die Interessenabwägung, anhand derer die Kündigungsfrist für eine ordentliche Bürgschaftskündigung zu bestimmen ist, neben den Interessen des Bürgschaftsgläubigers auch die Interessen des Hauptschuldners berücksichtigungsfähig. Der Umfang der Kündigungsfrist sei bei der ordentlichen Bürgschaftskündigung danach auszurichten, dass der Bürgschaftsgläubiger und der Hauptschuldner sich auf die veränderte Lage einstellen können.²⁰⁶

Ein anderer Teil der Rechtsprechung und Rechtslehre hält die Belange des Hauptschuldners für die Dimensionierung der Kündigungsfrist demgegenüber nicht für maßgeblich. Berücksichtigungsfähig sei-

²⁰⁶ BGH, NJW 1986, 252, 253; WM 1959, 855, 856; Staudinger-Horn, § 765 Rn. 267; NoKoBGB-Beckmann, § 765 Rn. 72; Bub/Kraemer-von der Osten, Kap. III.A Rn. 2156; Bydlinski, FS Schimansky, S. 299, 308.

en lediglich die berechtigten Belange der Bürgschaftsparteien, also des Bürgschaftsgläubigers und des Bürgen.²⁰⁷

bb) Konkret vertretene Kündigungsfristen

Für die Darlehensbürgschaft wird allgemein eine Orientierung der Kündigungsfrist an der dreimonatigen Frist des § 488 Abs. 3 S. 2 BGB für die ordentliche Darlehenskündigung als angemessen angesehen²⁰⁸ und teilweise vorgeschlagen, diese Frist auch auf andere Bürgschaftstypen anzuwenden²⁰⁹.

*Stötter*²¹⁰ spricht sich allgemein für eine Kündigungsfrist von sechs Monaten aus.

Für die Kündigung einer Mietbürgschaft sah das *LG München I* eine Kündigungsfrist von zehn Monaten jedenfalls als ausreichend an,²¹¹ *Derleder* propagiert für Mietbürgschaften eine Kündigungsfrist von drei Monaten²¹².

b) Stellungnahme

Wenn die Bürgschaftsparteien eine ordentliche Kündigung nicht geregelt haben, sind deren Voraussetzungen und insbesondere die einzu haltende Kündigungsfrist nach allgemeinen Grundsätzen im Wege einer Interessenabwägung zu bestimmen. Es folgt zunächst eine Be-

²⁰⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1999, 3128, 3128; MünchKommBGB-*Habersack*, § 765 Rn. 55; Bamberger/Roth-Rohe, § 765 Rn. 137; E/B/J/S-*Füller*, Rn. IV596; Schimansky, FS Hadding, S. 1081, 1089; *Derleder*, NJW 1986, 97, 102; wohl auch *Meinhardt* (Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 63), der aber bzgl. der außerordentlichen Kündigung dennoch die Belange des Hauptschuldners für berücksichtigungswürdig erachtet (vgl. S. 81).

²⁰⁸ MünchKommBGB-*Habersack*, § 765 Rn. 55; Soergel-*Gröschler*, § 765 Rn. 53; Erman-*Herrmann*, § 765 Rn. 8; *Derleder*, NJW 1986, 97, 102; *Dähn*, ZBB 2000, 61, 66; V. *Stötter*/K. *Stötter*, DB 1987, 1621, 1623; *Meinhardt*, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 74.

²⁰⁹ *Bydlinski*, FS Schimansky, S. 299, 309.

²¹⁰ *V. Stötter* (DB 1968, 603, 606) geht allerdings auch von der vollständigen und rückwirkenden „Enthaftung“ des Bürgen nach dem Ablauf dieses Zeitraums aus.

²¹¹ LG München I, WuM 1985, 293, 293.

²¹² *Derleder*, NZM 2007, 601, 608.

stimmung der berücksichtigungsfähigen Interessen (hierzu unter **aa**), um anschließend anhand der erforderlichen Interessenabwägung den Maßstab für die Festlegung der für die verschiedenen Bürgschaftstypen unterschiedlich ausfallenden Kündigungsfristen darzustellen (hierzu unter **bb**).

aa) Berücksichtigungsfähige Interessen

Nach der gesetzlichen Konzeption der Bürgschaft sind die folgenden grundlegenden Interessen des Bürgschaftsgläubigers und des Bürgen anerkannt:²¹³

Der Bürgschaftsgläubiger hat hinsichtlich seines Anspruchs gegen den Hauptschuldner ein Sicherungsinteresse, das sich auch auf zukünftige Forderungen bezieht. Ihm ist daran gelegen, dass das Verhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner sein Vertragsverhältnis zum Bürgschaftsschuldner unberührt lässt. Zudem möchte er den Bürgen nur in möglichst geringem Umfang über sein Verhältnis zum Hauptschuldner informieren müssen. Er hat ein Interesse daran, dass geringe Schwellen für die Inanspruchnahme des Bürgen bestehen.

Der Bürge hat ein Interesse am Nichteintritt des Sicherungsfalls und daran, dass er erst in Anspruch genommen wird, wenn der Hauptschuldner tatsächlich mit der Forderungsbegleichung ausfällt. Die Identität der Bürgschaftsschuld soll eindeutig sein und sich nicht auf Forderungen beziehen, die nach Abgabe der Bürgschaft entstehen. Er hat ein Interesse an einem Übereilungsschutz und daran, dass er bei einer Inanspruchnahme die Schutz- und Gegenrechte des Hauptschuldners genießt. Schließlich hat er ein Interesse an dem Regressanspruch gegen den Hauptschuldner.

Der Hauptschuldner und der Bürge sowie der Hauptschuldner und der Bürgschaftsgläubiger sind zwar ebenfalls durch Vertragsverhältnisse verbunden, die regelmäßig den Anlass für die Übernahme der Bürgschaft bilden. Die Interessen des Hauptschuldners spielen in der gesetzlichen Konzeption der Bürgschaft aber keine Rolle. Dies gilt

²¹³ Die Darstellung der gegenläufigen Interessen des Bürgen und des Bürgschaftsgläubigers orientiert sich an der umfassenden Ausarbeitung von Schröder, Interessengegensätze beim Personalkredit, S. 54 ff., insbesondere S. 77 f.

unabhängig davon, dass die Interessen des Hauptschuldners durch die Bürgschaftskündigung mittelbar betroffen sind, da diese regelmäßig zu Veränderungen in seinem Vertragsverhältnis zu dem Bürgschaftsgläubiger führen wird.

Eine Berücksichtigung der Interessen des Hauptschuldners ist nur denkbar, wenn dieser durch die Bürgschaft eine derart gesicherte Rechtsposition erlangt hat, dass diese ihm nicht ohne Rücksicht auf seine Belange entzogen werden dürfte.

Das Bürgerliche Recht kennt Konstellationen, in denen Drittinteressen in Vertragsverhältnissen beachtet werden müssen. Der Eigentümer einer Sache darf zum Beispiel nicht mehr frei über diese verfügen, wenn ein Dritter bereits ein Anwartschaftsrecht an dieser erworben hat. Beim Vertrag zugunsten Dritter gilt, dass sobald der Dritte mit Abschluss des Vertrages zugunsten Dritter eine unentziehbare Rechtsposition erlangt hat, der Versprechensempfänger Gestaltungsrechte gegenüber dem Versprechenden nur noch mit der Zustimmung des Dritten ausüben darf.²¹⁴ Dies gilt insbesondere auch für die Kündigung des Vertragsverhältnisses.²¹⁵ Ob der Dritte eine unentziehbare Position erlangt hat, ist bei Fehlen einer vertraglichen Regelung durch Auslegung zu ermitteln, wobei beim echten Vertrag zugunsten Dritter die Auslegungsregel des § 328 Abs. 2 BGB im Zweifel für ein Zustimmungserfordernis spricht.²¹⁶

Das Bürgschaftsdreieck ist ein rein schuldrechtliches Rechtsverhältnis. Ein Vergleich mit den sachenrechtlichen Grundsätzen des Anwartschaftsrechtes verbietet sich daher. Anders als im Sachenrecht erlangen weder der Bürgschaftsgläubiger noch der Hauptschuldner durch das Bürgschaftsversprechen eine dingliche Rechtsposition. Sie sind daher auch nicht nach sachenrechtlichen Grundsätzen zu schützen. Für das schuldrechtliche Bürgschaftsdreieck liegt ein Vergleich mit dem Rechtsinstitut des Vertrags zugunsten Dritter daher näher.

Die Bürgschaft erinnert ihrer Konzeption nach an einen Vertrag zugunsten Dritter. Der Bürgschaftsgläubiger und der Bürge schließen einen Vertrag, in dem der Bürge sein Leistungsversprechen abgibt, damit der Bürgschaftsgläubiger einen Vertrag mit dem Hauptschuldner

²¹⁴ Vgl. RGZ 101, 275, 276 f.

²¹⁵ Schulze-Schulze, § 328 Rn. 11.

²¹⁶ Staudinger-Jagmann, 13. Bearbeitung 1995, § 328 Rn. 69.

schließt, für den der Bürgschaftsgläubiger vorleistungspflichtig ist. Der Bürge ist als Vertragspartner des Bürgschaftsgläubigers vergleichbar mit dem Versprechensempfänger beim Vertrag zugunsten Dritter, der Bürgschaftsgläubiger ist vergleichbar mit dem Versprechenden und der Hauptschuldner ist wie der Dritte, der von dem Vertrag zwischen zwei anderen Parteien profitiert. Ein entscheidender Unterschied ist aber, dass der Bürgschaftsgläubiger nicht aufgrund des Vertrages mit dem Bürgen leistet, sondern dieser nur Voraussetzung für den Abschluss eines eigenen Vertrages des Bürgschaftsgläubigers mit dem Hauptschuldner ist. Daher kommen auch keine Genehmigungspflichten für den Fall einer Bürgschaftskündigung in Betracht. Der Hauptschuldner hat anders als beim echten Vertrag zugunsten Dritter kein Forderungsrecht gegen den Bürgschaftsgläubiger und daher eine weit schwächere Position als der dortige Dritte.

Im Ergebnis ist der Hauptschuldner weder Inhaber einer dinglichen noch einer schuldrechtlichen Rechtsposition, die im Bürgschaftsverhältnis berücksichtigungsfähig wäre. Allein aus moralischen Gesichtspunkten kann keine Rücksichtnahmepflicht im Bürgschaftsverhältnis hergeleitet werden. Eine Auflösung etwaiger Interessenkonflikte sollte innerhalb der jeweiligen betroffenen Vertragsverhältnisse erfolgen. Sofern die Kündigung der Bürgschaft Haupt- oder Nebenpflichten innerhalb des Vertrags- oder Gefälligkeitsverhältnisses zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner verletzt, muss der Hauptschuldner dies dem Bürgen gegenüber im Wege der Unterlassungsklage oder nachlaufend als Schadensersatz geltend machen. Wenn der Bürgschaftsgläubiger das Vertragsverhältnis zum Hauptschuldner wegen der Bürgschaftskündigung ungerechtfertigt aufkündigt, muss der Hauptschuldner auch daraus entstehende Nachteile im Verhältnis zum Bürgschaftsgläubiger auflösen.

bb) Interessenabwägung

Grundsätzlich gilt, dass der Bürge ein schutzwürdiges Interesse daran hat, die Bürgschaft mit einer möglichst kurzen Kündigungsfrist zu beenden, um seine Einstandspflicht zu begrenzen. Der Bürgschaftsgläubiger hingegen hat ein schützenswertes Interesse daran, dass nicht ge-

gen seinen Willen ungesicherte Verbindlichkeiten des Hauptschuldners entstehen.

Eine einheitliche Kündigungsfrist ist angesichts der unterschiedlichen Typen von Vertragsverhältnissen, die durch eine Bürgschaft gesichert werden können, nicht interessengerecht. Dies ergibt sich daraus, dass das Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers abhängig davon unterschiedlich zu beurteilen ist, wie lange der Bürgschaftsgläubiger brauchen würde, um sich gegebenenfalls vom Vertragsverhältnis mit dem Hauptschuldner zu lösen. Der hierfür erforderliche Zeitraum differiert je nach gesichertem Vertragstypus.

Es ist daher erforderlich, die Kündigungsfrist für eine ordentliche Bürgschaftskündigung für die gängigen Bürgschaftskonstellationen, also die Darlehensbürgschaft (hierzu unter (1)), Mietbürgschaft (hierzu unter (2)) und Gewährleistungsbürgschaft (hierzu unter (3)), auszudifferenzieren.

(1) Darlehensbürgschaften

Bei der Darlehensbürgschaft ist eine sehr kurze Kündigungsfrist interessengerecht.

Für den Bürgen ist die Gefahr der kurzfristigen Ausweitung seiner Einstandspflicht besonders hoch. Das ergibt sich bei Bestehen der üblichen weiten Sicherungszweckabrede daraus, dass innerhalb der Kündigungsfrist neue Verbindlichkeiten begründet werden können. Bei der Bürgschaft für eine Kreditlinie hat der Hauptschuldner prinzipiell die Möglichkeit, diese vor dem Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung noch voll auszuschöpfen. Sowohl für die neuen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners wie auch für die Ausschöpfung einer bestehenden Kreditlinie hätte der kündigende Bürge im Sicherungsfall einzustehen, wobei es sich um erhebliche Summen handeln kann.

Der Bürgschaftsgläubiger hingegen hat wirksame Instrumente zur Hand, um die Entstehung ungewollt ungesicherter Verbindlichkeiten zu verhindern. Wenn der Hauptschuldner keinen Anspruch auf weitere Darlehensgewährung durch den Bürgschaftsgläubiger hat, kann der Bürgschaftsgläubiger die Gewährung neuer Darlehen von der Beibringung neuer Sicherheiten abhängig machen. Bei der Kündigung einer Bürgschaft für eine nicht ausgeschöpfte Kreditlinie kann der Darle-

hensgeber den noch nicht valutierten Teil des Darlehens wegen der veränderten Sicherheitenlage gemäß § 490 Abs. 1 Alt. 1 BGB außerordentlich kündigen. Anders als in anderen Rechtsverhältnissen ist im Darlehensrecht eine Teilkündigung uneingeschränkt zulässig.²¹⁷

Bei der Darlehensbürgschaft reicht daher eine Kündigungsfrist im Sinne einer Bearbeitungsfrist aus.²¹⁸ Hierfür dürften angesichts der heutigen Datenverarbeitungsmöglichkeiten nicht mehr als zwei bis drei Werkstage erforderlich sein.

Gewährt der Bürgschaftsgläubiger dem Hauptschuldner innerhalb dieser kurzen Kündigungsfrist dennoch neue Darlehen, so ist es ihm nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB insoweit versagt, den Bürgen bei Ausfall des Rückforderungsanspruches in Anspruch zu nehmen.²¹⁹ Dies gilt für ausdrückliche Ausweitungen der Kreditlinie sowie für geduldete Überziehungen des Kreditrahmens.²²⁰ Soweit Darlehen dem Hauptschuldner – beispielsweise durch die Gewährung einer (noch nicht ausgeschöpften) Kreditlinie – bereits zugesichert waren, muss differenziert werden. Hat der Hauptschuldner die ihm gewährte Kreditlinie zum Zeitpunkt der Bürgschaftskündigung nicht voll ausgeschöpft, so führt nicht jede weitere Nutzung der selbigen dazu, dass der Bürge dafür im Sicherungsfall nicht in Anspruch genommen werden darf. Es kommt darauf an, ob die Inanspruchnahme weiterer Darlehen unterhalb der zugesagten Kreditlinie dem üblichen Geschäftsverkehr entspricht, oder ob es sich um eine Art Vorratsdarlehen im Hinblick auf die Bürgschaftskündigung und die daher zu erwartende Teilkündigung der Kreditlinie durch den Darlehensgeber handelt. Während der laufenden Kündigungsfrist führt nur die Nutzung der Kreditlinie im Rahmen des üblichen Geschäftsverkehrs zu einer Erhöhung der Einstandspflichten des Bürgen.²²¹ Der Ausfall darüber hinausgehender Darlehensgewährungen kann dem Bürgen gegenüber

²¹⁷ BGH, NJW 1999, 2269, 2270.

²¹⁸ Ähnlich auch Schimansky (FS Hadding, S. 1081, 1089) und Soergel-Häuser (12. Aufl.), vor § 765 Rn. 31), die nur von dem Erfordernis einer äußerst kurzen Kündigungsfrist ausgehen, ohne diese konkret zu benennen.

²¹⁹ Vgl. Meinhardt, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 37, 83; Dederle, NJW 1986, 97, 103; aA Schröter, WuB I F 1 a - 4.85, 549, 551.

²²⁰ Meinhardt, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 87.

²²¹ Vgl. Meinhardt, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 83, 85 f. (der diese Einschränkung jedoch nur im Hinblick auf die außerordentliche Bürg-

nicht mehr geltend gemacht werden, auch wenn sie sich im Rahmen der ursprünglich zugesagten Kreditlinie bewegen.²²²

In einer Gesamtschau ist die ordentliche Kündigung einer Darlehensbürgschaft, deren Ausübung an keine Voraussetzungen geknüpft ist, als Beendigungsinstrument daher ähnlich wirkungsvoll wie die außerordentliche Bürgschaftskündigung. Angesichts der speziellen Interessenlage bei der Darlehensbürgschaft ist dies auch angemessen. Den Parteien steht es frei, das ordentliche Kündigungsrecht individualvertraglich anzupassen, was in der Bankpraxis auch standardmäßig getan wird. Die Bürgschaftsformulare sehen regelmäßig einen Kündigungsaußchluss für die Dauer eines Jahres sowie eine dreimonatige Kündigungsfrist vor.²²³ Auch wenn eine solche Kündigungsfrist individualvertraglich vereinbart ist, entstehen während der laufenden Kündigungsfrist nach allgemeinen Treu-und-Glauben-Grundsätzen keine Einstandspflichten des Bürgen für neu gewährte, unter eine weite Sicherungszweckabrede fallende Darlehen, sowie für die Ausschöpfung einer Kreditlinie, die nicht dem üblichen Geschäftsbetrieb entspricht.

(2) Mietbürgschaften

Eine andere Interessenlage besteht hingegen bei der Mietbürgschaft.

Bei Bürgschaften für die Forderungen aus Wohnraummietverhältnissen ist das Interesse des Bürgen an einer Begrenzung seiner Einstandspflicht eher gering. Die Mietbürgschaft ist eine Sicherheitsleis-

schaftskündigung befürwortet und bei der ordentlichen Kündigung ausdrücklich ablehnt); *Dähn*, ZBB 2000, 61, 66; Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, § 91 Rn. 502; noch weiter gehender als hier vertreten *Schimansky* (FS Hadding, S. 1081, 1089), der jegliche weitere Ausnutzung bestehender Kreditlinien für unzulässig hält und *Derleder* (etwas unklar noch NJW 1986, 97, 103 f. (Fn. 76), deutlich dann aber gemeinsam mit *Bartels*, FuR 1995, 224, 226), der ebenfalls den Zugangs- und nicht den Wirksamkeitszeitpunkt der Kündigungserklärung für die Bestimmung der bestehenbleibenden Einstandspflichten des Bürgen für maßgeblich hält.

²²² So aber Kümpel/Wittig-Federlin, Rn. 12.297; Lwowski/Fischer/Langenbucher-Fischer, § 9 Rn. 134; Schröter, WuB I F 1 a – 4.85, 549, 551; ders., WuB I F 1 a - 5.85, 553, 555; wohl auch Bydlinski, FS Schimansky, S. 299, 310 f. und Fn. 41.

²²³ Vgl. FormularbuchBGB-Haag, Kap. III. H. 8. Nr. 9.

tung im Sinne des § 551 BGB.²²⁴ Demnach darf eine Mietsicherheit ohnehin nur bis zur Höhe von drei Monatskaltmieten verlangt werden, wobei dieser Rahmen gemäß § 551 Abs. 4 BGB auch nicht zum Nachteil des Mieters erhöht werden darf. Es existiert demnach bereits eine gesetzliche Begrenzung der Einstandspflichten des Bürgen.

Etwas anderes gilt bei gewerblichen Mietverträgen. Dort hat der Bürge ein großes Interesse an einer Beendigung der Mietbürgschaft mit einer möglichst kurzen Kündigungsfrist. Es ist ihm daran gelegen, seine Einstandspflicht schnellstmöglich zu begrenzen, die sich angesichts des oftmals erheblichen Umfangs von Geschäftsraummieten in kurzer Zeit wesentlich erhöhen kann.

Wie in jedem Bürgschaftsverhältnis hat der Bürge unabhängig von der Art des Mietverhältnisses immer ein Interesse an einer schnellstmöglichen Beendigung der Mietbürgschaft und der damit einhergehenden Begrenzung seiner Einstandspflicht.²²⁵

Der Vermieter ist bei der Kündigung einer Mietbürgschaft besonders schutzwürdig, da er die Entstehung ungesicherter Forderungen gegen den Hauptschuldner nicht ohne Weiteres verhindern kann. Die Einstandspflicht des Bürgen umfasst nur die bereits entstandenen Mietforderungen, nicht etwaige zukünftige. Damit der Bürgschaftsgläubiger nicht gezwungen wird, ungesicherte Ansprüche gegen den Hauptschuldner entstehen zu lassen, muss es für die Bemessung der Kündigungsfrist für eine ordentliche Kündigung der Mietbürgschaft darauf ankommen, ob und wie schnell der Bürgschaftsgläubiger sich nach der Bürgschaftskündigung gegebenenfalls von dem Vertragsverhältnis mit dem Hauptschuldner lösen kann.²²⁶

Anders als in einem Darlehensverhältnis berechtigt der Wegfall oder die Verschlechterung von Sicherheiten im Mietrecht den Vermieter nicht ohne Weiteres zur außerordentlichen Kündigung; diese ist

²²⁴ Bamberger/Roth-Ehlert, § 551 Rn. 12.

²²⁵ Vgl. auch Derleder, NZM 2007, 601, 608.

²²⁶ So auch OLG Düsseldorf, NJW 1999, 3128, 3129; Soergel-Gröschler; § 765 Rn. 53; dagegen Derleder (NZM 2007, 601, 608), der zwar eine kürzere Kündigungsfrist ausreichen lassen möchte, dafür aber eine lange Wartefrist bis zur Zulässigkeit der ordentlichen Bürgschaftskündigung für erforderlich hält.

vielmehr regelmäßig nicht begründet.²²⁷ Um ein außerordentliches Kündigungsrecht anzuerkennen, müsste nach dem Wegfall der Sicherheitsleistung eine Fortführung des Mietverhältnisses für den Vermieter unzumutbar im Sinne des § 543 Abs. 1 S. 2 BGB sein. Nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 BGB sind wichtige Gründe zur außerordentlichen Kündigung vor allem anzunehmen, wenn der Vermieter befürchten muss, dass entweder die Substanz der Mietsache oder sein Anspruch auf Mietzahlungen gefährdet sind. Ein unbenannter wichtiger Grund gemäß § 543 Abs. 1 S. 2 BGB wird nur bei einem ähnlichen Grad der Beeinträchtigung von Vermieterinteressen vorliegen. Der Wegfall der Sicherheit und eine Weigerung der Nachbesicherung gefährden die Vermieteransprüche jedoch nicht unmittelbar, solange der Mieter seinen sonstigen Pflichten weiterhin fristgerecht nachkommt. Ohne das Hinzutreten weiterer Umstände wird die Zumutbarkeitschwelle bei der Kündigung der Mietbürgschaft für den Vermieter daher üblicherweise nicht überschritten sein.

Für diese Betrachtung hat die Einführung des § 569 Abs. 2 a BGB durch das Mietrechtsänderungsgesetz im Jahr 2013²²⁸ keine Relevanz. In § 569 Abs. 2 a BGB ist geregelt, dass der Verzug des Mieters mit der Leistung einer Sicherheit gemäß § 551 BGB einen außerordentlichen Grund für eine fristlose Kündigung gemäß § 543 Abs. 1 BGB begründet. Zum einen ist jedoch zweifelhaft, ob § 569 Abs. 2 a BGB auch eingreift, wenn die ordnungsgemäß erbrachte Sicherheitsleistung nachträglich wegfällt und der Vermieter daher nur einen Anspruch auf Wiederbestellung hat. Jedenfalls für den Fall, dass der Vermieter die Sicherheitsleistung während des laufenden Vertragsverhältnisses in Anspruch genommen hat, ist ein Kündigungsrecht gemäß § 569 Abs. 2 a BGB wegen Verzuges mit der Wiederauffüllung abzulehnen.

²²⁷ Erman-Jendrek (12. Aufl.), § 551 Rn. 6; vgl. auch *Geldmacher* (DWW 2002, 182, 191), mit Beispielen aus der Rechtsprechung, wann ausnahmsweise eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein kann; Palandt-Weidenkaff (§ 551 Rn. 5, § 569 Rn. 14 a) erkennt ein außerordentliches Kündigungsrecht für den Fall an, dass der Verzug mit Sicherheitsleistungen die Voraussetzungen des § 543 Abs. 1 BGB erfüllt; zu weit stellen der BGH (NJW-RR 2003, 886, 886) und das OLG Stuttgart (Urteil v. 30. November 2009, Az. 5 U 86/09, Rn. 25 zitiert nach juris) fest, dass die Nichtleistung der Mietsicherheit regelmäßig einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darstellt.

²²⁸ BGBl. I 2013, 434; BT-Drucks. 17/10485 und BT-Drucks. 17/11894.

nen und stattdessen auf § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB abzustellen.²²⁹ Entscheidend ist aber, dass § 569 Abs. 2 a BGB nur auf die Barkaution anwendbar ist und nicht auf sonstige Sicherheitsleistungen.²³⁰ § 569 Abs. 2 a BGB knüpft an § 551 Abs. 2 BGB an, der allein für die Barkaution gilt und nicht für sonstige Sicherheitsleistungen wie Bürgschaften.²³¹ Der Grund für die Schaffung des § 569 Abs. 2 a BGB war es zwar, angesichts der umstrittenen Anwendbarkeit des außerordentlichen Kündigungsrechts gemäß § 543 Abs. 1 BGB im Falle des Kautionsverzuges die Position des Vermieters generell zu stärken.²³² Der Gesetzgeber hatte dabei aber den Fall im Blick, dass der Mieter sich von Anfang an nicht vertragstreu verhält und schon zu Vertragsbeginn die Sicherheitsleistung gemäß § 551 BGB nicht erbringt. Bei einer solchen Ausgangslage sollte der Vermieter nicht erst noch auf den erforderlichen Mietrückstand warten müssen, um rechtsicher kündigen zu können. Ein völlig anderer Sachverhalt liegt hingegen vor, wenn die Sicherheitsleistung eines Mieters, der sich immer vertragstreu verhalten hat, ohne sein Zutun nachträglich wegfällt, beispielsweise durch Kündigung der Mietbürgschaft.

Die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter wird bei der Weigerung oder dem Unvermögen des Mieters, eine neue beziehungsweise ergänzende Sicherheitsleistung zu erbringen, jedoch regelmäßig möglich sein.²³³ Dies ergibt sich für die Wohnraummiete aus der allgemeinen Vorschrift des § 573 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, wonach eine Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter eine erhebliche schuldhafte Vertragspflichtverletzung des Mieters voraussetzt. Da die Kündigung einer Mietbürgschaft nur in solchen Fällen problematisch wird, in denen die Stellung einer Sicherheitsleistung auch vertraglich vereinbart wurde, ist die Nichterfüllung

²²⁹ Vgl. Palandt-Weidenkaff, § 569 Rn. 14 a; Staudinger-V.Emmerich, § 569 Rn. 37 d. Dies entspricht auch der Vorstellung des Gesetzgebers, der eine Anwendung des § 569 Abs. 2 a BGB auf diesen Fall nicht vorgesehen hat (vgl. BT-Drucks. 17/10485, S. 25).

²³⁰ Vgl. Palandt-Weidenkaff, § 569 Rn. 14 a; Schmidt-Futterer-Blank, § 569 Rn. 32 c; J.Emmerich, WuM 2013, 323, 325; aA Staudinger-V.Emmerich, § 569 Rn. 37 d.

²³¹ Vgl. Staudinger-V.Emmerich, § 569 Rn. 37.

²³² Vgl. BT-Drucks. 17/10485, S. 25.

²³³ Erman-Jendrek (12. Aufl.), § 551 Rn. 6; Derleder, NZM 2007, 601, 608.

eine Pflichtverletzung des Mieters.²³⁴ Dies gilt nicht nur für die anfängliche Nichterfüllung, sondern auch für die Weigerung der Nachbesicherung bei einem zwischenzeitlichen Wegfall einer zunächst gestellten Sicherheit.

Bei der Wohnraummiete ist eine Kündigung des Vermieters daher gemäß § 573 c Abs. 1 S. 1 BGB mit einer Frist von drei Monaten zulässig; bei längeren Mietverhältnissen beträgt die Frist sogar sechs oder neun Monate. Bei der Geschäftsraummiete beträgt die Kündigungsfrist der grundsätzlich voraussetzungslos möglichen ordentlichen Kündigung des Vermieters gemäß § 580 a Abs. 2 BGB zwischen sechs und neun Monaten, je nachdem zu welchem Zeitpunkt im jeweiligen Quartal die Kündigung ausgesprochen wird.

Die Kündigungsfrist der Bürgschaft muss zum einen die Zeitperiode umfassen, die der Vermieter benötigt, um die Stellung einer neuen Sicherheit vom Mieter zu fordern. Die Forderung des Vermieters auf Nachbesicherung gegen den Mieter wird eine gewisse Fristsetzung einschließen müssen, so dass hierfür ein Zeitraum von einer Woche angemessen erscheint. Die Kündigungsfrist der Bürgschaft muss, als zweite Komponente, die jeweilige Kündigungsfrist für das Mietverhältnis umfassen, gerechnet vom Ablauf der Nachbesicherungsfrist.

(3) Gewährleistungsbürgschaften

Im Baurecht wird oft eine Kombination aus Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft vereinbart. Hinsichtlich der Rechtsfolgen der Bürgschaftskündigung gilt, dass die kündigungsunabhängigen Einstandspflichten für Mängelansprüche in der Regel erst nach Ablauf der Nachfristsetzung entstehen und für Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung sonstiger Rechtsgüter beim ersten Schadenseintritt. Eine Kündigung der Gewährleistungsbürgschaft ist aber so auszulegen, dass das Bürgschaftsversprechen des Bürgen auch solche Einstandspflichten umfasst, die erst nach Beendigung der Bürgschaft entstehen (siehe oben unter **B.III.3.b)aa)(3)**). Aus diesem Grunde bedeutet eine Kündigung der Gewährleistungsbürgschaft für den Bürgschaftsgläubiger

²³⁴ AA wohl LG München I (WuM 1985, 293, 294), das nicht von einem durchsetzbaren Nachbesicherungsanspruch des Vermieters ausgeht.

ger keine Verschlechterung seiner Rechtsstellung. Eine Bürgschaftskündigung kann hier demnach fristlos erfolgen, da das Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers nicht betroffen ist.

Etwas anderes gilt für die Bürgschaft zur Sicherung noch nicht ausgeführter Werkleistungen, die sogenannte Vertragserfüllungsbürgschaft. In diesem Fall begründet der Wegfall von Sicherheiten sogar ein außerordentliches Kündigungsrecht des Bestellers²³⁵. Im Baurecht besteht immer die Gefahr, dass durch verhältnismäßig kleine Fehler, die auch bei sorgfältiger Leistungserbringung nicht auszuschließen sind, große Schäden verursacht werden. Das Risiko, einen Bauunternehmer ohne weitere Absicherung durch eine Bürgschaft auf einer Baustelle tätig sein zu lassen ist daher so hoch, dass dem Bauherrn bei einer Weigerung der Nachbesicherung ein Festhalten am Vertrag unzumutbar ist. Sofern eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich ist, treffen den Besteller auch nicht die negativen Kostenfolgen des § 649 S. 2 BGB, nach dem auch noch nicht ausgeführte Arbeiten bei der ordentlichen Kündigung des Bestellers grundsätzlich zu vergüten sind. Bezuglich der Kündigung einer Vertragserfüllungsbürgschaft für noch nicht ausgeführte Werkleistungen reicht daher eine Kündigungsfrist aus, die es dem Bauherrn ermöglicht, das Vertragsverhältnis mit dem Hauptschuldner außerordentlich zu kündigen. Hierfür dürfte eine Kündigungsfrist von ein bis drei Werktagen ausreichend sein.

D. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Die Bürgschaft ist ein Dauerschuldverhältnis und kann daher durch Kündigung beendet werden.²³⁶

In einem Bürgschaftsverhältnis ist die den Dauerschuldcharakter der Bürgschaft begründende Leistungsbereitschaft des Bürgen von der im Sicherungsfall punktuell entstehenden Einstandspflicht des Bürgen zu unterscheiden. Die Kündigung beendet die Leistungsbereitschaft

²³⁵ Für eine entsprechende Anwendung des § 314 BGB im Werkvertragsrecht, vgl. MünchKommBGB-Busche, § 649 Rn. 31; Jauernig-Mansel, § 649 Rn. 8; Palandt-Sprau, § 649 Rn. 13; für eine teleologische Reduktion des § 649 BGB, vgl. BeckOK-Voit, § 649 Rn. 21.

²³⁶ Siehe oben unter A.

des Bürgen *ex nunc*, für den Zeitraum vor Wirksamkeit der Bürgschaftskündigung besteht die Leistungsbereitschaft des Bürgen weiterhin fort. Im Leistungsbereitschaftszeitraum bereits entstandene Einstandspflichten des Bürgen bleiben von einer Kündigung unberührt. Die Einstandspflichten des Bürgen entstehen immer zeitgleich mit der gesicherten Hauptforderung. Vor dem Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung bereits entstandene Einstandspflichten des Bürgen bestehen auch nach diesem fort und werden – soweit die Voraussetzungen hierfür noch eintreten – parallel zur gesicherten Hauptforderung fällig.²³⁷ Einstandspflichten für Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, die nach der Kündigung entstehen, sind von der Leistungsbereitschaft des Bürgen nicht mehr umfasst.²³⁸

Geprägt durch die Terminologie der relevanten Grundsatzentscheidungen des *Bundesgerichtshofes* zur Bürgschaftskündigung stellt die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Rechtslehre bei der Bestimmung der nach Kündigung der Bürgschaft weiterbestehenden Einstandspflichten unscharf auf deren Begründung und nicht auf deren Entstehung ab. Die zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung begründeten Verbindlichkeiten des Hauptschuldners sind aber noch nicht entstanden und können daher auch nicht Bezugs punkt für Einstandspflichten des Bürgen sein. Solche erst zukünftig entstehenden Forderungen des Bürgschaftsgläubigers sind nur von der durch Kündigung für die Zukunft beendeten Leistungsbereitschaft des Bürgen erfasst, wenn dies ausdrücklich oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zwischen den Bürgschaftsparteien vereinbart war.²³⁹ Für die Auslegung der Reichweite der Leistungsbereitschaft des Bürgen sind der Anlass der Bürgschaft und die Umstände des Vertragsschlusses zu berücksichtigen sowie die konkrete Ausgestaltung der Sicherungszweckabrede. Im Einzelfall kann es daher angemessen sein, das Bürgschaftsversprechen des Bürgen so auszulegen, dass solche zukünftigen Forderungen des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner, die zum Zeitpunkt der Beendigung der Bürgschaft bereits begründet waren, aber noch keine Einstandspflicht des Bürgen zur Entstehung gebracht haben, auch nach Beendigung der Bürgschaft

²³⁷ Siehe oben unter **B.III.3.b)bb)**.

²³⁸ Siehe oben unter **B.III.3.b)aa)**.

²³⁹ Siehe oben unter **B.III.3.b)bb)**.

noch von der Leistungsbereitschaft des Bürgen erfasst sein sollten. Ohne konkrete Anhaltspunkte wird eine Einstandspflicht für zukünftig noch entstehende Ansprüche des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner – auch wenn diese zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung bereits begründet sind – im Zweifel jedoch nicht gewollt sein.²⁴⁰

Die Kündigung ist für die Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis regelmäßig das adäquate Beendigungsinstrument, sofern keine Sonderkonstellationen vorliegen, die einen Rücktritt oder Widerruf erlauben.²⁴¹

Die Bürgschaft kann als Dauerschuldverhältnis gemäß § 314 BGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes außerordentlich gekündigt werden, wenn dem Bürgen das Festhalten am Bürgschaftsvertrag unzumutbar ist.²⁴² Die Unzumutbarkeit eines Festhaltens am Bürgschaftsvertrag wird anhand einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung bestimmt. In der Rechtsprechung und Rechtslehre haben sich hierzu Fallgruppen herausgebildet. Als wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung eines Bürgschaftsvertrages werden hierbei insbesondere wesentliche Veränderungen in der Beziehung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner anerkannt, sofern diese der Grund für den ursprünglichen Abschluss des Bürgschaftsvertrages war. Das Recht zur außerordentlichen Bürgschaftskündigung besteht unabhängig von der Gestaltung des Bürgschaftsvertrages oder der gesicherten Hauptforderung. Sie ist auch dann uneingeschränkt zulässig, wenn die Bürgschaftskündigung im konkreten Fall keine Verbesserung der Rechtsstellung des Bürgen bewirkt.²⁴³

Die außerordentliche Kündigung einer Bürgschaft wirkt immer fristlos.²⁴⁴ Das Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers erfordert bei Vorliegen eines wichtigen Grundes keine Einhaltung etwaiger Kündigungs- oder Wartefristen, sondern ist vielmehr bei der Interessenabwägung im Rahmen der Prüfung der Kündigungsvoraussetzungen zu berücksichtigen.

²⁴⁰ Siehe oben unter B.III.3.b)bb).

²⁴¹ Siehe unten Kapitel 3.

²⁴² Siehe oben unter C.I.2.

²⁴³ Siehe oben unter B.III.3.c).

²⁴⁴ Siehe oben unter C.I.4.

Das Recht zur ordentlichen Kündigung eines Bürgschaftsvertrages ist dem Bürgen immer eröffnet, wenn die Bürgschaft und die gesicherte Hauptforderung keinen definierten Endpunkt haben und somit potentiell ewig laufen. Eine ordentliche Kündigung befristeter Bürgschaften oder von Bürgschaften, die befristete Verbindlichkeiten des Hauptschuldners sichern, ist ohne eine entsprechende vertragliche Regelung hingegen regelmäßig nicht möglich.²⁴⁵ Die Vereinbarung einer weiten Sicherungsabrede führt auch bei einer zeitlich und/oder gegenständlich beschränkten Anlassverbindlichkeit dazu, dass die Bürgschaft für den Bürgen insgesamt eine zeitlich und gegenständlich unbegrenzte Verpflichtung begründet.²⁴⁶

Die ordentliche Bürgschaftskündigung ist – ohne Einhaltung einer Wartefrist – voraussetzungslos möglich.²⁴⁷ Ein Kündigungsausschluss kann für eine gewisse Dauer individualvertraglich vereinbart werden und im Einzelfall auch ohne ausdrückliche Regelung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung als vereinbart anzusehen sein.²⁴⁸ Bei der ordentlichen Kündigung einer Bürgschaft bemisst sich die einzuhaltende Kündigungsfrist nach der Art der gesicherten Hauptforderung und ist daran zu orientieren, wie lange der Bürgschaftsgläubiger brauchen würde, um sich gegebenenfalls von seinem Vertragsverhältnis zum Hauptschuldner zu lösen.²⁴⁹

²⁴⁵ Siehe oben unter **C.II.1. b) und c)**.

²⁴⁶ Siehe oben unter **C.II.1. a)**.

²⁴⁷ Siehe oben unter **C.II.2.b).**

²⁴⁸ Siehe oben unter **C.II.2.b).**

²⁴⁹ Siehe oben unter **C.II.3.**

Kapitel 2 Kontokorrentbürgschaften

Kontokorrentverhältnisse dienen in Geschäftsverbindungen mit Kaufleuten der effizienten Abwicklung gegenseitiger Geldforderungen durch periodische Verrechnung und Feststellung einer Saldoforderung zugunsten eines Geschäftspartners. Geschäftskonten mit Kreditlinien zur Deckung des schwankenden Liquiditätsbedarfs für das operative Geschäft werden regelmäßig als Kontokorrentverhältnis geführt. Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Kontokorrentverhältnisse ist immens.²⁵⁰ Die Kreditlinien in Kontokorrentverhältnissen werden regelmäßig über Bürgschaften besichert (im Folgenden „Kontokorrentbürgschaft“). Kontokorrentbürgschaften weisen aufgrund der Charakteristika des Kontokorrents einige Besonderheiten auf.

Zunächst werden die Grundzüge eines Kontokorrentverhältnisses dargestellt (hierzu unter A.), um anschließend auf die Behandlung von Kontokorrentbürgschaften einzugehen. Kontokorrentbürgschaften treten in zwei Ausprägungen auf: Entweder es wird eine Einzelforderung besichert, die bereits von einer Kontokorrentabrede erfasst ist (im Folgenden „Kontokorrentforderungsbürgschaft“), oder die Bürgschaft sichert insgesamt den periodischen Rechnungsabschlusssaldo eines Kontokorrentverhältnisses (im Folgenden „Kontokorrentsaldobürgschaft“). Diese beiden Bürgschaftskonstellationen weisen erhebliche Unterschiede auf, die sich hinsichtlich der Sicherungswirkung (hierzu unter B.) und bei der Beendigung (hierzu unter C.) der Kontokorrentbürgschaft auswirken. Abschließend folgt eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse (hierzu unter D.).

²⁵⁰ Vgl. G.Pfeiffer, JA 2006, 105, 105.

A. Kontokorrentverhältnis

Ein (Perioden²⁵¹-)Kontokorrent liegt nach der nicht abschließenden²⁵² Definition in § 355 Abs. 1 HGB vor, wenn jemand mit einem Kaufmann derart in Geschäftsverbindungen steht, dass die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Teil sich ergebenden Überschusses ausgeglichen werden.

Die von der Kontokorrentabrede erfassten Forderungen (im Folgenden auch „Kontokorrentforderungen“) verlieren ihre rechtliche Selbstständigkeit und werden bloße Rechnungsposten,²⁵³ ohne jedoch ihre Rechtsnatur selbst einzubüßen²⁵⁴. Die Gesamtheit der Kontokorrentforderungen bildet eine untrennbare Einheit, die dazu führt, dass sie nicht mehr selbstständig geltend gemacht werden oder anderen Verfügungen unterliegen können.²⁵⁵

Die Wirkung des periodischen Rechnungsabschlusses am Ende einer Kontokorrentperiode (im Folgenden auch „Rechnungsabschluss“) auf die von der Kontokorrentabrede erfassten Einzelforderungen ist äußerst streitig.²⁵⁶ Im üblichen Geschäftsverkehr haben die unterschiedlichen Ansichten regelmäßig keine praktischen Auswir-

²⁵¹ Im Gegensatz zur Verrechnung der in den Kontokorrent eingestellten Rechnungsposten nach bestimmten Zeitabschnitten beim Periodenkontokorrent, werden beim Staffelkontokorrent immer laufend alle Rechnungsposten sofort miteinander verrechnet, vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 32 ff.

²⁵² Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 23.

²⁵³ Schlegelberger-Hefermehl, § 355 Rn. 31; Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 100; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 32.

²⁵⁴ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 101; Schlegelberger-Hefermehl, § 355 Rn. 36; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 32.

²⁵⁵ Schlegelberger-Hefermehl, § 355 Rn. 32; Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 102; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 32.

²⁵⁶ Vgl. dazu die ausführliche Darstellung der verschiedenen Theorien bei Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 117 ff. und 175 ff.) und Schlegelberger-Hefermehl (§ 355 Rn. 57 ff.).

kungen,²⁵⁷ in Bezug auf die Bestimmung und die Rückführung von Bürgschaftsverbindlichkeiten ist dies jedoch der Fall.

In § 355 Abs. 1 HGB heißt es, dass beim Kontokorrent eine periodische Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche und eine Feststellung des Überschusses zugunsten einer Kontokorrentpartei erfolgen. Sowohl die Auswirkungen der Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche (hierzu unter I.), als auch deren konkrete Ausgestaltung (hierzu unter II.) werden sehr kontrovers diskutiert. Weitgehende Einigkeit besteht darüber, dass die abschließende Feststellung des Überschusses im Wege eines abstrakten Schuldanerkenntnisses gemäß §§ 780 f. BGB erfolgt (im Folgenden auch „Saldoanerkenntnis“). Umstritten sind aber die Konsequenzen der Feststellung durch das Saldoanerkenntnis (hierzu unter III.).

I. Auswirkung der Verrechnung

In § 355 Abs. 1 HGB wird festgelegt, dass in einem Kontokorrentverhältnis eine periodische Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche erfolgt (im Folgenden auch „kontokorrentrechtliche Verrechnung“ oder „Verrechnung“). Es ist streitig, ob diese kontokorrentrechtliche Verrechnung Tilgungswirkung hat. Es folgt zunächst eine Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre (hierzu unter 1.) an die sich eine Stellungnahme anschließt (hierzu unter 2.).

1. Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre

Nach der ersten Ansicht hat die kontokorrentrechtliche Verrechnung am Ende einer Kontokorrentperiode keine Tilgungswirkung (hierzu unter a)). Diese diene lediglich zur Feststellung des Überschusses, auf den sich das spätere Saldoanerkenntnis beziehe. Die zweite Ansicht misst der kontokorrentrechtlichen Verrechnung am Ende einer Kontokorrentperiode neben dem Saldoanerkenntnis eine eigenständige Be-

²⁵⁷ Vgl. Schimansky/Bunte/Lwowski-Schmieder, § 47 Rn. 83; E/B/J/S-Grundmann, § 355 Rn. 23.

deutung bei und spricht ihr eine Tilgungsfunktion zu (hierzu unter **b**)).

a) Keine eigenständige Tilgungsfunktion der kontokorrentrechtlichen Verrechnung

Das *Reichsgericht*²⁵⁸, der *1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs*²⁵⁹ und wenige Vertreter der Rechtslehre²⁶⁰ vertreten die Ansicht, dass das prägende Element des Rechnungsabschlusses am Ende einer Kontokorrentperiode nicht die Verrechnung ist, sondern die Feststellung des Rechnungsabschlussaldos durch die Abgabe eines abstrakten Schuldanerkenntnisses gemäß §§ 780 f. BGB durch den Schuldner der Saldoforderung. Die Verrechnung habe gegenüber der Saldofeststellung keine eigenständige Bedeutung. Es handele sich vielmehr um einen rein buchungsmäßigen Vorgang, der lediglich der Ermittlung des Abrechnungsergebnisses diene, dessen Feststellung durch das Schuldanerkenntnis begeht wird. Die periodische Verrechnung führe daher auch nicht zu einer wechselseitigen Tilgung der von der Kontokorrentabrede erfassten Einzelansprüche. Vielmehr bringe die Abgabe des Schuldanerkenntnisses im Rahmen der Saldofeststellung die erfassten Einzelansprüche durch Novation gemäß § 364 Abs. 1 BGB zum Erlöschen.²⁶¹

Eine Untermeinung der ersten Ansicht misst weder der Verrechnung eine Tilgungswirkung, noch dem Saldoanerkenntnis novierende Wirkung zu, so dass erst die vollständige Erfüllung der anerkannten Saldoforderung diese gemäß § 362 Abs 1 BGB zum Erlöschen bringe.²⁶²

b) Tilgungswirkung der kontokorrentrechtlichen Verrechnung

Vom *9. und 11. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs* und den Vertretern der modernen Rechtslehre wird die kontokorrentrechtliche Verrech-

²⁵⁸ RGZ 132, 218, 222.

²⁵⁹ BGH, NJW 1985, 1706, 1708.

²⁶⁰ Vgl. Röhricht/Graf v.Westphalen-Wagner, § 355 Rn. 32.

²⁶¹ RGZ 132, 218, 222; BGH, NJW 1985, 1706, 1708.

²⁶² Schlegelberger-Hefermehl, § 355 Rn. 60.

nungsabrede jedoch überwiegend als ein für jede Rechnungsperiode antizipierter Vertrag gesehen, der wie ein Aufrechnungsvertrag²⁶³ zu behandeln ist.²⁶⁴ Am Ende einer Kontokorrentperiode werde durch die Verrechnung der sich gegenüberstehenden Rechnungsposten eine „kausale“²⁶⁵ Saldoforderung für denjenigen begründet, zu dessen Gunsten ein Überschuss besteht.²⁶⁶ Die Verrechnung sei demnach ein von dem späteren abstrakten Anerkenntnis zu trennender Akt, dem rechtliches Gewicht beizumessen ist. Die Verrechnung wirke wie eine Aufrechnung, so dass ihr auch gemäß § 389 BGB Tilgungswirkung zu kommen müsse, soweit die Rechnungsposten sich decken.²⁶⁷ Die noch nicht erfüllten (Teil-)Forderungen würden in der Saldoforderung zusammengefasst und beständen insoweit fort (im Folgenden „kausale Saldoforderung“ oder „Saldoforderung“).²⁶⁸

2. Stellungnahme

Die Tilgungswirkung der Verrechnung im Rahmen des kontokorrentrechtlichen Rechnungsabschlusses ist anzuerkennen. Die herrschende unter 1.b) dargestellte Ansicht stellt richtigerweise heraus, dass sowohl

²⁶³ Vgl. dazu MünchKommBGB-Schlüter, § 387 Rn. 51.

²⁶⁴ BGH, NJW 1979, 1658, 1659; 1985, 1218, 1219; 1989, 2120, 2121; NJW 2001, 1486, 1487; Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 125; Koller/Kindler/Roth-Koller, § 355 Rn. 7; Oetker-Maultzsch, § 355 Rn. 48 jeweils mwN; Hübner, Handelsrecht, Rn. 704; Oetker, Handelsrecht, § 7 Rn. 80; Göppert, ZHR 102 (1936), 161, 203 f.

²⁶⁵ Terminologie in Abgrenzung zur abstrakten Saldoforderung, vgl. Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 124; Oetker-Maultzsch, § 355 Rn. 48; Heymann-Horn, § 355 Rn. 23.

²⁶⁶ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 182; ders., DB 1972, 421, 422; MünchKommHGB-Langenbucher (3. Aufl.), § 355 Rn. 77; Oetker-Maultzsch, § 355 Rn. 48; Ensthaler-Herget, § 355 Rn. 61; Blaurock, NJW 1971, 2206, 2208.

²⁶⁷ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 124; MünchKommHGB-Langenbucher (3. Aufl.), § 355 Rn. 73; Heymann-Horn, § 355 Rn. 21; Oetker-Maultzsch, § 355 Rn. 48; Koller/Kindler/Roth-Koller, § 355 Rn. 7; Derleder/Knops/Bamberger-Kandelhard, § 39 Rn. 32; K.Schmidt, Handelsrecht, § 21 Rn. 25.

²⁶⁸ Heymann-Horn, § 355 Rn. 23 f.; gegen den Untergang der Einzelforderungen durch Verrechnung oder Novation, Schlegelberger-Hefermehl, § 355 Rn. 58 und § 356 Rn. 2.

der Wortlaut, als auch der Telos des § 355 Abs. 1 HGB für eine solche Tilgungswirkung sprechen.

In § 355 Abs. 1 HGB heißt es „durch Verrechnung und Feststellung [...] des Überschusses“. Die sprachlich durch das Wort „und“ als gleichberechtigt gekennzeichnete Gegenüberstellung der beiden Elemente „Verrechnung“ und „Feststellung“ des Rechnungsabschlusses spricht für eine eigenständige Bedeutung der Verrechnung neben der Feststellung.²⁶⁹ Auch die Wortwahl „Verrechnung“ impliziert eine Tilgung der Ansprüche soweit sie sich decken, da dies die Folge der im Rechtsverkehr mit dem Begriff „Verrechnung“ verbundenen einvernehmlichen Aufrechnung ist.²⁷⁰

Mag der Wortlaut der Norm noch andere Interpretationen zulassen, so gebieten jedenfalls Sinn und Zweck des Kontokorrents, der Verrechnung eine Tilgungswirkung zuzusprechen. In ihr spiegeln sich die Vereinfachungs- und Sicherungsfunktion des Kontokorrents wider.²⁷¹ Es geht den Parteien bei der Vereinbarung eines Kontokorrents darum, dass statt der wechselseitigen Bezahlung der in der Geschäftsbeziehung gegenüberstehenden Verbindlichkeiten eine Zusammenfassung von diesen zu einer einzigen Forderung erfolgt. Genau das geschieht bei der Verrechnung. Sie entspricht demnach dem hypothetischen Willen der Kontokorrentparteien.²⁷² Nach der ersten unter **1.a)** dargestellten Ansicht erfolgt zwar auch eine Zusammenfassung der Einzelforderungen durch das separat einklagbare Schuldnerkenntnis hinsichtlich des festgestellten Überschusses. Eine Vereinfachung des Geschäftsverhältnisses erfolgt durch die von dieser Ansicht angenommene novierende Wirkung des Anerkenntnisses, da es zu einem Erlöschen der Einzelforderungen führt. Die herrschende unter **1.b)** dargestellte Ansicht hat demgegenüber aber den Vorteil, dass auch bei einem verweigerten Anerkenntnis durch die Verrechnung bereits eine Saldoforderung entsteht,²⁷³ die grundsätzlich auch einklagbar ist²⁷⁴.

²⁶⁹ Vgl. Oetker-Maultzsch, § 355 Rn. 46.

²⁷⁰ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 118; ders., DB 1972, 421, 421.

²⁷¹ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 124; Oetker-Maultzsch, § 355 Rn. 48.

²⁷² Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 124.

²⁷³ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 124 und 126; vgl. auch Oetker-Maultzsch, § 355 Rn. 48; Heymann-Horn, § 355 Rn. 21 und 25.

²⁷⁴ Blaurock, NJW 1971, 2206, 2208.

Die Vereinfachungsfunktion der Kontokorrentabrede greift damit konsequenter und in stärkerem Maße.

II. Ablauf der Verrechnung

Innerhalb der herrschenden unter I.1.b) dargestellten Ansicht, die der kontokorrentrechtlichen Verrechnung im Rahmen des periodischen Rechnungsabschlusses tilgende Wirkung beimisst, ist umstritten, wie sich die durch kontokorrentrechtliche Verrechnung entstehende Saldoforderung zusammensetzt. Durch die Verrechnung wird diejenige Partei von allen ihren Kontokorrentverbindlichkeiten gegenüber der anderen Partei befreit, deren summierte Kontokorrentforderungen aus der jeweiligen Rechnungsperiode die Summe der Kontokorrentverbindlichkeiten übersteigen. Diese Partei ist der Gläubiger der Saldoforderung (im Folgenden „Saldogläubiger“) und die andere Partei der Schuldner (im Folgenden „Saldoschuldner“). Um zu bestimmen, aus welchen nicht getilgten Forderungen sich die Saldoforderung zusammensetzt, ist entscheidend, in welcher Reihenfolge sich die Tilgung der Einzelforderungen bei der Verrechnung vollzieht. Es folgt eine Darstellung der hierzu in der Rechtsprechung und Rechtslehre vertretenen Ansichten (hierzu unter 1.) an die sich eine Stellungnahme anschließt (hierzu unter 2.).

1. Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre

Nach der ersten Ansicht werden am Ende der Kontokorrentperiode die einzelnen Kontokorrentverbindlichkeiten des Saldoschuldners in dem Verhältnis getilgt, in dem die Summe der Haben-Buchungen zur Summe der Soll-Posten steht (hierzu unter a)). Die zweite Ansicht geht davon aus, dass die Tilgung der sich gegenüberstehenden Kontokorrentforderungen laufend nach der Reihenfolge der Erfassung der Forderungen durch die Kontokorrentabrede erfolgt, wobei sich die zum Erfassungszeitpunkt aktuelle Saldoforderung entweder erhöht oder deren ältester Teil getilgt wird (hierzu unter b)). Nach einer dritten Ansicht erfolgt die Tilgung der Kontokorrentforderungen bei Fehlen einer Re-

gelung entsprechend der in § 366 Abs. 2 BGB festgelegten Reihenfolge (hierzu unter c)).

a) Verhältnismäßige Gesamtaufrechnung

Nach der ersten Ansicht²⁷⁵ erfolgt die kontokorrentrechtliche Verrechnung im Rahmen des periodischen Rechnungsabschlusses bei Fehlen einer Parteiaabrede im Wege der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung. Dies geschehe dergestalt, dass „alle Einzelforderungen oder -verbindlichkeiten, die in den Haben- oder den Soll-Saldo eingegangen sind, in dem Verhältnis getilgt werden, in dem die Summe der Haben-Buchungen zur Summe der Soll-Posten steht“²⁷⁶. Die Saldoforderung setze sich „mosaikartig“²⁷⁷ aus sämtlichen Forderungen des Saldogläubigers gegen den Saldoschuldner zusammen, die zwar alle teilweise getilgt, aber keine vollständig erloschen ist.

Zur Verdeutlichung: Wenn von der Kontokorrentabrede Forderungen von X gegen Y in Höhe von EUR 100.000 und von Y gegen X in Höhe von EUR 125.000 erfasst sind, entsteht nach der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung eine Saldoforderung in Höhe von EUR 25.000 des Y gegen X. Die Forderungen, die in dem Schultsaldo von EUR 125.000 enthalten waren, werden jeweils im Verhältnis der verrechneten Schultsalden zueinander, also zu 4/5, getilgt.

b) Sukzessive Verrechnung

Die zweite Ansicht²⁷⁸ meint, dass die Tilgung der gegenüberstehenden Kontokorrentforderungen nicht periodisch, sondern sukzessive zeitlich gestaffelt erfolgt. Es entscheide daher die Reihenfolge der Erfas-

²⁷⁵ RGZ 56, 19, 21; 132, 218, 219; BGH, NJW 1968, 33, 35; 1992, 1630, 1631; 1999, 1709, 1710; MünchKommHGB-Hefermehl (1. Aufl.), § 355 Rn. 54; HK-Ruß, § 355 Rn. 10; Röhricht/Graf v.Westphalen-Wagner, § 355 Rn. 34.

²⁷⁶ BGH, NJW 1999, 1709, 1710 mwN.

²⁷⁷ Terminologie nach Blaurock, NJW 1971, 2206, 2208; vgl. auch Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 144.

²⁷⁸ Heymann-Horn, § 355 Rn. 24 und 31; Göppert, ZHR 102 (1936), 161, 203 ff.; zumindest für den Fall des Girokontos im Ergebnis zustimmend K.Schmidt, Handelsrecht, § 21 Rn. 26.

sung der Forderungen durch die Kontokorrentabrede über den Ablauf der Tilgung. Entweder erhöhe eine neu erfasste Kontokorrentforderung eine zugunsten des Gläubigers dieser Forderung bestehende Saldoforderung. Oder sie werde mit einer zulasten des Gläubigers der neu erfassten Kontokorrentforderung bestehenden Saldoforderung sofort zu einer neuen Saldoforderung verrechnet. Dabei werde immer zunächst der älteste Forderungsbestandteil der Saldoforderung getilgt und nach dessen vollständigem Erlöschen beginne die Tilgung der nächstältesten Forderung.

c) Tilgungsreihenfolge gemäß § 366 BGB

Nach einer dritten Ansicht wird vertreten, dass die Verrechnung der kontokorrentgebundenen Forderungen im Periodenkontokorrent gemäß § 396 Abs. 1 BGB analog erfolge.²⁷⁹ Das führe dazu, dass die Tilgung sich entsprechend § 396 Abs. 1 S. 1 BGB zunächst nach einer getroffenen Parteivereinbarung, beziehungsweise, bei deren Fehlen, nach einer Bestimmung der Tilgungsreihenfolge durch den Schuldner richtete. Bei Fehlen einer solchen Regelung sei dann entsprechend des Verweises in § 396 Abs. 1 S. 2 BGB die Tilgungsreihenfolge des § 366 Abs. 2 BGB heranzuziehen. Dieser gibt vor, dass zunächst die Schuld getilgt wird, welche dem Saldogläubiger die geringste Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig.

2. Stellungnahme

Die erste unter 1.a) dargestellte Ansicht widerspricht dem Leitgedanken des Kontokorrents, nach dem die Kontokorrentabrede der Verein-

²⁷⁹ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 145 ff. und 154; ders., DB 1972, 421, 425 f.; MünchKommHGB-Langenbucher (3. Aufl.), § 355 Rn. 82 ff.; Oetker-Maultzsch, § 355 Rn. 60; Ensthaler-Herget, § 355 Rn. 50; Derleder/Knops/Bamberger-Kandehard, § 39 Rn. 37; Oetker, Handelsrecht, § 7 Rn. 82.

fachung der Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien dienen soll.²⁸⁰ Sie führt dazu, dass sich eine über mehrere Kontokorrentperioden aufgebaute Saldoforderung aus einer Vielzahl nur teilweise getilgter Einzelforderungen zusammensetzt. Wird die Saldoforderung am Ende einer Kontokorrentperiode vom Saldoschuldner nicht anerkannt, muss der Saldogläubiger sie in ihren einzelnen Bestandteilen einklagen. Dies wäre mit großen praktischen Schwierigkeiten verbunden, da die der Saldoforderung zugrunde liegenden Einzelforderungen unter Umständen jeweils verschiedene Verjährungsfristen und Gerichtsstände haben.²⁸¹

Die zweite unter **1.b)** dargestellte Ansicht ist abzulehnen, da ohne eine ausdrückliche Vereinbarung der Kontokorrentparteien schwerlich von einer sukzessiven Staffelverrechnung der gegenseitigen Forderungen ausgegangen werden kann. Beim Fehlen besonderer Absprachen muss in der Regel davon ausgegangen werden, dass die Parteien den gesetzlichen Normalfall des Kontokorrents vereinbaren wollten. Der Gesetzgeber setzt im Regelfall einen Perioden- und nicht einen Staffelkontokorrent voraus. Das folgt aus § 355 Abs. 1 HGB, der als Grundnorm des Kontokorrentrechts eine Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche in bestimmten Zeitabschnitten festlegt.²⁸² Der Sonderfall der Staffelverrechnung wird beispielsweise in § 19 Abs. 4 des Gesetzes über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren (*DepotG*)²⁸³ explizit angeordnet.²⁸⁴ Etwas anderes ergibt sich hinsichtlich des Bankkontokorrents auch nicht aus der täglichen Abrufbarkeit von Bankauszügen. Diese dienen lediglich der Übersicht und haben keine eigenständige rechtliche Bedeutung.²⁸⁵

Die dritte unter **1.c)** dargestellte Ansicht ist vorzugswürdig. Die analoge Anwendung von §§ 396 Abs. 1 S. 2, 366 Abs. 2 BGB vermeidet zum einen die Leugnung der Periodizität des dem gesetzlichen Nor-

²⁸⁰ Staub-*Canaris* (4. Aufl.), § 355 Rn. 146; MünchKommHGB-*Langenbucher* (3. Aufl.), § 355 Rn. 79.

²⁸¹ Staub-*Canaris* (4. Aufl.), § 355 Rn. 146; MünchKommHGB-*Langenbucher* (3. Aufl.), § 355 Rn. 79; Ensthaler-*Herget*, § 355 Rn. 48.

²⁸² Staub-*Canaris* (4. Aufl.), § 355 Rn. 149; Oetker-*Maultzsch*, § 355 Rn. 55.

²⁸³ Vgl. dazu Baumbach/Hopt-*Kumpan*, § 19 *DepotG* Rn. 2.

²⁸⁴ BGH, NJW 1968, 2100, 2101; Schlegelberger-*Hefermehl*, § 355 Rn. 103; Staub-*Canaris* (4. Aufl.), § 355 Rn. 150; Oetker-*Maultzsch*, § 355 Rn. 55.

²⁸⁵ BGH, NJW 1968, 2100, 2101; Staub-*Canaris* (4. Aufl.), § 355 Rn. 150.

malfall entsprechenden Kontokorrents. Zum anderen führt sie zu geringeren Praktikabilitätsproblemen als die Lehre von der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung. Zwar kann die Saldoforderung auch bei einer Tilgung nach der Reihenfolge des § 366 Abs. 2 BGB aus mehreren Einzelforderungen bestehen. Es sind in aller Regel aber insgesamt weniger, da jedenfalls nach und nach immer auch Forderungen komplett erloschen. Überdies führt die Tilgung nach den Regeln des § 366 Abs. 2 BGB auch zu interessengerechteren Ergebnissen, da die verschiedenen Forderungen nicht undifferenziert gleich behandelt werden, obwohl sie tatsächlich beispielsweise hinsichtlich der Besicherung oder Durchsetzbarkeit einen unterschiedlichen Charakter haben.²⁸⁶

Eine direkte Anwendung von §§ 396 Abs. 1 S. 2, 366 Abs. 2 BGB auf die kontokorrentrechtliche Verrechnung ist nicht möglich, da diese Normen dem Wortlaut nach nur für die einseitige Aufrechnung eingreifen, die Verrechnung in einem Kontokorrentverhältnis jedoch aufgrund einer zweiseitigen Vereinbarung erfolgt.²⁸⁷ Die zwei Voraussetzungen einer Analogie liegen hier aber unproblematisch vor. Die erste Voraussetzung einer Analogie ist, dass der Sachverhalt, der durch die Heranziehung einer für einen anderen Sachverhalt geschaffenen Norm geregelt werden soll, tatsächlich nicht gesetzlich erfasst ist. Die zweite Voraussetzung einer Analogie ist, dass zwischen dem Sachverhalt, der durch die existierende Norm geregelt wird und dem regelungsbedürftigen Sachverhalt, hinsichtlich der für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Kriterien, eine vergleichbare Interessenlage besteht.²⁸⁸

In Bezug auf den Ablauf der kontokorrentrechtlichen Verrechnung liegt eine Regelungslücke vor, da die kontokorrentrechtlichen Normen keine Tilgungsbestimmungen für die Verrechnung zum Rechnungsschluss enthalten. Insbesondere bei der gerichtlichen Durchsetzung einer nicht anerkannten Saldoforderung hat die Tilgungsreihenfolge eine unmittelbare Bedeutung für den Umfang der Darlegungslast des Saldogläubigers, die sich auf die ungetilgten Einzelforderungen bezieht. Die bestehende Gesetzeslücke ist daher auch ausfüllungsbedürf-

²⁸⁶ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 154; MünchKommHGB-*Langenbucher* (3. Aufl.), § 355 Rn. 84.

²⁸⁷ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 155.

²⁸⁸ Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 202.

tig. Der regelungsbedürftige Sachverhalt der kontokorrentrechtlichen Verrechnung ist auch mit der durch § 396 Abs. 1 BGB geregelten Aufrechnung vergleichbar. Zum einen haben sowohl die Verrechnung als auch die Aufrechnung Tilgungswirkung.²⁸⁹ Zum anderen berücksichtigt die Tilgsungsreihenfolge in §§ 396 Abs. 1 S. 2, 366 Abs. 2 BGB nicht nur die Interessenlage des einseitig Aufrechnenden, sondern auch diejenige des Aufrechnungsgegners, so dass die dort festgelegte Reihenfolge auch auf eine einvernehmliche Verrechnungsvereinbarung passt.²⁹⁰

III. Wirkung des Saldoanerkenntnisses

Neben der Verrechnungsvereinbarung ist der zweite Bestandteil der Kontokorrentabrede die Einigung über eine periodische Feststellung der Saldoforderung. Unabhängig von der vertretenen Ansicht über die Wirkung der Verrechnung, erfolgt diese Feststellung des Überschusses durch ein Schuldanerkenntnis bezüglich der Saldoforderung durch den Saldoschuldner. Dies stellt nach allen gängigen Ansichten rechtlich ein abstraktes Schuldanerkenntnis im Sinne der §§ 780 f. BGB dar.²⁹¹ Diese abstrakte Saldoforderung kann bei Vorliegen einer entsprechenden Absprache zwischen den Parteien bei der Fortführung des Kontokorrents auf die neue Rechnung vorgetragen werden und damit die erste von der Kontokorrentabrede erfasste Einzelforderung der neuen Kontokorrentperiode sein.²⁹²

Umstritten ist jedoch die Wirkung des Saldoanerkenntnisses auf die kausalen Kontokorrenteinzelforderungen. Es folgt eine Darstellung der hierzu in der Rechtsprechung und Rechtslehre vertretenen Ansichten (hierzu unter 1.) an die sich eine Stellungnahme anschließt (hierzu unter 2.).

²⁸⁹ Staub-Canaris, aaO (Fn. 287).

²⁹⁰ Staub-Canaris, aaO (Fn. 287).

²⁹¹ Vgl. hierzu ausführlich Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 182 ff.; siehe auch RG, JW 1935, 2355, 2356; HRR 1938, Nr. 1231; BGH, NJW 1968, 33, 34; Schlegelberger-Hefermehl, § 355 Rn. 43; MünchKommHGB-Langenbucher (3. Aufl.), § 355 Rn. 89; Heymann-Horn, § 355 Rn. 25; Baumbach/Hopt-Hopt, § 355 Rn. 10; E/B/J/S-Grundmann, § 355 Rn. 22; Oetker-Maultzsch, § 355 Rn. 65; Ensthaler-Herget, § 355 Rn. 59.

²⁹² Vgl. Koller/Kindler/Roth-Koller, § 355 Rn. 11.

1. Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre

Die erste Ansicht geht von einer novierenden Wirkung des abstrakten Schuldanerkenntnisses am Ende einer Kontokorrentperiode aus (hierzu unter a)), die zweite Ansicht meint, dass dieses lediglich erfüllungs-halber neben die kausale Saldoforderung tritt (hierzu unter b)).

a) Novationslehre

Die sogenannte Novationslehre²⁹³, die unter anderem von der Rechtsprechung vertreten wird, misst dem abstrakten Schuldanerkenntnis – vorbehaltlich einer anderslautenden Parteiabrede – novierende Wirkung bei. Eine Novation bewirkt die Ersetzung eines gesamten bestehenden Schuldverhältnisses durch ein anderes.²⁹⁴ Im Kontokorrentverhältnis führe das dazu, dass die kausale Saldoforderung samt den enthaltenen Einzelforderungen durch das abstrakte Saldoanerkenntnis gemäß § 364 Abs. 1 BGB erlösche.

Die novierende Wirkung des Saldoanerkenntnisses sei erforderlich, weil die Vereinfachungsfunktion des Kontokorrents den Untergang der Saldoforderung und damit auch der Einzelforderungen verlange.²⁹⁵ Die Aufgabe des abstrakten Schuldanerkenntnisses liege nicht nur darin, die Einzelforderungen nach dem Rechnungsabschluss zu bündeln. Das abstrakte Schuldanerkenntnis müsse die Einzelforderungen darüber hinaus zum Erlöschen bringen und ersetzen.

²⁹³ RGZ 18, 246, 248 f.; 76, 330, 331 f.; BGH, NJW 2000, 2667, 2668; 1985, 1706, 1708; 1981, 1611, 1612; 1968, 2100, 2101; OLG Naumburg, VersR 1999, 578, 579; MünchKommBGB-Wenzel (5. Aufl.), § 364 Rn. 7 a; HK-Ruß, § 355 Rn. 10; Röhricht/Graf v.Westphalen-Wagner, § 355 Rn. 34.

²⁹⁴ Vgl. dazu Staudinger-Olsen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Kap. G. Rn. 71 f.

²⁹⁵ Vgl. Röhricht/Graf v.Westphalen-Wagner, § 355 Rn. 36.

b) Abstraktes Schuldnerkenntnis als Leistung erfüllungshalber

Die Vertreter der gegenläufigen Meinung²⁹⁶ vertreten, dass das abstrakte Schuldnerkenntnis gemäß § 364 Abs. 2 BGB nur erfüllungshalber neben die kausale Saldoforderung trete, ohne diese zu ersetzen.

2. Stellungnahme

Die unter 1.a) dargestellte Novationslehre ist abzulehnen und die unter 1.b) dargestellte zweite Ansicht vorzugswürdig.

Erstens widerspricht die Annahme einer Novation dem hypothetischen Parteiwillen. Die Kontokorrentabrede ist bei einer fehlenden Parteiabsprache über die Wirkung der Saldofeststellung am Ende der Kontokorrentperiode unvollständig und daher auslegungsbedürftig. Ein Vertrag ist gemäß §§ 133, 157 BGB so auszulegen, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Regelungslücken sind entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu schließen.²⁹⁷ Hierbei ist darauf abzustellen, welche Regelung die Parteien im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten.²⁹⁸ Wenn der Schuldner – wie beim abstrakten Schuldnerkenntnis – eine neue Verbindlichkeit übernimmt, gilt gemäß § 364 Abs. 2 BGB im Zweifelsfalle eine Vermutung dafür, dass eine Novation nicht dem Parteiwillen entspricht, sondern die neue Verbindlichkeit erfüllungshalber neben die alte treten soll.²⁹⁹

296 Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 175 ff.; ders., Handelsrecht, § 25 Rn. 30; Schlegelberger-Hefermehl, § 355 Rn. 58; ders., FS Lehmann, S. 547, 549 ff., insbesondere S. 554; MünchKommHGB-Langenbucher (3. Aufl.), § 355 Rn. 93 f.; Heymann-Horn, § 355 Rn. 27; Oetker-Maultzsch, § 355 Rn. 71; Baumbach/Hopt-Hopt, § 355 Rn. 7; Derleder/Knops/Bamberger-Kandelhard, § 39 Rn. 41; K.Schmidt, Handelsrecht, § 21 Rn. 32; Blaurock, NJW 1971, 2206, 2208; Hübner, Handelsrecht, Rn. 720; Oetker, Handelsrecht, § 7 Rn. 85; Brox/Henssler, Handelsrecht, Rn. 355.

297 Vgl. Prütting/Wegen/Weinreich-Brinkmann, § 157 Rn. 15, 24, 26 mwN.

298 BGH, NJW 2012, 1348, 1349, NJW-RR 1990, 817, 819 (jeweils mwN).

299 Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 177; ders., Handelsrecht, § 25 Rn. 30; Oetker-Maultzsch, § 355 Rn. 71; Oetker, Handelsrecht, § 7 Rn. 85.

Ohne das Vorliegen besonderer Umstände bietet eine Kontokorrentabrede in der Regel keine Anhaltspunkte dafür, dass etwas anderes als der gesetzliche Normalfall gelten soll. Es muss daher bei dieser gesetzlichen Wertung bleiben.

Zweitens dient die Kontokorrentabrede zwar der Vereinfachung der Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien. Daraus lässt sich aber nicht ohne Weiteres schließen, dass mit dem abstrakten Schuldanerkenntnis der mit der Novation einhergehende endgültige Einwendungsauchluss für alle von der Kontokorrentabrede erfassten Einzelforderungen gewollt ist.³⁰⁰ Dies gilt vor allem, da ein Fortbestand der Saldoforderung keine Unsicherheiten in dem Kontokorrentverhältnis begründet.³⁰¹ Die Saldoforderung ist nach der Abgabe des Saldoanerkenntnisses im ungestörten Geschäftsverlauf einredebehaftet³⁰² und kann daher grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht werden. Wenn ein Schuldanerkenntnis fehlerhaft abgegeben wird, sind die der anerkannten Saldoforderung zugrundeliegenden Einzelforderungen aber jedenfalls noch vorhanden und es kann notfalls auf diese zurückgegriffen werden.

B. Wirkung der Kontokorrentbürgschaft

Bei der Besicherung von Kontokorrentverhältnissen sind die Kontokorrentsaldobürgschaft (hierzu unter I.) und die Kontokorrentforderungsbürgschaft (hierzu unter II.) zu unterscheiden.

I. Kontokorrentsaldobürgschaft

Die Kontokorrentsaldobürgschaft taucht üblicherweise im Zusammenhang mit Kontokorrentdarlehen auf. Bei einem Kontokorrentdarlehen wird die Kontenführung eines Bankkunden in laufender Rechnung organisiert und zusätzlich durch die Gewährung eines Kreditrahmens er-

³⁰⁰ Oetker, Handelsrecht, § 7 Rn. 85.

³⁰¹ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 179; ders., Handelsrecht, § 25 Rn. 30; Oetker-Maultzsch, § 355 Rn. 72.

³⁰² Vgl. dazu MünchKommBGB-Wenzel (5. Aufl.), § 364 Rn. 13.

gänzt, der beliebig in Anspruch genommen oder getilgt werden kann, also revolvierend ausgestaltet ist.³⁰³ Neben den Kontokorrentvorschriften (§§ 355 ff. HGB) finden dann üblicherweise auch die Regelungen über den Girovertrag (§§ 675 ff. BGB) und das Darlehensrecht (§§ 488 ff. BGB) Anwendung.

Für ein Kontokorrentdarlehen kann eine Bürgschaft die am Ende der Rechnungsperiode ermittelte Saldoforderung des Saldogläubigers, der üblicherweise ein Kreditinstitut ist, oder auch das auf die Saldoforderung bezogene Saldoanerkenntnis besichern. Sofern die gesicherte Saldoforderung in der nächsten Kontokorrentperiode als Einzelforderung in die Kontokorrentabrede einbezogen wird, handelt es sich bei der ehemaligen Kontokorrentsaldobürgschaft für die neue Kontokorrentperiode um eine Kontokorrentforderungsbürgschaft, auf welche die unten unter II. dargestellten Grundsätze Anwendung finden. Üblicherweise wird die Kontokorrentsaldobürgschaft jedoch in der Weise abgegeben, dass die Bürgschaft immer die jeweilige Saldoforderung oder das jeweilige Saldoanerkenntnis besichern soll, so dass sie sich am Ende einer Kontokorrentperiode mit jeder Saldofeststellung oder jedem Saldoanerkenntnis erneuert.³⁰⁴ Es handelt sich dann um eine Bürgschaft für zukünftige Verbindlichkeiten gemäß § 765 Abs. 2 BGB.

§ 356 Abs. 1 HGB regelt, dass, wenn eine durch Bürgschaft gesicherte Forderung von einer Kontokorrentabrede zwischen Bürgschaftsgläubiger und Hauptschuldner erfasst wird und der Hauptschuldner die Saldoforderung des Bürgschaftsgläubigers am Ende der Kontokorrentperiode anerkennt, der Bürgschaftsgläubiger den Bürgen – sofern man dem § 356 Abs. 1 HGB überhaupt Rechtswirkungen zuspricht und dessen Voraussetzungen vorliegen – weiterhin insoweit in Anspruch nehmen darf, als die Saldoforderung und die ursprüngliche gesicherte Forderung sich decken. § 356 Abs. 1 HGB ist nur auf die Kontokorrentforderungsbürgschaft, nicht aber auf die Kontokorrentsaldobürgschaft anwendbar, da § 356 Abs. 1 HGB nicht die Situation erfassen soll, in der Saldoforderung oder Saldoanerkenntnis besichert

³⁰³ Vgl. E/B/J/S-*Thessinga*, Rn. IV265; *Hopt/Müllert*, Kreditrecht, Vorb. zu §§ 607 ff. Rn. 288.

³⁰⁴ Vgl. *Oetker-Maultzsch*, § 356 Rn. 7.

sind, sondern nur die, in der eine gesicherte Einzelforderung als Rechnungsposten von der Kontokorrentabrede erfasst wird.³⁰⁵

II. Kontokorrentforderungsbürgschaft

Bei der Kontokorrentforderungsbürgschaft bezieht sich das Bürgschaftsversprechen nicht auf den Saldo eines Kontokorrentdarlehens, sondern auf eine bestimmte Verbindlichkeit des Hauptschuldners, beispielsweise die Kaufpreisforderung für eine Warenlieferung. Sofern in dem genannten Beispiel zwischen dem Lieferanten und dem Hauptschuldner ein Kontokorrentverhältnis besteht, ist die gesicherte Hauptforderung kontokorrentgebunden und ist somit Teil des periodischen Rechnungsabschlusses zwischen den Kontokorrentparteien.

Der Sicherungsumfang der Kontokorrentforderungsbürgschaft hängt davon ab, ob in dem Kontokorrentverhältnis, in welches die durch Kontokorrentforderungsbürgschaft gesicherte Hauptforderung einbezogen wurde, nach der Abgabe der Bürgschaft bereits ein Rechnungsabschluss stattgefunden hat.

In dem Zeitraum zwischen der Erfassung der gesicherten Hauptforderung durch die Kontokorrentabrede und dem ersten periodischen Rechnungsabschluss am Ende der laufenden Kontokorrentperiode kann die Hauptforderung wegen der Kontokorrentbindung nicht mehr separat geltend gemacht werden. Die Bürgschaft sichert in diesem Zeitraum nach allen oben unter A.I. vertretenen Ansichten, betreffend die Wirkung der kontokorrentrechtlichen Verrechnung am Ende der Kontokorrentperiode, nur die ursprüngliche gesicherte Hauptforderung und keine anderen von der Kontokorrentabrede erfassten Positionen. Vor dem ersten Rechnungsabschluss steht dem Hauptschuldner bei Inanspruchnahme durch den Bürgschaftsgläubiger die sogenannte Kontokorrenteinrede³⁰⁶ zu, die der Bürge gemäß § 768 Abs. 1 S. 1 BGB ebenfalls geltend machen kann.

³⁰⁵ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 356 Rn. 14; Oetker-Maultzsch, § 356 Rn. 6; Heymann-Horn, § 356 Rn. 3; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 125.

³⁰⁶ Die genaue Rechtsnatur der Kontokorrenteinrede ist streitig, sie wird als Stundungseinrede (vgl. RGZ 82, 400, 404; 125, 411, 416; BGH, NJW 1980, 2131, 2132) gesehen, als verjährungshemmende Einrede *sui generis* (Staub-Canaris (4. Aufl.),

Die Auswirkungen des ersten periodischen Rechnungsabschlusses am Ende der laufenden Kontokorrentperiode auf eine Bürgschaft für eine einzelne von der Kontokorrentabrede zwischen Hauptschuldner und Bürgschaftsgläubiger erfasste Verbindlichkeit ist ebenso streitig (hierzu unter 1.) wie die Bedeutung von § 356 Abs. 1 HGB für die Bestimmung des nach dem Rechnungsabschluss bestehenden Bürgschaftsumfangs (hierzu unter 2.).

1. Wirkung des Rechnungsabschlusses auf die Kontokorrentforderungsbürgschaft

Als akzessorische Sicherheit hängt die Bürgschaft in ihrem Bestand von der durch sie gesicherten Hauptforderung ab und erlischt daher automatisch, wenn die gesicherte Hauptforderung erlischt. Für den Fortbestand einer Kontokorrentforderungsbürgschaft nach dem ersten Rechnungsabschluss am Ende der laufenden Kontokorrentperiode ist es daher relevant, welche Wirkung der kontokorrentrechtlichen Verrechnung beigemessen wird (hierzu oben unter A.I.), insbesondere ob die Kontokorrentforderungen bei der Saldofeststellung durch Tilgung erloschen. In einem zweiten Schritt kommt es darauf an, ob dem auf die Saldoforderung bezogenen Saldoanerkenntnis novierende Wirkung zugesprochen wird oder ob das Saldoanerkenntnis neben die fortbestehende Saldoforderung tritt (hierzu oben unter A.III.). Bedingt durch die unter A.I. und A.III. dargestellten unterschiedlichen Ansichten über die Wirkung der kontokorrentrechtlichen Verrechnung und des Saldoanerkenntnisses im Rahmen des Rechnungsabschlusses am Ende der Kontokorrentperiode, gibt es auch bezüglich der Auswirkungen des ersten periodischen Rechnungsabschlusses am Ende der laufenden Kontokorrentperiode auf eine Kontokorrentforderungsbürgschaft ein breites Meinungsspektrum. Es folgen eine Darstellung der unterschiedlichen hierzu in der Rechtsprechung und Rechtslehre vertretenen Ansichten (hierzu unter a)) und anschließend eine Stellungnahme (hierzu unter b)).

§ 355 Rn. 102 ff.; E/B/J/S-*Grundmann*, § 355 Rn. 22; Heymann-Horn, § 355 Rn. 20) oder als Einwendung (Oetker-Maultzsch, § 355 Rn. 37).

a) Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre

In Bezug auf die Auswirkungen des ersten periodischen Rechnungsabschlusses am Ende der laufenden Kontokorrentperiode auf eine Kontokorrentforderungsbürgschaft haben sich in der Rechtsprechung und Rechtslehre vier wesentliche Strömungen herausgebildet, die jeweils durch ihre unterschiedliche in A.I. und A.III. dargestellte Bewertung der Wirkungen der kontokorrentrechtlichen Verrechnung und des Saldoanerkenntnisses geprägt sind. Es wird vertreten, dass nach dem Rechnungsabschluss die gesicherte Hauptforderung fortbesteht (hierzu unter aa)), die Saldforderung zum neuen Bezugspunkt für akzessorische Sicherheiten wird (hierzu unter bb)), der Fortbestand der gesicherten Forderung fingiert werden muss (hierzu unter cc)) oder dass die gesicherte Forderung nur insoweit fortbesteht, wie diese nicht durch Tilgung erloschen ist (hierzu unter dd)).

aa) Fortbestand der gesicherten Hauptforderung nach Rechnungsabschluss

Hefermehl meint, dass eine von der Kontokorrentabrede erfasste Einzelforderung nach dem Rechnungsabschluss weder durch Verrechnung noch durch Novation erlischt. Die Verrechnung der Kontokorrentforderungen am Ende einer Kontokorrentperiode wirke nicht tilgend, sondern sei nur buchmäßig zu verstehen; die einzelnen Forderungen blieben auch nach dem Rechnungsabschluss vollständig bestehen.³⁰⁷ Das Saldoanerkenntnis habe keine novierende Wirkung.³⁰⁸ Die gesicherte Hauptforderung bleibe nach dem Rechnungsabschluss weiter unverändert existent, so dass die Kontokorrentforderungsbürgschaft diese auch nach dem Rechnungsabschluss weiterhin besichern könne.³⁰⁹ Die Tilgung der Einzelforderungen erfolge erst durch die Tilgung der anerkannten Saldforderung, was dann gleichzeitig zur Beendigung der Bürgschaft führe.³¹⁰

³⁰⁷ Schlegelberger-*Hefermehl*, § 355 Rn. 60.

³⁰⁸ Schlegelberger-*Hefermehl*, § 355 Rn. 58.

³⁰⁹ Schlegelberger-*Hefermehl*, § 356 Rn. 2.

³¹⁰ Schlegelberger-*Hefermehl*, aaO (Fn. 307).

bb) Saldoforderung als neuer Bezugspunkt für akzessorische Sicherheiten nach Rechnungsabschluss

Einige Anhänger³¹¹ der Novationslehre (siehe oben unter A.III.1.a)) gehen davon aus, dass eine Kontokorrentforderung nach dem nächsten Rechnungsabschluss durch die novierende Wirkung des Saldoanerkenntnisses erlischt und das Saldoanerkenntnis als Anknüpfungspunkt für akzessorische Sicherheiten an die Stelle der ursprünglich gesicherten Hauptforderung tritt. Die Kontokorrentforderungsbürgschaft besichere nach dem Rechnungsabschluss das Saldoanerkenntnis bis zur Höhe der ursprünglich besicherten Hauptforderung, das für die akzessorischen Sicherheiten zur neuen Hauptforderung werde.

cc) Fiktiver Fortbestand der gesicherten Hauptforderung nach Rechnungsabschluss

Die Befürworter einer dritten Ansicht vertreten, dass die von der Kontokorrentabrede erfasste Einzelforderung im Rahmen des Rechnungsabschlusses durch Verrechnung getilgt wird³¹² oder durch Novation erlischt³¹³. Der Fortbestand der gesicherten Hauptforderung werde aber fingiert und die Kontokorrentforderungsbürgschaft so behandelt, als bestünde diese fort.

dd) Fortbestand der gesicherten Hauptforderung soweit nicht durch Tilgung erloschen

Die Vertreter einer vierten Ansicht³¹⁴ sind der Meinung, dass die kontokorrentrechtliche Verrechnung am Ende der Kontokorrentperiode

³¹¹ Vgl. Düringer/Hachenburg-Breit, § 356 Rn. 3; Ritter, Handelsgesetzbuch, § 356 Rn. 1; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 81; bezüglich der Forderungsauswechslung auch K.Schmidt, Handelsrecht, § 21 Rn. 37.

³¹² Heymann-Horn, § 356 Rn. 2.

³¹³ BGH, NJW 1959, 1127, 1128; WM 1972, 283, 284; HK-Ruß, § 355 Rn. 10.

³¹⁴ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 356 Rn. 15 ff.; ders., DB 1972, 469, 470 ff.; Münch-KommHGB-Langenbucher (3. Aufl.), § 356 Rn. 13; Oetker-Maultzsch, § 356 Rn. 16 f.; Ensthaler-Herget, § 356 Rn. 3 und 8; Derleder/Knops/Bamberger-Kandelhard, § 39 Rn. 54; im Ergebnis auch K.Schmidt, Handelsrecht, § 21 Rn. 37

Tilgungswirkung hat und eine akzessorische Sicherheit bei Tilgung der Bezugsforderung regulär mit dieser erlischt. Das abstrakte Saldoanerkenntnis führe jedoch nicht zum Erlöschen der Einzelforderungen, da es keine Novation bewirke. Eine akzessorische Sicherheit bleibe daher insoweit bestehen, wie die gesicherte Hauptforderung als Teil der (kausalen) Saldoforderung weiterbestehe. Die Reihenfolge der Tilgung richte sich bei einer fehlenden Parteivereinbarung nach den Regeln der §§ 396 Abs. 1 S. 2, 366 Abs. 2 BGB in analoger Anwendung. Durch die Verrechnung werde also zunächst jede ungesicherte Forderung getilgt. Eine gesicherte Hauptforderung erlöse erst, wenn keine ungesicherten Forderungen mehr übrig sind, die vor dieser zu tilgen wären.

b) Stellungnahme

Der ersten unter **a)aa)** dargestellten Ansicht, der dritten unter **a)cc)** dargestellten Ansicht und der vierten unter **a)dd)** dargestellten Ansicht ist darin zuzustimmen, dass Kontokorrentforderungsbürgschaften und andere akzessorische Sicherheiten auch nach dem Rechnungsabschluss weiterhin nur die ursprünglich gesicherte Hauptforderung besichern und nicht die Saldoforderung.

Die zweite unter **a)bb)** dargestellte Ansicht setzt voraus, dass sich der Bezugspunkt der akzessorischen Sicherheit für eine einzelne Kontokorrentforderung nach dem Rechnungsabschluss ändert. Die Annahme einer solchen Forderungsauswechselung führt jedoch zu unbilligen Ergebnissen und ist daher abzulehnen. Das ergibt sich aus drei wesentlichen Erwägungen:

Erstens ist die der zweiten Ansicht zugrunde liegende Novationstheorie an sich abzulehnen.³¹⁵

Zweitens sprechen gegen die von der zweiten Ansicht vorausgesetzte Forderungsauswechselung auch der Wortlaut und die Historie des § 356 Abs. 1 HGB. In § 356 Abs. 1 HGB heißt es, dass der Bürgschaftsgläubiger insoweit Befriedigung aus einer Sicherheit für eine von der Kontokorrentabrede erfasste Forderung erlangen kann, als

unter bestimmten Rahmenbedingungen auch Schlegelberger-Hefermehl, § 356 Rn. 17.

³¹⁵ Siehe oben unter A.III.2.

„sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken“. Diese Formulierung ist zwar nicht eindeutig, lässt aber die Schlussfolgerung zu, dass der Gesetzgeber den Fortbestand der Kontokorrentforderungen auch nach dem Rechnungsabschluss voraussetzt.³¹⁶ Dafür spricht auch die historische Auslegung von § 356 Abs. 1 HGB. In den Gesetzesmaterialien³¹⁷ heißt es, dass kein Übergang der Sicherheiten auf die anerkannte Saldoforderung stattfinde, sondern vielmehr die alte Kontokorrentforderung im Hinblick auf die Sicherheiten fortbestehe.³¹⁸

Drittens verstößt die von der zweiten Ansicht vorausgesetzte Forderungsauswechslung aber vor allem gegen den Grundsatz der Privatautonomie.³¹⁹ Die Privatrechtsordnung wird durch das Prinzip der Privatautonomie geprägt,³²⁰ das neben anderen Erscheinungsformen auch den Grundsatz der Vertragsfreiheit³²¹ beinhaltet. Die Vertragsfreiheit gewährt unter anderem das positive Recht, Verträge abändern zu können,³²² hat aber auch eine negative Komponente,³²³ wonach ebendies nicht ohne den Willen der Parteien geschehen darf. Nähme man eine Auswechslung der gesicherten Hauptforderung nach dem Rechnungsabschluss am Ende einer Kontokorrentperiode an, würde der Bürge für eine Forderung einstandspflichtig werden, für die er beim Abschluss des Bürgschaftsvertrages keine Sicherheit bestellen wollte.³²⁴ Das wäre eine entscheidende Veränderung des Inhalts des

³¹⁶ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 356 Rn. 9; Schlegelberger-Hefermehl, § 356 Rn. 1, und MünchKommHGB-Langenbucher (3. Aufl.), § 356 Rn. 2, halten den Wortlaut diesbezüglich für eindeutig, Oetker-Maultzsch, § 356 Rn. 11, hält ihn hingegen für völlig offen.

³¹⁷ Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, S. 199 (zitiert nach Mugdan, Materialien VI, S. 356).

³¹⁸ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 356 Rn. 9; Schlegelberger-Hefermehl, § 356 Rn. 1; Oetker-Maultzsch, § 356 Rn. 11.

³¹⁹ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 356 Rn. 10; Schlegelberger-Hefermehl, § 356 Rn. 1; Oetker-Maultzsch, § 356 Rn. 11.

³²⁰ Staudinger-Busche, Eckpfeiler des Zivilrechts, Kap. F Rn. 3.

³²¹ Staudinger-Busche, Eckpfeiler des Zivilrechts, Kap. F Rn. 4.

³²² Staudinger-Busche, Eckpfeiler des Zivilrechts, Kap. F Rn. 6.

³²³ Staudinger-Busche, Eckpfeiler des Zivilrechts, Kap. F Rn. 5.

³²⁴ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 356 Rn. 10; Schlegelberger-Hefermehl, § 356 Rn. 1; MünchKommHGB-Langenbucher (3. Aufl.), § 356 Rn. 2; Oetker-Maultzsch, § 356 Rn. 11. Dieses Problem erkennt auch Schäfer (Bankkontokorrent und Bürg-

Bürgschaftsvertrages, die ohne Mitwirkung des Bürgen dem Prinzip der negativen Vertragsänderungsfreiheit widerspräche.

Im Bürgschaftsdreieck wird die negative Vertragsfreiheit des Bürgen überdies durch § 767 Abs. 1 S. 3 BGB besonders geschützt, der besagt, dass durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert wird. Eine Änderung der Verpflichtung des Bürgen ohne sein zutun ist als Verstoß gegen die negative Vertragsfreiheit bereits an sich unzulässig. Erst recht ist dies aber der Fall, wenn die Veränderung der Bürgschaftsverpflichtung überdies zu einer Verschlechterung der Rechtsstellung des Bürgen führen und somit seine Einstandspflichten erweitern würde. Dies wäre bei einer Auswechselung der ursprünglich gesicherten Hauptforderung nach dem Rechnungsabschluss am Ende einer Kontokorrentperiode zum Beispiel der Fall, wenn für die Saldoforderung andere Verjährungsvorschriften gelten als für die ursprünglich gesicherte Hauptforderung.³²⁵

2. Bedeutung von § 356 HGB

§ 356 Abs. 1 HGB regelt, dass, wenn eine durch Bürgschaft gesicherte Forderung von der Kontokorrentabrede zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Hauptschuldner erfasst wird und der Hauptschuldner die Saldoforderung des Bürgschaftsgläubigers am Ende der Kontokorrentperiode anerkennt, der Bürgschaftsgläubiger den Bürgen weiterhin insoweit in Anspruch nehmen darf, als die Saldoforderung und die ursprüngliche gesicherte Forderung sich decken.³²⁶ Zwischen der unter 1.a)aa) dargestellten Ansicht, der unter 1.a)cc) dargestellten An-

schaft, S. 66 f.), der davon ausgeht, dass die Forderungsauswechselung nur eintritt, wenn der Sicherungsgeber der Erfassung der gesicherten Forderung durch die Kontokorrentabrede zugestimmt hat oder nach Kenntniserlangung nicht widerspricht.

³²⁵ Oetker-Maultzsch, § 356 Rn. 11.

³²⁶ Der exakte Wortlaut von § 356 Abs. 1 HGB lautet: „Wird eine Forderung, die durch Pfand, Bürgschaft oder in anderer Weise gesichert ist, in die laufende Rechnung aufgenommen, so wird der Gläubiger durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert, aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken.“

sicht und der unter **1.a)dd)** dargestellten Ansicht, die auch nach dem Rechnungsabschluss von einem Fortbestand der Hauptforderung, die Bezugspunkt einer akzessorischen Sicherheit für einzelne Kontokorrentforderungen sein soll, ausgehen, ergeben sich Unterschiede im Hinblick auf die angenommene Reichweite von § 356 Abs. 1 HGB. Es folgen eine Darstellung der unterschiedlichen hierzu in der Rechtsprechung und Rechtslehre vertretenen Ansichten (hierzu unter **a)**) und anschließend eine Stellungnahme (hierzu unter **b)**).

a) Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre

In der Rechtsprechung und Rechtslehre stehen sich im Wesentlichen zwei jeweils sehr verbreitete Positionen über die Bedeutung von § 356 Abs. 1 HGB gegenüber, die hinsichtlich der Bestimmung und Rückführung entstandener Einstandspflichten des Bürgen nach der Bürgschaftskündigung unterschiedliche Auswirkungen haben.

Die erste Ansicht geht davon aus, dass die Wirkung des § 356 Abs. 1 HGB darin besteht, dass eine akzessorische Sicherheit für eine Hauptforderung, die in ein Kontokorrentverhältnis einbezogen wurde und die im Rahmen des Rechnungsabschlusses erloschen ist, trotzdem weiterhin in Höhe der Hauptforderung in Anspruch genommen werden kann (hierzu unter **aa)**).

Die zweite Ansicht geht davon aus, dass § 356 Abs. 1 HGB ein historisches Relikt ist, dem nach der heute herrschenden Ablehnung der Novationslehre (hierzu unter **A.III.1.a)**), die dem Saldoanerkenntnis im Rahmen des Rechnungsabschlusses am Ende einer Kontokorrentperiode novierende Wirkung zuspricht, keine eigenständige Bedeutung mehr zukommt (hierzu unter **bb)**).

aa) Rechtsprechung und Teil der Rechtslehre

Die erste Ansicht³²⁷ steht unter der gedanklichen Vorbedingung, dass die von der Kontokorrentabrede erfassten und durch akzessorische Si-

³²⁷ RGZ 76, 330, 333 f.; 87, 434, 437 f.; 136, 178, 181; BGH, NJW 2004, 2232, 2234; 1968, 2100, 2102; 1958, 217, 218 f.; Röhricht/Graf v.Westphalen-Wagner,

cherheiten besicherten Einzelforderungen nach dem Rechnungsabschluss am Ende einer Kontokorrentperiode entweder bereits durch die kontokorrentrechtliche Verrechnung oder spätestens durch das sich anschließende novierende abstrakte Schuldnerkenntnis erloschen.

Die Wirkung des § 356 Abs. 1 HGB bestehe darin, dass die akzessorische Sicherheit³²⁸, beispielsweise eine Bürgschaft, trotz des Erlöschens der gesicherten Hauptforderung weiterhin in Höhe der Hauptforderung in Anspruch genommen werden könne. Als Bezugspunkt für die Bürgschaft werde der Fortbestand der gesicherten Hauptforderungen zwar fingiert. Die Einstandspflicht des Bürgen sei nach dem ersten Rechnungsabschluss aber abhängig von dem aktuellen und den folgenden Rechnungsabschlusssalden. Eine Limitierung des Umfangs der Bürgschaft erfolge einerseits durch die Höhe der ursprünglich gesicherten Hauptforderung und andererseits durch die Höhe der jeweiligen Rechnungsabschlusssalden. Diese weitgehende Verpflichtung des Bürgen ergebe sich aus einem anerkennenswerten wirtschaftlichen Interesse des Bürgschafts- und Saldogläubigers an dem Zugriff auf die gewährte Sicherheit auch nach dem Rechnungsabschluss.³²⁹

Die Bürgschaft erlöse jeweils insoweit, wie ein Rechnungsabschlusssaldo niedriger sei als die ursprünglich gesicherte Hauptforderung. Eine endgültige Beendigung der Bürgschaft trete daher erst ein, wenn ein Rechnungsabschlusssaldo ausgeglichen sei oder zugunsten des Hauptschuldners ein Guthaben aufweise.

Im Ergebnis führt diese Argumentation dazu, dass die Bürgschaft von der ursprünglichen gesicherten Hauptforderung losgelöst und *de facto* zu einer Sicherheit für den jeweiligen Rechnungsabschlusssaldo wird. Die Hauptforderung dient lediglich noch zur Feststellung der maximalen Höhe der Bürgschaftsverpflichtung. Für den Fortbestand der Bürgschaft wird nicht mehr auf die tatsächliche Existenz der ur-

³²⁸ § 356 Rn. 1 und 9; Heymann-Horn, § 356 Rn. 2; Koller/Kindler/Roth-Koller, § 356 Rn. 2; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 80.

³²⁹ Im Folgenden wird diesbezüglich konkret auf die Bürgschaft als akzessorische Sicherheit Bezug genommen.

³³⁰ RGZ 162, 244, 251 f.; BGH, NJW 1959, 1127, 1128; WM 1955, 1163, 1164; Heymann-Horn, § 356 Rn. 1; Röhricht/Graf v.Westphalen-Wagner, § 356 Rn. 1 und 9.

sprünghlich gesicherten Hauptforderung abgestellt, sondern nur noch darauf, ob nachfolgende Rechnungsabschlussalden unter deren Höhe fallen. Auf zwischen den Rechnungsabschlüssen am Ende einer Kontokorrentperiode rechnerisch vorliegende niedrigere Salden kommt es dabei nicht an.

bb) Anderer Teil der Rechtslehre

Die zweite Ansicht³³⁰ steht gedanklich unter drei Prämissen: Erstens gehen ihre Vertreter davon aus, dass die kontokorrentrechtliche Verrechnung am Ende der Kontokorrentperiode tilgende Wirkung hat (hierzu oben unter **A.I.1.b**)). Zweitens meinen sie, dass die Tilgung im Rahmen der kontokorrentrechtlichen Verrechnung nach den Grundsätzen der §§ 396 Abs. 1 S. 2, 366 Abs. 2 BGB verläuft (hierzu oben unter **A.II.1.c**)). Drittens wird der Fortbestand der Kontokorrentforderungen auch nach dem Saldoanerkenntnis vorausgesetzt, soweit sie nicht durch Verrechnung erloschen sind (hierzu oben unter **A.III.1.b**)).

Die Funktion des § 356 Abs. 1 HGB beschränke sich darauf, eine negative Wirkung des Saldoanerkenntnisses auf für Kontokorrentforderungen bestellte Sicherheiten auszuschließen. Die Regelung betreffe hingegen nicht die Frage des rechtlichen Schicksals dieser Sicherheiten nach einer Tilgung der gesicherten Hauptforderung im Zuge der kontokorrentrechtlichen Verrechnung am Ende einer Kontokorrentperiode.

Die Auslegung von § 356 Abs. 1 HGB ergebe, dass dieser rein deklaratorischer Natur sei und keine eigenständige Bedeutung habe. Der Wortlaut der Norm sage über ein Erlöschen akzessorischer Sicherheiten durch eine Tilgung der gesicherten Hauptforderung im Zuge der kontokorrentrechtlichen Verrechnung am Ende einer Kontokorrentperiode nichts aus. Er umfasse vielmehr ausdrücklich nur das abstrakte

³³⁰ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 356 Rn. 16 ff.; ders., DB 1972, 469, 470 ff.; Münch-KommHGB-Langenbucher (3. Aufl.), § 356 Rn. 13; MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 113; Ensthaler-Herget, § 356 Rn. 3 und 8; Oetker-Maultzsch, § 356 Rn. 16; Derleder/Knops/Bamberger-Kandelhard, § 39 Rn. 54; K.Schmidt, Handelsrecht, § 21 Rn. 37; Oetker, Handelsrecht, § 7 Rn. 90.

Saldoanerkenntnis und nicht die zeitlich vorgelagerte kontokorrentrechtliche, tilgende Verrechnung der gegenseitigen Kontokorrentforderungen.³³¹ Da eine Kontokorrentforderung nach der heute anerkannten Rechtslehre beim Rechnungsabschluss ohnehin nicht durch Abgabe des Saldoanerkenntnisses erlösche, habe § 356 Abs. 1 HGB keine Funktion mehr. Die historische Auslegung stütze diesen Schluss, da § 356 HGB mit der Zielsetzung geschaffen wurde, die Auswirkungen der damals herrschenden Novationslehre auf akzessorische Sicherheiten zu verhindern.³³² Der Gesetzgeber habe sich mit der Tilgungswirkung der Verrechnung überhaupt nicht befassen können, da diese zu der damaligen Zeit – anders als heute – noch nicht diskutiert wurde, geschweige denn anerkannt war.

Vor allem aber führe die Anwendung von § 356 Abs. 1 HGB auf die kontokorrentrechtliche Verrechnung zu ungerechten Ergebnissen.³³³ Insbesondere wenn der Kontokorrentsaldo zwischen den jeweiligen Rechnungsabschlüssen zum Ende einer Kontokorrentperiode ausgeglichen wird und durch die Entstehung neuer Verbindlichkeiten des Hauptschuldners vor dem nächsten Rechnungsabschluss wieder auf die alte Höhe ansteigt, ergebe sich das Problem, dass der Bürge der ursprünglich gesicherten Forderung faktisch für eine ganz andere Forderung hafte als die, für die er sich verbürgen wollte. Dies verstöße gegen den Grundsatz des § 767 Abs. 1 S. 2 BGB, der besagt dass eine Bürgschaft nicht fortbesteht, wenn die gesicherte Hauptforderung durch eine andere ersetzt oder in einer der Ersetzung entsprechenden Intensität geändert wird.³³⁴

Im Ergebnis führt die Argumentation der zweiten Ansicht zur Bedeutung des § 356 Abs. 1 HGB dazu, dass eine Bürgschaft in ihrem Bestand von der gesicherten Hauptforderung abhängig ist und dies auch

³³¹ Staub-*Canaris* (4. Aufl.), § 356 Rn. 21; *ders.*, DB 1972, 469, 471; MünchKommHGB-*Langenbucher* (3. Aufl.), § 356 Rn. 13; Oetker-*Maultzsch*, § 356 Rn. 16.

³³² Hierzu insbesondere Staub-*Canaris* (4. Aufl.), § 356 Rn. 21; *ders.*, DB 1972, 469, 471; MünchKommHGB-*Langenbucher* (3. Aufl.), § 356 Rn. 13; Oetker-*Maultzsch*, § 356 Rn. 1 und 16.

³³³ Die im Folgenden dargestellte Problematik wurde grundlegend von *Canaris* (DB 1972, 469, 470 f.; Staub-*Canaris* (4. Aufl.), § 356 Rn. 16 ff.) aufgeworfen; vgl. auch MünchKommHGB-*Langenbucher* (3. Aufl.), § 356 Rn. 13; Oetker-*Maultzsch*, § 356 Rn. 16; K.Schmidt, Handelsrecht, § 21 Rn. 37.

³³⁴ Vgl. Bamberger/Roth-Rohe, § 767 Rn. 4.

nach dem Rechnungsabschluss zum Ende einer Kontokorrentperiode bleibt. Sie besteht so lange bis die gesicherte Hauptforderung im Rahmen des Rechnungsabschlusses infolge der kontokorrentrechtlichen Verrechnung (oder nach Beendigung der Kontokorrentabrede auf andere Weise) getilgt wird.

b) Stellungnahme

Wenn § 356 Abs. 1 HGB auf das Erlöschen der gesicherten Hauptforderungen durch die kontokorrentrechtliche Verrechnung anwendbar wäre, würde die Kontokorrentforderungsbürgschaft nach dem Rechnungsabschluss wie eine (gekündigte) Höchstbetragsbürgschaft für den Kontokorrentsaldo zu behandeln sein.³³⁵ Wenn § 356 Abs. 1 HGB auf das Erlöschen der gesicherten Hauptforderungen durch die kontokorrentrechtliche Verrechnung nicht anzuwenden wäre, würden sich der Bestand und die Höhe der Einstandspflichten des Bürgen immer nach dem Schicksal der gesicherten Hauptforderung richten.

§ 356 Abs. 1 HGB ist auslegungsbedürftig, da die Norm sich nach ihrem Wortlaut nicht auf den Rechnungsabschluss insgesamt bezieht, sondern nur auf das diesen abschließende abstrakte Saldoanerkenntnis. Dies ergibt sich auch aus der Historie der Norm, da der kontokorrentrechtlichen Verrechnung im Rahmen des Rechnungsabschlusses zum Zeitpunkt der Schaffung des § 356 Abs. 1 HGB noch keine Bedeutung zugemessen wurde. Der unter a)bb) dargestellten Ansicht ist darin zuzustimmen, dass § 356 Abs. 1 HGB durch die Entwicklungen in Rechtsprechung und Rechtslehre überholt ist, nach denen die Novationslehre mittlerweile überwiegend – jedenfalls in ihrer ursprünglichen Strenge – abgelehnt wird. Welche Auswirkung das Erlöschen der gesicherten Hauptforderungen durch die kontokorrentrechtliche Verrechnung auf akzessorische Sicherheiten hat, ist folglich nicht geregelt. Diese Lücke ist durch eine ergänzende Auslegung des § 356 Abs. 1 HGB zu schließen. Es ist keine Rechtsfortbildung³³⁶ außerhalb der existierenden Normierung erforderlich, da § 356 Abs. 1 HGB ursprünglich geschaffen wurde, um die Auswirkun-

³³⁵ Siehe oben unter I. und unten unter C.I.1.

³³⁶ Vgl. dazu Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 232 ff.

gen des Rechnungsabschlusses auf akzessorische Sicherheiten zu regeln. Bedingt durch das mittlerweile geänderte Verständnis von dem Ablauf und der Wirkung der verschiedenen Elemente des Rechnungsabschlusses, enthält § 356 Abs. 1 HGB eine planwidrige Regelungslücke, die ausfüllungsbedürftig ist. Die Auslegung muss im Hinblick auf den Wortsinn (hierzu unter **aa**), die Historie (hierzu unter **bb**), die Systematik (hierzu unter **cc**), den Sinn und Zweck der Norm (hierzu unter **dd**) sowie im Lichte des Verfassungsrechts erfolgen.³³⁷

aa) Wortlautauslegung

Der Wortlaut von § 356 Abs. 1 HGB bezieht sich auf das Saldoanerkenntnis am Ende einer Kontokorrentperiode und trifft keine Aussage über die Verrechnung im Rahmen des Rechnungsabschlusses. Der Wortlaut der Norm bietet daher keine Anhaltspunkte für die Auslegung.

bb) Historische Auslegung

Die historische Auslegung ergibt, dass § 356 Abs. 1 HGB im Lichte der Novationslehre geschaffen wurde, um das wirtschaftliche Interesse des Sicherungsnehmers an einem Zugriff auf akzessorische Sicherheiten auch noch nach dem Rechnungsabschluss, der die gesicherte Hauptforderung nach damaliger Sicht mit dem abstrakten Anerkenntnis der kausalen Saldoforderung zwingend durch Novation zum Erlöschen brachte, zu schützen. Die Möglichkeit einer Tilgung der Hauptforderung im Wege der kontokorrentrechtlichen Verrechnung hat der Gesetzgeber bei Schaffung des § 356 Abs. 1 HGB jedoch nicht bedacht.

cc) Systematische Auslegung

Die Systematik des Gesetzes lässt bezüglich der hier interessierenden Frage keine Rückschlüsse zu.

³³⁷ Vgl. zu den einzelnen Auslegungskriterien *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 141 ff.

Im Hinblick auf die fehlende Ergiebigkeit der am Wortlaut orientierten, der historischen und der systematischen Auslegung, muss die ergänzende Auslegung des § 356 Abs. 1 HGB sich daher im Wesentlichen am Telos des Gesetzes orientieren, im Zusammenspiel mit den verfassungsrechtlichen Wertungen.

dd) Teleologische Auslegung

Der Zweck, den der Gesetzgeber bei Schaffung eines Gesetzes verfolgt hat, ist in der Regel nicht subjektiv auf dessen Willen bezogen, sondern objektiv bestimbar.³³⁸ Für die Auslegung darf dem Gesetzgeber unterstellt werden, dass er eine sachgerechte und im Einzelfall angemessene Lösung finden wollte.³³⁹ § 356 Abs. 1 HGB dient bei objektiver Betrachtung dem gerechten Ausgleich der Interessen des Sicherungsgebers und des Sicherungsnehmers bei einer Kontokorrentbindung der gesicherten Hauptforderungen. Im Folgenden werden zunächst die Interessen des Sicherungsgebers (hierzu unter (1)) und des Sicherungsnehmers (hierzu unter (2)) dargestellt, um anschließend, im Lichte des heutigen Verständnisses von den Wirkungen des Rechnungsabschlusses, eine Interessenabwägung vorzunehmen (hierzu unter (3)).

(1) Interessen des Sicherungsgebers (Bürge)

Ein Bürge hat unter anderem ein Interesse am Nichteintritt des Sicherungsfalls und daran, dass er erst in Anspruch genommen wird, wenn der Hauptschuldner tatsächlich mit der Forderungsbegleichung ausfällt. Die Identität der Bürgschaftsschuld soll eindeutig sein und sich nicht auf Forderungen beziehen, die nach Abgabe der Bürgschaft entstehen.³⁴⁰

Bei einer Anwendung des § 356 Abs. 1 HGB auf die kontokorrentrechtliche Verrechnung wäre insbesondere das Interesse des Bürgen betroffen, nicht für Verbindlichkeiten des Hauptschuldners einstehen

³³⁸ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 153.

³³⁹ Larenz/Canaris, aaO (Fn. 338).

³⁴⁰ Vgl. oben **Kapitel 1 C.II.3.b)aa**.

zu müssen, die beim Vertragsschluss mit dem Bürgschaftsgläubiger nicht Gegenstand der Einigung waren. Wenn § 356 Abs. 1 HGB anwendbar wäre, hätte dies zur Folge, dass seine Bürgschaft *de facto* nicht mehr eine bestimmte Einzelforderung besichert, sondern, bis zu einem Betrag in Höhe der ursprünglich gesicherten Hauptforderung, den Kontokorrentsaldo am Ende der jeweiligen Rechnungsperiode („limitierte Saldosicherheit“). Eine solche limitierte Kontokorrentsaldobürgschaft ist eine umfassendere Sicherheit als eine Kontokorrentforderungsbürgschaft. Der Bürge ist im Sicherungsfall nicht nur für den Ausfall einer Einzelforderung einstandspflichtig, sondern für verschiedenste Kontokorrentforderungen des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner, solange nur die jeweiligen Rechnungsabschlüsse die Höhe der ursprünglich gesicherten Hauptforderung erreichen. Die im Kontokorrentsaldo eingestellten Verbindlichkeiten des Hauptschuldners waren beim Abschluss des Bürgschaftsvertrages, der sich nur auf eine bestimmte Einzelforderung des Bürgschaftsgläubigers bezog, regelmäßig nicht Gegenstand der Einigung. Es ist vielmehr vom Gegen teil auszugehen: Hätte der Bürge für beliebige Verbindlichkeiten des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger einstehen wollen, hätte er eine Bürgschaft mit weiter Sicherungszweckabrede oder direkt eine Kontokorrentsaldobürgschaft abgegeben. Dies hat der Bürge bei der Bürgschaft für eine Einzelforderung aber gerade nicht getan.

(2) Interessen des Sicherungsnehmers (Bürgschaftsgläubiger)

Der Bürgschaftsgläubiger hat hinsichtlich seines Anspruchs gegen den Hauptschuldner unter anderem ein Sicherungsinteresse, das sich auch auf zukünftige Forderungen bezieht.³⁴¹

Der Gesetzgeber selbst erwähnt in der Gesetzesbegründung das Interesse des Sicherungsnehmers an dem Fortbestand der akzessorischen Sicherheiten auch nach dem Rechnungsabschluss am Ende einer Kontokorrentperiode. Dieses Interesse sah er vor dem Hintergrund des aus damaliger Sicht mit dem abstrakten Anerkenntnis der kausalen Saldoforderung zwingend einhergehenden Erlöschen aller Kontokorrenteinzelforderungen durch Novation als schützenswert an. Der

³⁴¹ Vgl. oben Kapitel 1 C.II.3.b)aa).

durch die Novation bedingte undifferenzierte Wegfall aller akzessorischen Sicherheiten im Rahmen des Rechnungsabschlusses am Ende einer Kontokorrentperiode war der entscheidende Grund für die Schaffung des § 356 HGB.

(3) Interessenabwägung

Die Interessen des Bürgen als Sicherungsgeber und des Bürgschaftsgläubigers als Sicherungsnehmer sind vor dem Hintergrund, dass § 356 Abs. 1 HGB dem gerechten Ausgleich der Interessen des Sicherungsgebers und des Sicherungsnehmers bei einer Kontokorrentbindung der gesicherten Hauptforderungen dient, gegeneinander abzuwagen. Hierbei sind insbesondere die negative Vertragsfreiheit des Bürgen (hierzu unter (a)), das Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers (hierzu unter (b)) und das Konkurrenzverhältnis zwischen Kontokorrent- und Bürgschaftsrecht (hierzu unter (c)) relevant. Im Ergebnis ist die Anwendung von § 356 HGB auf die kontokorrentrechtliche Verrechnung nicht sachgemäß (hierzu unter (d)) und auch eine Kenntnis des Bürgen vom Kontokorrentverhältnis begründet keine Einwilligung in die Anwendbarkeit des § 356 HGB (hierzu unter (e)).

(a) Verstoß gegen negative Vertragsfreiheit des Bürgen

Die Anwendung von § 356 HGB auf die kontokorrentrechtliche Verrechnung am Ende der Kontokorrentperiode würde – jedenfalls im Bürgschaftsrecht – zu dem für den Bürgen sehr belastenden Ergebnis führen, dass der Bürgschaftsgläubiger nach Rechnungsabschluss eine stärkere Sicherheit erhielte, als der Bürge bei Vertragsschluss bereit war, ihm zu gewähren.

Die Schutzwürdigkeit der Interessen des Bürgen ergibt sich bereits aus folgender zentraler Wertung des kodifizierten Bürgschaftsrechts:

In § 767 Abs. 1 S. 3 BGB heißt es, dass durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert wird. Damit sollen Fremddispositionen über die Bürgschaftsschuld verhindert werden und insbesondere deren Ausweitung ohne Mitwirkung des Bürgen.

Die Anwendung von § 356 HGB auf die kontokorrentrechtliche Verrechnung am Ende der Kontokorrentperiode bewirkt aber durch die faktische Änderung des Bürgschaftscharakters von einer Kontokorrentforderungsbürgschaft hin zu einer Kontokorrentsaldobürgschaft eine Erweiterung der potentiellen Einstandspflicht des Bürgen.³⁴² Die Rückführung einer Bürgschaft für einen Kontokorrentsaldo kann erheblich mehr finanziellen Aufwand bedeuten als die isolierte Erfüllung der ursprünglich gesicherten Hauptforderung. Das Bürgschaftsrisiko würde sich daher ohne Einflussmöglichkeit des Bürgen erhöhen.

Die Anwendung von § 356 HGB auf die kontokorrentrechtliche Verrechnung am Ende der Kontokorrentperiode würde damit – abgesehen davon, dass es auch keinen Bedarf für dessen Anwendung gibt – im Widerspruch zu wesentlichen bürgschaftsrechtlichen Grundsätzen stehen.

(b) Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers bei Nichtanwendung von § 356 HGB nicht betroffen

§ 767 Abs. 1 S. 3 BGB ist Ausfluss des in Art. 2 Abs. 1 GG verankerten Rechts auf Vertragsfreiheit in seiner negativen Ausprägung und hat daher ein besonderes Gewicht. Die Vertragsfreiheit umfasst die Vertragsänderungsfreiheit, die als negative Komponente auch den Schutz vor ungewollten Vertragsänderungen umfasst. Bei der Auslegung von Gesetzen gilt ein objektivierter Maßstab, nach dem davon ausgegangen werden muss, dass der Gesetzgeber eine sachgerechte Regelung schaffen und verfassungsgemäß handeln wollte. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Auslegung des § 356 HGB ist daher anzunehmen, dass der Gesetzgeber sich jedenfalls nicht grundlos in Widerspruch zu der Schutzworschrift des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB setzen wollte. Ein so schwerwiegender Eingriff in die negative Vertragsfreiheit des Bürgen kann nur interessengerecht sein, wenn besonders wichtige Interessen des Bürgschaftsgläubigers durch die kontokorrentrechtliche Verrechnung im Rahmen des Rechnungsabschlusses am Ende einer Kontokorrentperiode stark gefährdet wären und dies eine Überwindung von § 767 Abs. 1 S. 3 BGB gebieten würde. Dies wäre nur der Fall, wenn –

³⁴² Ähnlich auch MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 113.

entsprechend der Wirkung des Saldoanerkenntnisses nach der Novationslehre – ein automatisches und undifferenziertes Erlöschen der Kontokorrentforderungen zu befürchten wäre. Dies ist bei einer Verrechnung der gegenseitigen Kontokorrentforderungen am Ende der Kontokorrentperiode zur Feststellung der Saldoforderung bei Beachtung der Tilgungsreihenfolge der §§ 396 Abs. 1 S. 2, 366 Abs. 2 BGB analog aber gerade nicht der Fall.

Bei Anerkennung der Prämissen der unter **a)bb)** dargestellten Ansicht berührt eine Ablehnung der Anwendbarkeit von § 356 HGB auf die kontokorrentrechtliche Verrechnung im Rahmen des Rechnungsabschlusses am Ende der jeweiligen Kontokorrentperiode das Sicherungsinteresse des Sicherungsgebers, dessen Schutz die Triebfeder für die Schaffung von § 356 HGB war, nicht. Nach richtiger Ansicht hat das abstrakte Saldoanerkenntnis im Rahmen des Rechnungsabschlusses am Ende einer Kontokorrentperiode keine novierende Wirkung, sondern tritt erfüllungshalber neben die kausale Saldoforderung.³⁴³ Bei der Saldofeststellung werden die sich gegenüberstehenden Kontokorrentforderungen gegeneinander aufgerechnet, wobei die Tilgungsreihenfolge der §§ 396 Abs. 1 S. 2, 366 Abs. 2 BGB analog maßgeblich ist.³⁴⁴ Die Kontokorrentforderungen des Bürgschaftsgläubigers (oder sonstigen Sicherungsnehmers) erlöschen daher nicht undifferenziert und automatisch am Ende einer Kontokorrentperiode, sondern nur insoweit als ihnen verrechnungsfähige Forderungen des Hauptschuldners tatsächlich gegenüberstehen. Bei fehlender Parteiaabrede, fehlender Bestimmung einer Tilgungsreihenfolge durch den Hauptschuldner und analoger Anwendung der Tilgungsreihenfolge gemäß §§ 396 Abs. 1 S. 2, 366 Abs. 2 BGB werden die Sicherungsinteressen des Bürgschaftsgläubigers dadurch berücksichtigt, dass die gesicherten Forderungen des Bürgschaftsgläubigers erst getilgt werden, wenn sonst keine ungesicherten Forderungen des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner mehr offen sind.

³⁴³ Siehe oben unter **A.III.2.**

³⁴⁴ Siehe oben unter **A.I.2** und **A.II.2**.

(c) Kontokorrentrecht nicht lex specialis zum Bürgschaftsrecht

Die bürgschaftsrechtliche Schutzherrschaft des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB darf nicht in die Abwägung der Parteiinteressen einbezogen werden, wenn § 356 HGB *lex specialis* gegenüber dem Bürgschaftsrecht wäre. Für einen Vorrang des Kontokorrentrechts im Hinblick auf Sicherheiten findet sich aber weder eine Stütze im Gesetz noch ein inhaltlicher Grund. Es sprechen vielmehr gute Argumente dafür, dass – jedenfalls im Hinblick auf die Bürgschaft als akzessorisches Sicherungsmittel – das Bürgschaftsrecht den Umfang der Bürgschaftsverpflichtung bestimmt und nicht das Kontokorrentrecht.³⁴⁵ Das Bürgschaftsrecht gewährleistet den Schutz des Bürgen, der im Hinblick auf das Fehlen eigener Vorteile durch die Bürgschaftsbestellung, auch besonders schutzwürdig ist. Die Kontokorrentvorschriften hingegen dienen lediglich der Vereinfachung des Geschäftsverkehrs. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Vereinfachungsfunktion des Kontokorrentrechts Vorrang haben sollte vor den Schutzherrschaften des Bürgschaftsrechts.

(d) Anwendung von § 356 HGB auf die kontokorrentrechtliche Verrechnung nicht sachgemäß

Die Beibehaltung der allgemeinen Regelung, dass akzessorische Sicherheiten in Kontokorrentverhältnissen auch nach dem Rechnungsabschluss weiterhin die ursprünglich gesicherte Hauptforderung besichern und im Falle von deren Tilgung gemeinsam mit dieser erloschen, führt zu sachgerechten Ergebnissen, die weder das Bedürfnis noch einen Raum für die Anwendung von § 356 HGB lassen. Der Bürgschaftsgläubiger hat ohne die Anwendung des § 356 HGB weder einen Vor- noch einen Nachteil durch den Rechnungsabschluss am Ende der Kontokorrentperiode. Die Gefahr des undifferenzierten Sicherungsverlustes, vor deren Hintergrund der Gesetzgeber § 356 HGB geschaffen hat, besteht im Zusammenhang mit der kontokorrentrechtlichen Verrechnung am Ende der Kontokorrentperiode – anders

³⁴⁵ K.Schmidt, Handelsrecht, § 21 Rn. 47; ähnlich auch Staub-Canaris (4. Aufl.), § 356 Rn. 39; zustimmend auch Meinhardt, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 56.

als bei einer angenommenen Novation durch Saldoanerkenntnis – nicht.

Bei der Abwägung der kollidierenden Interessen muss daher die Grundrechtsbetroffenheit des Sicherungsgebers im Gegensatz zu den rein monetären Interessen des Sicherungsnehmers ausschlaggebend sein für eine Entscheidung zugunsten des Sicherungsgebers.

Sofern die Parteien im Rahmen des Rechnungsabschlusses eine Ausweitung der Kontokorrentforderungsbürgschaft zu einer Kontokorrentsaldobürgschaft tatsächlich wünschen, können der Bürgschaftsgläubiger und der Bürge den Bezugspunkt der akzessorischen Sicherheit ohne Weiteres einvernehmlich dahingehend ändern. Ohne eine diesbezügliche Einigung sichert eine akzessorische Sicherheit vor wie nach dem Rechnungsabschluss die ursprüngliche Forderung und zwar nur insoweit, als sie nicht bereits durch Verrechnung erloschen ist.

(e) Kenntnis vom Kontokorrentverhältnisses begründet keine Zustimmung des Bürgen

Etwas anderes könnte gelten, wenn der Bürge und der Bürgschaftsgläubiger sich einig sind oder sogar ausdrücklich vereinbaren, dass § 356 HGB auf die kontokorrentrechtliche Verrechnung im Rahmen des Rechnungsabschlusses am Ende der jeweiligen Kontokorrentperiode Anwendung finden soll. Die Befürworter der Anwendung von § 356 HGB auf die kontokorrentrechtliche Verrechnung im Rahmen des Rechnungsabschlusses am Ende einer Kontokorrentperiode halten zumeist³⁴⁶ – jedenfalls bei Bürgschaften für Forderungen aus Bank-Kontokorrentverhältnissen – nicht einmal die Kenntnis des Bürgen

³⁴⁶ RGZ 136, 178, 181; Koller/Kindler/Roth-Koller, § 356 Rn. 4; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 67 ff.; Ensthaler-Herget, § 356 Rn. 14, der es aufgrund der Üblichkeit von Kontokorrentabreden im Bankverkehr für ausreichend hält, wenn der Bürge davon weiß, dass er sich für eine Bankverbindlichkeit verbürgt; zumindest bei einer nachträglichen Erfassung der gesicherten Forderung von einer Kontokorrentabrede wird aber allgemein die Zustimmung des Bürgen als erforderlich angesehen, vgl. OLG Karlsruhe, WM 1993, 787, 789 und Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 65 ff.

von einer bestehenden Kontokorrentbindung der gesicherten Forderung für die Anwendung des § 356 HGB für erforderlich.

Die Abgabe der Bürgschaft in Kenntnis der Kontokorrentabrede zwischen Hauptschuldner und Bürgschaftsgläubiger beinhaltet jedoch keine konkludente Zustimmung zur Anwendbarkeit der Kontokorrentvorschriften auf die Bürgschaft.³⁴⁷ Das Kontokorrentverhältnis wurde von dem Hauptschuldner und dem Bürgschaftsgläubiger vereinbart und der Bürge hatte weder Einfluss auf die Gestaltung noch hat er Anspruch auf Einsicht in das zugrundeliegende Vertragswerk. Die reine Kenntnis des Kontokorrentverhältnisses lässt keinen Rückschluss auf eine Billigung der Umwandlung der Kontokorrentforderungsbürgschaft in eine Kontokorrentsaldobürgschaft zu. Im Gegen teil: Hätte der Bürge den Kontokorrentsaldo besichern wollen, hätte er seine Bürgschaft von vornherein für den Kontokorrentsaldo und nicht für eine Einzelforderung abgegeben.

C. Rechtsfolgen der Kündigung von Kontokorrentbürgschaften

Im Folgenden wird zunächst dargestellt, wie bei Kontokorrentforderungs- und Kontokorrentsaldobürgschaften die nach der Bürgschaftskündigung bestehenbleibenden Einstandspflichten des Bürgen bestimmt werden (hierzu unter I.). Anschließend wird die Rückführung der Bürgschaftsverpflichtung thematisiert, die bei Kontokorrentdarlehen mit revolvierender Kreditlinie einige Besonderheiten aufweist (hierzu unter II.). Schließlich wird erörtert, ob wegen der bei Kontokorrentsaldobürgschaften immanenten Gefahr einer „ewigen“ Bürgschaftsverpflichtung, insbesondere für Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgen, die aus der Hauptschuldnergesellschaft ausscheiden beziehungsweise als deren Geschäftsführer abberufen werden, unter bestimmten Voraussetzungen die Befreiung auch von bereits entstandenen Einstandspflichten für Verbindlichkeiten des Hauptschuldners möglich ist (hierzu unter III.).

³⁴⁷ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 356 Rn. 19; E/B/J/S-Grundmann, § 356 Rn. 1; Oetker-Maultzsch, § 356 Rn. 16.

I. Bestimmung der Einstandspflicht des Bürgen bei Kündigung von Kontokorrentbürgschaften

Die Grundsätze zur Rechtsfolgenbestimmung der Bürgschaftskündigung (hierzu unter **Kapitel 1 B.III**) gelten auch für Bürgschaften in Kontokorrentkonstellationen. Die Bürgschaftskündigung beendet die Leistungsbereitschaft des Bürgen, für die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners einzustehen, für die Zukunft. Bereits entstandene Einstandspflichten werden durch die Bürgschaftskündigung nicht berührt. Die Begründung einer Forderung im Leistungsbereitschaftszeitraum führt hingegen nicht ohne Weiteres zu einer Einstandspflicht des Bürgen, da diese erst mit der gesicherten Hauptforderung selbst entsteht. Wenn die im Leistungsbereitschaftszeitraum begründete Forderung erst nach der Wirksamkeit der Bürgschaftskündigung entsteht, führt dies nur zu einer spiegelbildlichen Entstehung einer Einstandspflicht des Bürgen, wenn bei Vertragsschluss vereinbart war, dass dieser Fall vom Bürgschaftsversprechen erfasst sein sollte.

Für die Bestimmung der nach Kündigung der Kontokorrentbürgschaft verbleibenden potentiellen Einstandspflicht des Bürgen kommt es darauf an, ob eine Kontokorrentsaldobürgschaft (hierzu unter **1.**) oder eine Kontokorrentforderungsbürgschaft vorliegt (hierzu unter **2.**).

1. Kontokorrentsaldobürgschaft

Bei einer Kontokorrentsaldobürgschaft bewirkt eine wirksame Bürgschaftskündigung, dass sich die Leistungsbereitschaft des Bürgen nicht mehr auf zukünftige Saldoforderungen sondern nur auf die zum Wirkungszeitpunkt aktuelle Saldoforderung bezieht. Die Einstandspflicht für die bereits entstandene Saldoforderung des zeitlich vor der Kündigung liegenden Rechnungsabschlusses wird durch die Kündigung nicht berührt. Problematisch ist die Behandlung von den noch nicht saldierten gegenüberstehenden Forderungen der Kontokorrentparteien aus einer zum Wirkungszeitpunkt der Kündigung noch nicht beendeten Kontokorrentperiode. Es folgen eine Darstellung der unterschiedlichen hierzu in der Rechtsprechung und Rechtslehre ver-

tretenen Lösungsansätze (hierzu unter **a**) und anschließend eine Stellungnahme (hierzu unter **b**)).

a) Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre

Die erste Ansicht geht davon aus, dass die Kontokorrentsaldobürgschaft durch die Bürgschaftskündigung gegenständlich auf die Saldoforderung begrenzt wird, die auf Grundlage des nach dem Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung nächsten regulären Rechnungsabschlusses ermittelt wird (hierzu unter **aa**). Nach der zweiten Ansicht wird die Kontokorrentsaldobürgschaft durch die Bürgschaftskündigung gegenständlich auf den zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung aktuellen Tagessaldo des Kontokorrentverhältnisses begrenzt (hierzu unter **bb**). Die Vertreter der dritten Ansicht meinen, dass die Einstandspflicht des Bürgen gegenständlich auf die im Rahmen des letzten Rechnungsabschlusses anerkannte Saldoforderung beschränkt wird, allerdings zuzüglich der zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung von der Kontokorrentabrede erfasssten begründeten Verbindlichkeiten des Hauptschuldners (hierzu unter **cc**).

aa) Beschränkung der Bürgschaft auf nächste reguläre Saldoforderung

Die Vertreter der ersten Ansicht halten den der Wirksamkeit der Bürgschaftskündigung nachfolgenden Rechnungsabschluss für die Bestimmung der bestehen bleibenden potentiellen Einstandspflicht des Bürgen für maßgeblich.³⁴⁸

³⁴⁸ Soergel-Häuser (12. Aufl.), vor § 765 Rn. 31, wobei es sich dabei möglicherweise lediglich um eine missverständliche Äußerung handelt, da dieser auf das OLG München (DB 1983, 1540) verweist, das den nächsten periodischen Rechnungsabschluss nur als maßgeblich ansieht, wenn dieser niedriger ist als der Tagessaldo zum Wirksamkeitszeitpunkt der Kündigung.

bb) Beschränkung der Bürgschaft auf Tagessaldo des Kontokorrentverhältnisses

Nach der zweiten Ansicht beschränkt sich die Kontokorrentsaldobürgschaft nach der wirksamen Kündigung auf den aktuellen Tagessaldo des Kontokorrentverhältnisses.³⁴⁹ Zum Wirksamkeitszeitpunkt der Kündigung erfolge eine rechnerische Saldierung der von der Kontokorrentabrede erfassten Forderungen, ohne dass ein vorzeitiger Rechnungsabschluss erforderlich sei.³⁵⁰ Nach dieser Ansicht muss der Bürger für den Kontokorrentsaldo insoweit einstehen als den zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung aktuellen Kontokorrentverbindlichkeiten des Hauptschuldners (inklusive der vorgetragenen Saldoforderung aus der letzten Kontokorrentperiode) keine Kontokorrentverbindlichkeiten des Bürgschaftsgläubigers gegenüber standen. Bei Fortbestand der Kontokorrentabrede werde die Kontokorrentsaldobürgschaft in eine auf das zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung bestehende Tagessaldo limitierte Höchstbetragsbürgschaft umgewandelt, die sich in zukünftigen Kontokorrentperioden weiterhin auf die jeweils aktuelle Saldoforderung beziehungsweise das aktuelle Saldoanerkenntnis beziehe.

349 BGH, NJW 1985, 3007, 3008; Staudinger-Horn, § 765 Rn. 106; MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 57; Soergel-Gröschler, § 765 Rn. 53; Palandt-Sprau, § 765 Rn. 16; NoKoBGB-Beckmann, § 765 Rn. 73; Nobbe-Nobbe, § 765 Rn. 225; Heymann-Horn, § 356 Rn. 9 und 12 f.; Schimansky/Bunte/Lwowski-Lwowski, Anh. 2 zu § 91 Rn. 30; Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, § 91 Rn. 501; Bydlin-ski, FS Schimansky, S. 299, 310; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 169; Hunke, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, S. 47; im Ergebnis auch Meinhardt, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 48 ff.; wohl auch Derleder, NJW 1986, 97, 103; vgl. für die diesbezüglich vergleichbare Konstellation der Nachhaftung des ausgeschiedenen persönlich haftenden Gesellschafters während der Rechnungsperiode BGH, NJW 1968, 2100, 2102; WM 1972, 283, 284; Schlegelberger-Hefermehl, § 356 Rn. 18, E/B/J/S-Hillmann, § 128 Rn. 50; für das Pfand BGH, NJW 2003, 61, 62.

350 Derleder, NJW 1986, 97, 103; bzgl. der Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters vgl. BGH, NJW 1968, 2100, 2102.

cc) Beschränkung der Bürgschaft auf letzte Saldoforderung zuzüglich aktueller begründeter Kontokorrentverbindlichkeiten des Hauptschuldners

Nach der dritten Ansicht³⁵¹ werden die Einstandspflichten des Bürgen nach wirksamer Kündigung einer Kontokorrentsaldobürgschaft nach denselben Kriterien bestimmt wie der Haftungsumfang eines während einer Kontokorrentperiode ausgeschiedenen Gesellschafters gemäß §§ 128, 160 HGB. Die Einstandspflicht des Bürgen beschränke sich nach einer wirksamen Kündigung auf die im Rahmen des Rechnungsabschlusses zum Ende der letzten Kontokorrentperiode anerkannte Saldoforderung, zuzüglich der zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung von der Kontokorrentabrede erfassten begründeten Verbindlichkeiten des Hauptschuldners. Eine automatische Saldierung mit den gegenüberstehenden Kontokorrentverbindlichkeiten des Bürgschaftsgläubigers zu einem Tagessaldo erfolge nicht.

Eine Untermeinung³⁵² dieser dritten Ansicht stimmt zwar darin überein, dass zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung keine automatische Saldierung der gegenüberstehenden Kontokorrentpositionen zur Bestimmung der bestehen bleibenden Einstandspflicht des Bürgen stattfinde. Der Bürgschaftsgläubiger bleibe daher formal auch hinsichtlich der zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Bürgschaftskündigung bestehenden Kontokorrentforderungen gegen den Hauptschuldner uneingeschränkt gesichert. Faktisch gelte aber etwas anderes. Es sei dem Bürgschaftsgläubiger im Verhältnis zum Bürgen beim nächsten Rechnungsabschluss nicht gestattet, seine Kontokorrentverbindlichkeiten, die zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Bürgschaftskündigung bereits bestanden, mit anderen als den noch durch die Bürgschaft gesicherten Kontokorrentforderungen zu verrechnen. Dies folge im Rahmen einer erforderlichen ergänzenden Auslegung der Kontokorrentabrede aus Treu und Glauben, da der Hauptschuldner dem Bürgen gegenüber im Innenverhältnis verpflichtet sei, dem

³⁵¹ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 356 Rn. 43 ff. und 47; ders., Handelsrecht, § 25 Rn. 44; Oetker-Maultzsch, § 356 Rn. 18 f. und 20; K.Schmidt, Handelsrecht, § 21 Rn. 47; in Bezug auf die diesbezüglich vergleichbare Konstellation der Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, Staub-Habersack, § 128 Rn. 66; zustimmend Koller/Kindler/Roth-Koller, § 356 Rn. 6.

³⁵² Meinhardt, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 48 ff.

Bürgschaftsgläubiger diesbezüglich die Aufrechnung zu erklären, um die Bürgschaftsbelastung möglichst gering zu halten.

b) Stellungnahme

Wenn die Bürgschaftsparteien sich bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages nicht darüber geeinigt haben, ob auch bestimmte, erst nach dem Wirksamkeitszeitpunkt einer Bürgschaftskündigung entstehende und von der Kontokorrentabrede zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgschaftsgläubiger erfasste Verbindlichkeiten des Hauptschuldners noch von der Leistungsbereitschaft des Bürgen erfasst sein sollen und wie bestehende Forderungen des Hauptschuldners gegen den Bürgschaftsgläubiger in diesem Fall zu berücksichtigen sind, ist der Bürgschaftsvertrag diesbezüglich auslegungsbedürftig oder es besteht eine Regelungslücke.

Gemäß §§ 133, 157 BGB ist ein Vertrag so auszulegen, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Für die Auslegung der Reichweite der Leistungsbereitschaft des Bürgen sind der Anlass der Bürgschaft und die Umstände des Vertragsschlusses zu berücksichtigen, sowie die konkrete Ausgestaltung der Sicherungszweckabrede. Sollten keine Anhaltspunkte für das tatsächlich bei Vertragschluss Gewollte zur Verfügung stehen und die Auslegung daher zu keinem Ergebnis führen, ist die vorliegende Regelungslücke entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zum Zeitpunkt des Vertragschlusses zu schließen.³⁵³ Hierbei ist darauf abzustellen, welche Regelung die Parteien im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten.³⁵⁴

Im Folgenden werden zunächst die berücksichtigungsfähigen Interessen der Bürgschaftsparteien skizziert (hierzu unter aa)), um anschließend darzulegen, dass die oben unter a)aa) dargestellte Ansicht, die den dem Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung nachfolgenden periodischen Rechnungsabschluss für die Bestimmung der

353 Vgl. Prütting/Wegen/Weinreich-Brinkmann, § 157 Rn. 15, 24, 26 mwN.

354 BGH, NJW 2012, 1348, 1349; NJW-RR 1990, 817, 819 (jeweils mwN).

bestehen bleibenden Einstandspflicht des Bürgen für maßgeblich hält, dem hypothetischen Interesse der Bürgschaftsparteien regelmäßig nicht entspricht und daher abzulehnen ist (hierzu unter **bb**). Die oben unter **a)bb**) dargestellte Ansicht, die von einer Umwandlung der Kontokorrentsaldobürgschaft in eine auf das zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung bestehende Tagessaldo limitierte Höchstbetragsbürgschaft ausgeht, die auch zukünftige Kontokorrentsaldoforderungen besichert, und die unter **a)cc**) dargestellte Ansicht, nach der die Einstandspflicht des Bürgen sich nach wirksamer Kündigung einer Kontokorrentsaldobürgschaft auf die im Rahmen des Rechnungsschlusses zum Ende der letzten Kontokorrentperiode anerkannte Saldoforderung zuzüglich der zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung von der Kontokorrentabrede erfassten begründeten Verbindlichkeiten des Hauptschuldners beschränkt, sind jeweils nur in modifizierter Form anzuerkennen (hierzu unter **cc**). Im Anschluss erfolgt eine gesonderte Betrachtung von Kontokorrentsaldobürgschaften mit weiter Sicherungszweckabrede (hierzu unter **dd**). Eine generelle Verpflichtung des Hauptschuldners, die Einstandspflichten des Bürgen durch gezielte Aufrechnung seiner Kontokorrentforderungen mit durch die Bürgschaft gesicherten Kontokorrentforderungen des Bürgschaftsgläubigers zu verringern, ist nicht anzuerkennen (hierzu unter **ee**)).

aa) Berücksichtigungsfähige Interessen des Bürgen und des Bürgschaftsgläubigers

Ein Bürge hat unter anderem ein Interesse am Nichteintritt des Sicherungsfalls und daran, dass er erst in Anspruch genommen wird, wenn der Hauptschuldner tatsächlich mit der Forderungsbegleichung ausfällt. Die Identität der Bürgschaftsschuld soll eindeutig sein und sich nicht auf Forderungen beziehen, die nach Abgabe der Bürgschaft entstehen.³⁵⁵

355 Vgl. oben Kapitel 1 C.II.3.b)aa)

Der Bürgschaftsgläubiger hat hinsichtlich seiner Ansprüche gegen den Hauptschuldner unter anderem ein Sicherungsinteresse, das sich auch auf zukünftige Forderungen bezieht.³⁵⁶

bb) Beschränkung der Bürgschaft auf nächste Saldoforderung nicht sachgemäß

Bei einer Kontokorrentsaldobürgschaft hat der Bürge sich bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags bereit erklärt, für die jeweilige im Rahmen des periodischen Rechnungsabschlusses zum Ende einer Kontokorrentperiode festgestellte oder anerkannte Saldoforderung einzustehen. Bei Beendigung der Kontokorrentsaldobürgschaft in der laufenden Kontokorrentperiode bleibt die Einstandspflicht des Bürgen bezüglich der zuletzt festgestellten oder anerkannten Saldoforderung durch die Kündigung unberührt. Nach dem Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung von der Kontokorrentabrede erfasste Verbindlichkeiten des Hauptschuldners sowie zukünftig festgestellte oder anerkannte Saldoforderungen sind von der zwischenzeitlich für die Zukunft beendeten Leistungsbereitschaft des Bürgen jedoch nicht mehr erfasst. Kontokorrentverbindlichkeiten des Hauptschuldners, die nach dem Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung entstehen, können nur als zukünftige Verbindlichkeiten von dem durch Kündigung abgeschlossenen Leistungsbereitschaftszeitraum des Bürgen erfasst sein, wenn dies bei Abschluss der Bürgschaft, oder nachträglich, so vereinbart wurde. Ohne eine diesbezügliche Einigung der Parteien würde eine Annahme von Einstandspflichten des Bürgen für nach dem Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaft entstandene Verbindlichkeiten des Hauptschuldners gegen den Rechtsgedanken von § 767 Abs. 1 S. 3 BGB verstößen, nach dem die Bürgschaftsschuld nicht gegen den Willen des Bürgen erweitert werden kann. Das etwaig betroffene Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers ist auf der Ebene der Kündigungsvoraussetzungen zu berücksichtigen, also bei Bemessung der einzuhaltenden Kündigungsfrist für die ordentliche oder der Prüfung eines wichtigen Grundes für die außerordentliche Kündigung.

³⁵⁶ Vgl. oben Kapitel 1 C.II.3.b)aa).

cc) Rechnerische Saldierung der Kontokorrentforderungen entspricht hypothetischem Parteiwillen

Wenn der Fall, dass die Kontokorrentsaldobürgschaft in einer laufenden Kontokorrentperiode durch Kündigung wirksam beendet wird, von den Bürgschaftsparteien nicht geregelt wurde und eine Auslegung des Bürgschaftsvertrages diesbezüglich nicht möglich ist, ist der hypothetische Parteiwille danach zu ermitteln, welche Regelung die Parteien im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten.

Für die Bestimmung der Einstandspflichten des Bürgen bei Beendigung der Kontokorrentsaldobürgschaft in einer laufenden Kontokorrentperiode durch Kündigung sind die Kontokorrentforderungen des Bürgschaftsgläubigers insoweit zu berücksichtigen, als diese zum Wirksamkeitszeitpunkt bereits entstanden waren; auf den Zeitpunkt der Begründung kommt es nicht an (hierzu unter (1)). Die den existierenden Kontokorrentforderungen des Bürgschaftsgläubigers gegenüberstehenden Kontokorrentforderungen des Hauptschuldners sind für die Bestimmung der Einstandspflichten des Bürgen bei Beendigung der Kontokorrentsaldobürgschaft in einer laufenden Kontokorrentperiode zu berücksichtigen (hierzu unter (2)). Die gekündigte Kontokorrentsaldobürgschaft besteht nicht als Höchstbetragsbürgschaft für zukünftige Saldoforderungen fort; in zukünftigen Kontokorrentperioden werden vielmehr die zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung von den Einstandspflichten des Bürgen umfassten Kontokorrenteinzelforderungen besichert (hierzu unter (3)). Im Anschluss folgt ein Beispiel zur Veranschaulichung der Rechtsfolgen der Beendigung einer Kontokorrentsaldobürgschaft in einer laufenden Kontokorrentperiode durch Kündigung (hierzu unter (4)).

(1) Entstandene Kontokorrentforderungen des Bürgschaftsgläubigers maßgeblich für Bestimmung der Einstandspflichten des Bürgen

Die Einstandspflicht des Bürgen kann sich im Hinblick auf das Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers nicht auf die zuletzt vom Hauptschuldner anerkannte Saldoforderung, die üblicherweise als ers-

te Kontokorrentverbindlichkeit in die nächste Rechnungsperiode vorgetragen worden ist, beschränken. Dies gilt jedenfalls, sofern zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung bereits weitere Verbindlichkeiten des Hauptschuldners von der Kontokorrentabrede erfasst wurden. In Bezug auf diese noch während des Leistungsbereitschaftszeitraums des Bürgen entstandenen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners wäre der Bürgschaftsgläubiger ansonsten rückwirkend ungesichert.

Anders als von der unter a)cc) dargestellten Ansicht angenommen, kommt es bei der Bestimmung der auch nach der Beendigung der Kontokorrentsaldobürgschaft weiterhin von der Leistungsbereitschaft des Bürgen erfassten Kontokorrentverbindlichkeiten des Hauptschuldners bei fehlender vertraglicher Regelung entsprechend der oben unter **Kapitel 1 B.III.3.b)bb)** dargelegten Grundsätze allerdings nicht auf den Begründungszeitpunkt der Verbindlichkeiten an, sondern vielmehr darauf, ob die Einstandspflichten des Bürgen zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung bereits entstanden waren. Würde es auf den Begründungszeitpunkt der Forderungen des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner ankommen, würde dies insbesondere bei Kontokorrentverhältnissen, in denen der Bürgschaftsgläubiger dem Hauptschuldner eine Kreditlinie eingeräumt hat, zu unbilligen Ergebnissen führen. In der Diskussion um die gesellschaftsrechtliche Nachhaftung, in der es für die Bestimmung des Umfangs der Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters auf den Begründungszeitpunkt der relevanten Verbindlichkeiten der Gesellschaft ankommt, sieht die wohl herrschende Meinung Darlehensverbindlichkeiten als eine die Nachhaftung begründende Altverbindlichkeit an, solange die Gesellschaft den Vertrag vor dem Ausscheiden des Gesellschafters abgeschlossen hat, unabhängig vom Zeitpunkt der Valutierung.³⁵⁷ Eine revolvierende Kreditlinie eines Kontokorrentdarlehens ist demnach auch dann eine nachhaftungsbegründende Altverbindlichkeit, wenn sie zum Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesell-

³⁵⁷ Für eine Einordnung als Altverbindlichkeiten, vgl. MünchKommHGB-K.Schmidt, § 128 Rn. 50 und 56; Staub-Habersack, § 128 Rn. 64 und 66; Hunke, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, S. 46; dagegen Baumbach/Hopt-Roth, § 128 Rn. 30; Gamp/Werner, ZHR 147 (1983), 1, 1 ff.

schafters nicht voll ausgeschöpft ist.³⁵⁸ Übertragen auf die Bestimmung der nach dem Wirksamkeitszeitpunkt der Kündigung einer Kontokorrentsaldobürgschaft bestehenden Einstandspflichten des Bürgen, würde das dazu führen, dass der Bürge für die volle dem Hauptschuldner durch den Bürgschaftsgläubiger im Kontokorrentverhältnis eingeräumte Kreditlinie einstandspflichtig wäre, auch wenn diese zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung nicht voll gezogen war. Während dieses Ergebnis in Bezug auf die Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters überzeugen mag,³⁵⁹ würde es in Bezug auf die Bestimmung der Einstandspflichten des Bürgen nach Beendigung der Bürgschaft zu einer unbilligen Belastung des Bürgen führen. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Bürgschaftsgläubiger seinerseits die nicht ausgeschöpfte Kreditlinie des Hauptschuldners bei Wegfall von Sicherheiten kündigen kann, um so die Entstehung ungewollt ungesicherter Verbindlichkeiten zu verhindern, wäre eine solche Belastung des Bürgen nicht interessengerecht.³⁶⁰

(2) Erfordernis der Berücksichtigung der Kontokorrentforderungen des Hauptschuldners

Anders als von der unter a)cc) dargestellten Ansicht angenommen ist es nicht interessengerecht, uneingeschränkte Einstandspflichten des Bürgen in Bezug auf alle zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung existierenden Kontokorrentverbindlichkeiten des Hauptschuldners anzunehmen, ohne die diesen gegenüberstehenden Kontokorrentforderungen des Hauptschuldners zu berücksichtigen. Das prä-

³⁵⁸ MünchKommHGB-K.Schmidt, § 128 Rn. 50.

³⁵⁹ Nach den allgemeinen Grundsätzen zur Bestimmung von Altverbindlichkeiten kann eine Beschränkung der Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters auf den Tagessaldo nicht überzeugen, sofern nicht durch eine Überschreitung der Kreditlinie ein neuer Darlehensvertrag vorliegt. Solange die Kreditlinie nicht überschritten ist, handelt es sich um einen vor dem Ausscheiden des Gesellschafters begründeten Darlehensrückzahlungsanspruch. Wenn ein Kontokorrentvertrag ohne Darlehensabsprache besteht, kommt es für die Nachhaftung ebenfalls nicht auf den Tagessaldo, sondern darauf an, welche der Kontokorrentverbindlichkeiten vor und welche nach dem Ausscheiden des Gesellschafters begründet wurden.

³⁶⁰ Siehe oben Kapitel 1 B.III.3.b)bb).

gende Merkmal einer Kontokorrentsaldobürgschaft ist, dass nicht für alle Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, sondern vielmehr für ein Verrechnungsergebnis zu bestimmten Stichtagen gebürgt wird. Es entspricht daher dem Wesen der Kontokorrentsaldobürgschaft, dass die gesicherten Kontokorrentforderungen des Bürgschaftsgläubigers immer im Zusammenspiel mit den Kontokorrentforderungen des Hauptschuldners zu sehen sind. Dies muss auch für den Fall der Bürgskündigung innerhalb einer Kontokorrentperiode gelten. Es entspricht daher dem hypothetischen Willen der Bürgschaftsparteien, dass diese – hätten sie die Möglichkeit einer Kündigung der Kontokorrentsaldobürgschaft innerhalb einer laufenden Kontokorrentperiode vorhergesehen – vereinbart hätten, dass die Kontokorrentforderungen des Hauptschuldners, die den Kontokorrentforderungen des Bürgschaftsgläubigers zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgskündigung gegenüberstanden, bei der Bestimmung der Einstandspflichten des Bürgen nach Beendigung der Kontokorrentsaldobürgschaft zu berücksichtigen sind.

(3) Kein Fortbestand der Kontokorrentsaldobürgschaft

Die Kündigung einer Kontokorrentsaldobürgschaft führt aber – anders als von der unter a)bb) dargestellten Ansicht angenommen – nicht dazu, dass die Kontokorrentsaldobürgschaft des Bürgen in eine auf das zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgskündigung bestehende Tages saldo limitierte Höchstbetragsbürgschaft umgewandelt wird, die sich in zukünftigen Kontokorrentperioden weiterhin auf die jeweils aktuelle Saldoforderung beziehungsweise das aktuelle Saldoanerkenntnis bezieht. Die Leistungsbereitschaft des Bürgen bezieht sich nur auf die während des Leistungsbereitschaftszeitraums zu den jeweiligen Rechnungsabschlüssen festgestellten oder anerkannten Kontokorrentsalden. Nach dem Ende des Leistungsbereitschaftszeitraums sind neue Saldoforderungen des Bürgschaftsgläubigers daher nicht mehr von der Leistungsbereitschaft des Bürgen erfasst. Die Leistungsbereitschaft des Bürgen bezieht sich vielmehr auf die letzte Saldoforderung, die in die neue Kontokorrentperiode vorgetragen wurde sowie die zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgskündigung bestehenden Kontokorrrenteinzelverbindlichkeiten des Hauptschuldners. Diese Verbindlichkeiten sind

allerdings nur insoweit von der Leistungsbereitschaft des Bürgen erfasst, wie ihnen zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung keine Kontokorrenteinzelforderungen des Hauptschuldners gegen den Bürgschaftsgläubiger gegenüberstanden. Bei mehreren sich gegenüberstehenden Kontokorrentverbindlichkeiten bemisst sich der Umfang der jeweiligen Besicherung der Kontokorrenteinzelverbindlichkeiten des Hauptschuldners nach § 366 Abs. 2 BGB.

(4) Beispiel

Als Beispiel wird angenommen, dass die Kontokorrentverbindlichkeiten zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgschaftsgläubiger sich zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung (Beendigungszeitpunkt) wie folgt zusammensetzen:

Datum	Forderungen Bürgschaftsgläubiger		Forderungen Hauptschuldner	
1. Januar	Vorgetragene Sal-	doforderung De-	EUR 500.000	
3. Januar	Zinsforderung		EUR 2.000	
5. Januar			1. Zahlungseingang	EUR 10.000
7. Januar	1. Darlehen (Ziehung Kredit- linie)	EUR 25.000		
10. Januar			2. Zahlungseingang	EUR 5.000
Summe zum Beendi-		EUR 527.000		EUR 15.000
gungszeitpunkt				
	Zwischensaldo		EUR 512.000	
20. Januar	2. Darlehen (Ziehung Kreditli- nie)	EUR 25.000		
25. Januar			3. Zahlungseingang	EUR 10.000
Summe zum Rech- nungsabschluss		EUR 552.000		EUR 25.000
Rechnungs- abschlusssaldo Januar		EUR 527.000		

In dem dargestellten Beispiel beträgt der finale Höchstbetrag der Einstandspflichten des Bürgen EUR 512.000. Die nach dem Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung im Rahmen des nächsten Rechnungsabschlusses festgestellte Saldoforderung in Höhe von EUR 527.000 kann daher nicht voll von der beendeten Kontokorrentsaldobürgschaft des Bürgen gesichert sein.

Die vorgetragene Saldoforderung für den Monat Dezember in Höhe von EUR 500.000, die Zinsforderung in Höhe von EUR 2.000 und die 1. Darlehensforderung in Höhe von EUR 25.000 sind von der Leistungsbereitschaft des Bürgen umfasst, da diese noch während des Leistungsbereitschaftszeitraums entstanden sind. Die 2. Darlehensforderung in Höhe von EUR 25.000 ist nach dem Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung entstanden und daher nicht mehr von der Leistungsbereitschaft des Bürgen erfasst; der Zeitpunkt der Begründung der 2. Darlehensforderung ist für die Bestimmung der Einstandspflichten des Bürgen irrelevant.

Der vorgetragenen Saldoforderung, der Zinsforderung und der 1. Darlehensforderung standen zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung die Gutschrift für den 1. Zahlungseingang in Höhe von EUR 10.000 und die Gutschrift für den 2. Zahlungseingang in Höhe von EUR 5.000 gegenüber. Gemäß § 367 Abs. 1 BGB gilt, dass, wenn „der Schuldner außer der Hauptleistung Zinsen [...] zu entrichten [hat], [...] eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf die [...] Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung angerechnet [wird].“ In § 366 Abs. 2 BGB ist darüber hinaus geregelt, dass, für den Fall, dass eine erbrachte Leistung eines Schuldners nicht zur Tilgung aller fälliger Verbindlichkeiten gegenüber demselben Gläubiger ausreicht, zuerst diejenigen Forderungen getilgt werden, die dem Gläubiger die geringsten Sicherheiten bieten, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere und unter mehreren gleichlästigen die ältere. In dem gebildeten Beispiel soll davon ausgegangen werden, dass – abgesehen von der gekündigten Kontokorrentsaldobürgschaft – keine weiteren Sicherheiten zugunsten des Bürgschaftsgläubigers bestellt waren und dem Hauptschuldner alle Verbindlichkeiten gleichläufig sind. Eine entsprechende Anwendung von §§ 366 Abs. 2, 367 BGB auf die Besicherung hat zur Folge, dass die 1. Darlehensforderung von der Einstandspflicht des Bürgen umfasst

bleibt, die Zinsforderung nicht und die vorgetragene Saldoforderung als älteste Forderung nur in Höhe von EUR 487.000.

In zukünftigen Rechnungsabschlüssen werden die Bürgschaft für die 1. Darlehensforderung sowie die Teilbürgschaft für die vorgetragene Saldoforderung wie Kontokorrentforderungsbürgschaften behandelt, die immer insoweit erloschen, wie die relevanten Verbindlichkeiten im Kontokorrentverhältnis getilgt werden.

dd) Kontokorrentsaldobürgschaft mit weiter Sicherungszweckabrede

Bei Vorliegen einer Kontokorrentsaldobürgschaft, im Rahmen derer der Bürge eine weite Sicherungszweckabrede abgegeben hat, ist der hypothetische Parteiwille im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte für den Fall, dass die Bürgschaft in einer laufenden Kontokorrentperiode durch Kündigung wirksam beendet wird, möglicherweise anders zu beurteilen als bei einer Kontokorrentsaldobürgschaft ohne weite Sicherungszweckabrede.

Das Wesen einer weiten Sicherungszweckabrede ist, dass der Bürge verspricht, außer für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners, die Anlass für die Abgabe seiner Bürgschaft war, auch für andere Forderungen des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner aus deren Geschäftsverbindung einstehen zu wollen. Prägendes Merkmal einer Kontokorrentsaldobürgschaft ist, dass der Bürge gerade nicht für alle Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, sondern vielmehr nur für ein Verrechnungsergebnis zu bestimmten Stichtagen bürgen möchte. Dies ist bei Vereinbarung einer weiten Sicherungszweckabrede gerade nicht der Fall. Diese ist vielmehr Ausdruck davon, dass der Bürge bereit ist, umfassend für die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners einzustehen. Das Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers könnte daher insoweit überwiegen, dass alle zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung existierenden Forderungen des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner von der Bürgschaft des Bürgen erfasst sind, ohne dass die Kontokorrentforderungen des Hauptschuldners hierbei zu berücksichtigen sind.

Sofern die Kontokorrentsaldobürgschaft des Bürgen aber Anlass für die Abgabe der weiten Sicherungszweckabrede war, hat der Bürge zwar seine Bereitschaft erklärt, auch für alle außerhalb des Kontokorrentverhältnis stehenden Forderungen des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner einzustehen. Das erlaubt in Bezug auf die Frage, welche Reichweite die Kontokorrentsaldobürgschaft innerhalb des Kontokorrentverhältnisses haben sollte, jedoch keine andere Wertung als bei der Kontokorrentsaldobürgschaft ohne weite Sicherungszweckabrede. Auch wenn der Bürge sich durch die weite Sicherungszweckabrede in Bezug auf außerhalb des Kontokorrentverhältnisses stehende Verbindlichkeiten zu einer umfassenden Einstandspflicht bereit erklärt hat, wollte er jedenfalls in Bezug auf das Kontokorrentverhältnis nur für ein Verrechnungsergebnis einstehen. Dies muss auch im Falle einer vorzeitigen Beendigung der Kontokorrentsaldobürgschaft innerhalb einer Rechnungsperiode gelten.

Wenn die weite Sicherungszweckabrede hingegen im Rahmen einer anderen Bürgschaft abgegeben wurde und die Kontokorrentverbindlichkeiten des Hauptschuldners diejenigen Verbindlichkeiten sind, die lediglich über die weite Sicherungszweckabrede von der Bürgschaft umfasst sind, dürfte davon auszugehen sein, dass eine mögliche Verrechnung von Forderungen des Hauptschuldners mit den gesicherten Verbindlichkeiten des Bürgschaftsgläubigers nicht Gegenstand der Einigung zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Bürgen war oder sein sollte. In diesem Falle würde der Bürge bei Beendigung der Bürgschaft, deren weite Sicherungszweckabrede die Kontokorrentforderungen des Bürgschaftsgläubigers umfasst, für sämtliche Kontokorrentforderungen des Bürgschaftsgläubigers einstandspflichtig bleiben, auch wenn diesen zum Wirksamkeitszeitpunkt der Kündigung Kontokorrentforderungen des Hauptschuldners gegenüberstanden.

ee) Keine automatische Aufrechnung mit gesicherten Kontokorrentverbindlichkeiten

Nach einer von *Meinhardt* vertretenen Untermeinung der unter a)cc) dargestellten Ansicht hat der Hauptschuldner eine Nebenpflicht gegenüber dem Bürgen, den Haftungsumfang für den Bürgen möglichst

gering zu halten. Dies habe Auswirkungen auf die Auslegung des Bürgschaftsvertrages zwischen dem Bürgen und dem Bürgschaftsgläubiger.

Richtig ist, dass, obwohl die Bürgschaft lediglich Leistungspflichten des Bürgen jedoch keine Leistungspflichten des Bürgschaftsgläubigers regelt, gleichwohl Nebenpflichten des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Bürgen bestehen.³⁶¹ Der Bürgschaftsgläubiger hat dem Bürgen gegenüber zum Beispiel Auskunftspflichten hinsichtlich des Stands der Bürgschaftsschuld.³⁶² Außerdem bestehen Schutzpflichten des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Bürgen, die unter Berücksichtigung der Sicherungsfunktion der Bürgschaft zu bestimmen und zu bemessen sind.³⁶³ Im Hinblick auf diese Sicherungsfunktion der Bürgschaft besteht daher aber gerade keine originäre Pflicht des Bürgschaftsgläubigers, die gesicherten Verbindlichkeiten des Hauptschuldners zur Schonung des Bürgen mit Forderungen des Hauptschuldners gegen sich selbst aufzurechnen, sofern auch ungesicherte Verbindlichkeiten für die Aufrechnung zur Verfügung stehen.³⁶⁴ Dies folgt bereits aus der gesetzlichen Wertung der §§ 396 Abs. 1 S. 2, 366 Abs. 2 BGB, nach denen bei einer Aufrechnungserklärung ohne Tilgungsbestimmung zunächst ungesicherte Verbindlichkeiten zum Erlöschen gebracht werden.³⁶⁵ Eine Verpflichtung des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Bürgen, seine durch Bürgschaft gesicherten Forderungen gegen den Hauptschuldner mit Gegenforderungen des Hauptschuldners aufzurechnen, besteht daher nicht.

Meinhardt geht zwar ebenfalls davon aus, dass keine Aufrechnungsverpflichtung des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Bürgen aus dem Bürgschaftsverhältnis besteht. Der Hauptschuldner sei aber dem Bürgen gegenüber aus dem Innenverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner verpflichtet, seine Forderungen gegen den Bürgschaftsgläubiger mit durch die Bürgschaft des Bürgen gesi-

³⁶¹ Vgl. dazu MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 84 mwN.

³⁶² Vgl. *Derleder/Bartels*, FuR 1995, 224, 224 mwN.

³⁶³ MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 85.

³⁶⁴ BGH, NJW 1984, 2455, 2455 f.; MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 92 und § 770 Rn. 9; BeckOK-Rohe, § 776 Rn. 5; *Meinhardt*, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 53.

³⁶⁵ BGH, NJW 1984, 2455, 2456.

cherten Forderungen des Bürgschaftsgläubigers aufzurechnen, um den Bürgen vor unnötigen Vermögensschäden zu schützen.³⁶⁶ Diese Pflicht sei im Bürgschaftsverhältnis zu berücksichtigen. Bei einer fehlenden Regelung des Umfangs der Bürgschaftsverpflichtungen im Falle einer Bürgschaftskündigung innerhalb einer laufenden Kontokorrentperiode sei im Rahmen der Auslegung des Bürgschaftsvertrages aufgrund der Bindung an Treu und Glauben eine Interessenabwägung vorzunehmen. Diese führe dazu, dass eine Saldierung der gesicherten Kontokorrentverbindlichkeiten des Hauptschuldners mit den zeitgleich bestehenden Kontokorrentverbindlichkeiten des Bürgschaftsgläubigers vorzunehmen sei, da ein schützenswertes Interesse des Bürgen an der Verrechnungslage zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung bestehe.

Das nach der Ansicht von *Meinhardt* gefundene Ergebnis zur Bestimmung der Einstandspflichten des Bürgen nach Kündigung der Kontokorrentsaldobürgschaft innerhalb einer Kontokorrentperiode ist zwar richtig; dieses beruht jedoch nicht auf einer Nebenpflicht des Hauptschuldners zur Aufrechnung seiner Forderungen gegen den Bürgschaftsgläubiger mit den durch die Bürgschaft gesicherten Verbindlichkeiten. Eine solche Nebenpflicht besteht nicht.³⁶⁷ Auf die These, dass der Hauptschuldner im Verhältnis zum Bürgen verpflichtet sein könnte, dessen Einstandspflicht so gering wie möglich zu halten, wird in **Kapitel 4** noch näher eingegangen.³⁶⁸

Selbst wenn eine Nebenpflicht des Hauptschuldners bestehen würde, die Bürgschaftsverbindlichkeiten des Bürgen so gering wie möglich zu halten, würde dies jedenfalls keine Relevanz für das Bürgschaftsverhältnis selbst und für die Bestimmung der Einstandspflichten des Bürgen nach der Bürgschaftskündigung haben. Wie oben bereits erläutert wurde,³⁶⁹ sind im Verhältnis zwischen dem Bürgen und dem Bürgschaftsgläubiger die Interessen der Vertragsparteien nur insoweit berücksichtigungsfähig, als diese das Bürgschaftsverhältnis betreffen. Eine eventuelle Nebenpflicht des Hauptschuldners, den Bürgen soweit wie möglich zu schonen, betrifft das Vertragsverhältnis zwischen dem

³⁶⁶ *Meinhardt*, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 48 ff.

³⁶⁷ So ohne Begründung auch Staub-*Canaris* (4. Aufl.), § 356 Rn. 45 und 56.

³⁶⁸ Siehe unten **Kapitel 4 A.III**.

³⁶⁹ Siehe oben **Kapitel 1 C.II.3.b)aa)**.

Bürgen und dem Bürgschaftsgläubiger nicht. Unterstellt es gäbe eine Nebenpflicht des Hauptschuldners, den Bürgen soweit wie möglich zu schonen, wäre der Bürgschaftsgläubiger jedenfalls nicht verpflichtet, den Hauptschuldner davor zu bewahren, sich dem Bürgen gegenüber durch eine unterbliebene Aufrechnung schadensersatzpflichtig zu machen. Im Bürgschaftsverhältnis besteht keine Pflicht des Bürgschaftsgläubigers, den Bürgen vor Pflichtverletzungen des Hauptschuldners zu schützen. Der Bürgschaftsgläubiger muss zum Beispiel auch nicht verhindern, dass der Hauptschuldner Darlehen abruft, die von der Sicherungsabrede der Bürgschaft erfasst sind, auch wenn dies den Vereinbarungen, die im Innenverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner getroffen wurden, widerspricht. Dies könnte zwar im Einzelfall einen Einwand des Bürgen gegen eine Inanspruchnahme des Bürgschaftsgläubigers wegen Kollusion begründen. Ein im Verhältnis zum Bürgschaftsgläubiger schützenswertes Interesse des Bürgen an der Verrechnungslage zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Hauptschuldner besteht im Normalfall aber nicht.

2. Kontokorrentforderungsbürgschaft

Bei einer Kontokorrentforderungsbürgschaft hängt die Bestimmung der nach der Bürgschaftskündigung fortbestehenden Einstandspflichten des Bürgen davon ab, welche Relevanz dem § 356 Abs. 1 HGB für die kontokorrentrechtliche Verrechnung im Rahmen des Rechnungsabschlusses zugesprochen wird. Die erste Ansicht³⁷⁰ geht davon aus, dass § 356 Abs. 1 HGB Anwendung findet (hierzu unter **a)**) und die zweite Ansicht³⁷¹ misst § 356 Abs. 1 HGB keine eigenständige Bedeutung zu (hierzu unter **b)**).

³⁷⁰ Siehe oben unter **B.II.2.a)aa).**

³⁷¹ Siehe oben unter **B.II.2.a)bb).**

a) Einstandspflichten nach Kündigung bei Anwendung von § 356 Abs. 1 HGB

Nach abzulehnender³⁷² Ansicht³⁷³ ist § 356 Abs. 1 HGB auf die kontokorrentrechtliche Verrechnung im Rahmen des Rechnungsabschlusses am Ende einer Kontokorrentperiode anzuwenden.

Die Wirkung des § 356 Abs. 1 HGB bestehe darin, dass akzessorische Sicherheiten für Kontokorrentforderungen, wie beispielsweise Kontokorrentforderungsbürgschaften, trotz des Erlöschens der gesicherten Hauptforderung im Rahmen des Rechnungsabschlusses am Ende einer Kontokorrentperiode durch Verrechnung oder Novation weiterhin in Höhe der Hauptforderung in Anspruch genommen werden können.

Die Einstandspflicht des Bürgen beziehe nach dem ersten Rechnungsabschluss auf den aktuellen und die dann folgenden Rechnungsabschlussalden. Der Umfang der Bürgschaft sei einerseits durch die Höhe der ursprünglich gesicherten Hauptforderung und andererseits durch die Höhe der jeweiligen Rechnungsabschlussalden limitiert. Nach dieser Ansicht, wirkt die Kontokorrentforderungsbürgschaft nach dem ersten Rechnungsabschluss wie eine Kontokorrentsaldobürgschaft, begrenzt auf die Höhe der ursprünglich gesicherten Forderung.

Die Kündigung der Kontokorrentforderungsbürgschaft hat weder vor dem ersten Rechnungsabschluss noch nach dem ersten Rechnungsabschluss und der damit einhergehenden Umwandlung in eine limitierte Kontokorrentsaldobürgschaft praktische Auswirkungen. In beiden Fällen bezieht sich die Bürgschaft bereits auf eine vollständig entstandene Hauptforderung, in Bezug auf die eine Einstandspflicht des Bürgen durch Kündigung nicht beseitigt werden kann. Bei Bestehen einer weiten Sicherungszweckabrede könnte eine Kündigung jedoch die Entstehung neuer Einstandspflichten des Bürgen verhindern.

³⁷² Siehe oben unter B.II.2.b).

³⁷³ RGZ 76, 330, 333 f; 87, 434, 437 f; 136, 178, 181; BGH, NJW 2004, 2232, 2234; 1968, 2100, 2102; 1958, 217, 218 f.; Röhricht/Graf v.Westphalen-Wagner, § 356 Rn. 1 und 9; Heymann-Horn, § 356 Rn. 2; Koller/Kindler/Roth-Koller, § 356 Rn. 2; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 80.

**b) Einstandspflichten nach Kündigung ohne Anwendung von
§ 356 Abs. 1 HGB**

Nach der vorzugswürdigen³⁷⁴ Auffassung³⁷⁵, die eine Anwendbarkeit des § 356 Abs. 1 HGB auf die kontokorrentrechtliche Verrechnung im Rahmen des Rechnungsabschlusses ablehnt,³⁷⁶ bleiben Kontokorrent-einzelforderungen auch nach dem Rechnungsabschluss am Ende einer Kontokorrentperiode grundsätzlich erhalten, so dass etwaig bestehende akzessorische Sicherheiten durch den Rechnungsabschluss nicht automatisch erloschen.

Auch hier bezieht sich die Bürgschaft bereits auf eine vollständig entstandene Hauptforderung. Eine Kündigung der Bürgschaft hätte daher keine praktischen Auswirkungen und würde lediglich bei Bestehen einer weiten Sicherungszweckabrede die Entstehung neuer Einstandspflichten des Bürgen verhindern.

II. Rückführung der Einstandspflichten des Bürgen

Für den Ablauf der Rückführung von Kontokorrentbürgschaften ist zwischen der Kontokorrentforderungsbürgschaft (hierzu unter 1.) und der Kontokorrentsaldobürgschaft (hierzu unter 2.) zu unterscheiden.

1. Kontokorrentforderungsbürgschaft

Der Ablauf einer Rückführung von Kontokorrentforderungsbürgschaften hängt ebenso wie die Bestimmung der Einstandspflichten des Bürgen nach Kündigung der Kontokorrentforderungsbürgschaft,³⁷⁷ davon

³⁷⁴ Siehe oben unter B.II.2.b).

³⁷⁵ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 356 Rn. 16 ff.; ders., DB 1972, 469, 470 ff.; Münch-KommHGB-Langenbucher (3. Aufl.), § 356 Rn. 13; MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 113; Ensthaler-Herget, § 356 Rn. 3 und 8; Oetker-Maultzsch, § 356 Rn. 16; K.Schmidt, Handelsrecht, § 21 Rn. 37; Oetker, Handelsrecht, § 7 Rn. 90.

³⁷⁶ Diesbezüglich kommt auch Schlegelberger-Hefermehl, § 355 Rn. 60 und § 356 Rn. 2, zu demselben Ergebnis.

³⁷⁷ Siehe oben unter I.2.

ab, welche Relevanz dem § 356 Abs. 1 HGB im Rahmen des Rechnungsabschlusses zugesprochen wird.

Nach abzulehnender³⁷⁸ Ansicht³⁷⁹ ist § 356 Abs. 1 HGB auf die kontokorrentrechtliche Verrechnung im Rahmen des Rechnungsabschlusses am Ende einer Kontokorrentperiode anzuwenden. Die Kontokorrentforderungsbürgschaft wirke daher nach dem ersten Rechnungsabschluss wie eine limitierte Kontokorrentsaldobürgschaft. Die Bürgschaft erlösche jeweils insoweit, wie ein zukünftiger Rechnungsabschlusssaldo niedriger sei als die ursprünglich gesicherte Hauptforderung. Eine endgültige Beendigung der Bürgschaft trete erst dann ein, wenn ein Rechnungsabschlusssaldo ausgeglichen sei oder zugunsten des Hauptschuldners ein Guthaben aufweise.

Nach der vorzugswürdigen³⁸⁰ Auffassung³⁸¹ bestehen Kontokorrenteinzelforderungen sowie für diese bestellte akzessorische Sicherheiten auch nach dem periodischen Rechnungsabschluss am Ende einer Kontokorrentperiode fort. Eine Rückführung der Einstandspflichten des Bürgen hängt davon ab, inwieweit eine Tilgung der gesicherten Kontokorrentforderungen im Rahmen des Rechnungsabschlusses am Ende einer Kontokorrentperiode erfolgt.

2. Kontokorrentsaldobürgschaft

Die Kontokorrentsaldobürgschaft kann erst nach deren Kündigung durch den Bürgen zurückgeführt werden. Solange das Kontokorrentverhältnis, auf das sich die Kontokorrentsaldobürgschaft bezieht, fortgeführt wird, erlischt die Bürgschaft für die jeweilige Saldoforderung beziehungsweise das jeweilige Saldoanerkenntnis mit jedem neuen pe-

³⁷⁸ Siehe oben unter **B.II.2.b).**

³⁷⁹ RGZ 76, 330, 333 f.; 87, 434, 437 f.; 136, 178, 181; BGH, NJW 2004, 2232, 2234; 1968, 2100, 2102; 1958, 217, 218 f.; Röhricht/Graf v.Westphalen-Wagner, § 356 Rn. 1 und 9; Heymann-Horn, § 356 Rn. 2; Koller/Kindler/Roth-Koller, § 356 Rn. 2; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 80.

³⁸⁰ Siehe oben unter **B.II.2.b).**

³⁸¹ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 356 Rn. 16 ff.; ders., DB 1972, 469, 470 ff.; Münch-KommHGB-Langenbucher (3. Aufl.), § 356 Rn. 13; MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 113; Ensthaler-Herget, § 356 Rn. 3 und 8; Oetker-Maultzsch, § 356 Rn. 16; K.Schmidt, Handelsrecht, § 21 Rn. 37; Oetker, Handelsrecht, § 7 Rn. 90.

riodischen Rechnungsabschluss und entsteht im Hinblick auf die nach dem Rechnungsabschluss festgestellte oder anerkannte Saldoforderung neu.

Nach Kündigung der Kontokorrentsaldobürgschaft hängt der Ablauf der Rückführung der Einstandspflichten des Bürgen, ebenso wie deren zunächst erforderliche Bestimmung,³⁸² davon ab, welche Ansicht über die Wirkungen der Kündigung der Kontokorrentsaldobürgschaft zugrunde gelegt wird.

Eine Ansicht geht davon aus, dass die Kontokorrentsaldobürgschaft durch die Bürgschaftskündigung gegenständlich auf die Saldoforderung begrenzt wird, die auf Grundlage des nach dem Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung nächsten regulären Rechnungsabschlusses ermittelt³⁸³ beziehungsweise auf den zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung aktuellen Tagessaldo des Kontokorrentverhältnisses begrenzt³⁸⁴ wird (hierzu unter **a**)). Eine andere Ansicht meint, dass die Einstandspflicht des Bürgen nach wirksamer Kündigung einer Kontokorrentsaldobürgschaft gegenständlich auf die im Rahmen des letzten Rechnungsabschlusses anerkannte Saldoforderung, zuzüglich der zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung von der Kontokorrentabrede erfassten begründeten Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, beschränkt wird³⁸⁵ (hierzu unter **b**)). Nach der hier vertretenen Ansicht bezieht die Einstandspflicht des Bürgen sich nach wirksamer Kündigung einer Kontokorrentsaldobürgschaft gegenständlich auf die im Rahmen des letzten Rechnungsabschlusses anerkannte Saldoforderung, zuzüglich der zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung von der Kontokorrentabrede erfassten bereits entstandenen Kontokorrentforderungen des Bürgschaftsgläubigers, soweit diesen keine aufrechenbaren Kontokorrentforderungen des Hauptschuldners gegenüberstanden³⁸⁶ (hierzu unter **b**)).

³⁸² Siehe oben unter **I.1.**

³⁸³ Siehe oben unter **I.1.a)aa).**

³⁸⁴ Siehe oben unter **I.1.a)bb).**

³⁸⁵ Siehe oben unter **I.1.a)cc).**

³⁸⁶ Siehe oben unter **I.1.b).**

a) Auf bestimmten Betrag begrenzte Kontokorrentsaldobürgschaft

Nach den oben unter I.1.a)aa) und I.1.a)bb) dargestellten Ansichten bewirkt die Kündigung einer Kontokorrentsaldobürgschaft, dass der Bürge für künftige Kontokorrentsalden nur noch begrenzt auf die Höhe des auf den Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung folgenden Rechnungsabschlussaldo oder des zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung bestehenden Tagessaldos einzustehen hat.

Für die Rückführung der Einstandspflichten des Bürgen gelte das Prinzip der „Haftung“ für den niedrigsten Saldo. Die Einstandspflicht des Bürgen verringere sich immer, wenn der Rechnungsabschlussaldo am Ende einer Kontokorrentperiode niedriger sei als der auf den Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung folgende Rechnungsabschlussaldo, beziehungsweise der zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung bestehende Tagessaldo. Für die folgenden Rechnungsabschlussalden am Ende einer Kontokorrentperiode sei dieser niedrigere Betrag die neue Höchstgrenze für die Einstandspflichten des Bürgen, auch wenn der Kontokorrentsaldo in der Folgezeit wieder über die neue Höchstgrenze für die Einstandspflichten des Bürgen steige. Eine Untermeinung dieser Ansichten geht davon aus, dass auch ein unter die Höchstgrenze der Einstandspflichten des Bürgen fallender Tagessaldo zwischen den periodischen Rechnungsabschlüssen zu einer Rückführung der Einstandspflichten des Bürgen führe.³⁸⁷

387 Vgl. E/B/J/S-Grundmann, § 356 Rn. 5. So auch Staudinger-Horn (§ 765 Rn. 108 f.), der in der zitierten Kommentierung bereits in der Vorausgabe des Jahres 1997 nahe legt, dass er an seiner im Ergebnis anders lautenden Kommentierung im HGB-Kommentar Heymann nicht festhalten wolle. Geändert hat er diese in der 2. Auflage des Heymann aus dem Jahr 2005 jedoch nicht (Heymann-Horn, § 356 Rn. 10). Dort heißt es nach wie vor, dass die Anwendung des § 356 HGB dazu führe, dass den Tagessalden – auch bei Staffelverrechnung – keine haftungsverringernde Wirkung zukomme, sondern nur den (periodischen oder staffelmäßigen) Rechnungsabschlussalden. Etwas anderes gelte hingegen nach dem Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters aus einer Gesellschaft, da dann die gesellschaftsrechtliche Wertung der §§ 159 f. HGB Vorrang habe, so dass § 356 HGB zurücktreten müsse (Rn. 12). Die Ansicht von Horn basiert auf der abzulehnenden (siehe oben unter A.II.2.) Ansicht, dass ein Bankkontokorrent regelmäßig als Staffelkontokorrent geführt werde (vgl. Heymann-Horn, § 355 Rn. 31 und § 356 Rn. 10).

Im Ergebnis erlöschen die Einstandspflichten des Bürgen nach diesen Ansichten erst vollständig, wenn der Rechnungsabschlusssaldo am Ende einer Kontokorrentperiode beziehungsweise ein zwischen den Kontokorrentperioden liegender Tagessaldo nach der Kündigung der Kontokorrentsaldobürgschaft ausgeglichen oder sogar ein Guthaben des Hauptschuldners ausgewiesen ist.

b) Auf bestimmte Verbindlichkeiten beschränkte Kontokorrentforderungsbürgschaft

Nach der oben unter I.1.a)cc) dargestellten Ansicht und der hier vertretenen und oben unter I.1.b) begründeten Ansicht bezieht sich die Kontokorrentsaldobürgschaft nach der Bürgschaftskündigung innerhalb einer Kontokorrentperiode auf die zum Kündigungszeitpunkt festgestellte Saldforderung der letzten abgeschlossenen Kontokorrentperiode, die bei der Fortführung des Kontokorrentverhältnisses in der Regel auf die neue Rechnung vorgetragen und damit zu einer Einzelforderung der neuen Kontokorrentperiode geworden ist. Außerdem sichert diese nach der unter I.1.a)cc) dargestellten Ansicht auch die zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung von der Kontokorrentabrede erfassten begründeten Verbindlichkeiten des Hauptschuldners und nach der hier vertretenen und oben unter I.1.b) begründeten Ansicht die zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung von der Kontokorrentabrede erfassten bereits entstandenen Kontokorrentforderungen des Bürgschaftsgläubigers, soweit diesen keine aufrechenbaren Kontokorrentforderungen des Hauptschuldners gegenüberstanden. Nach beiden Ansichten wirkt die Kontokorrentsaldobürgschaft nach deren Kündigung daher wie eine Kontokorrentforderungsbürgschaft, da sie nur noch bestimmte Kontokorrentforderungen besichert und sich nicht mehr hinsichtlich des nächsten Rechnungsabschlusssaldos erneuert.

Die Rückführung dieser Einstandspflichten bemisst sich danach, ob und inwieweit die gesicherten Forderungen beim nächsten und den darauffolgenden Rechnungsabschlüssen getilgt werden. Für die Tilgungsreihenfolge kommt es wiederum darauf an, welche der verschiedenen Ansichten zum Ablauf der kontokorrentrechtlichen Verrech-

nung am Ende einer Kontokorrentperiode (hierzu oben unter A.II.) zugrunde gelegt wird. Nach der vorzugswürdigen³⁸⁸ Ansicht³⁸⁹ erfolgt diese nach §§ 396 Abs. 1, 366 Abs. 2 BGB analog.

Im Ergebnis führt dies, wie bereits oben unter 1. erläutert, dazu, dass bei Fehlen einer diesbezüglichen Parteiaabrede eine durch die gekündigte Kontokorrentsaldobürgschaft gesicherte Kontokorrentforderung nur insoweit im Rahmen des Rechnungsabschlusses am Ende einer Kontokorrentperiode getilgt und damit die Einstandspflichten des Bürgen zurückgeführt werden, wie den ungesicherten Kontokorrentforderungen des Bürgschaftsgläubigers zum Zeitpunkt des Rechnungsabschlusses Gegenforderungen des Hauptschuldners gegenüberstehen.

III. Vorzeitige Befreiung des Bürgen von bereits entstandenen Einstandspflichten

Die oben unter II. gemachten Ausführungen zum Ablauf der Rückführung von Kontokorrentforderungsbürgschaften und Kontokorrentsaldobürgschaften nach einer erfolgten Bürgschaftskündigung machen deutlich, dass – unabhängig von der im Einzelfall favorisierten Ansicht über die Relevanz von § 356 Abs. 1 HGB für den kontokorrentrechtlichen Rechnungsabschluss und die Wirkung der Kündigung von Kontokorrentsaldobürgschaften – eine zuverlässige und endgültige Befreiung des Bürgen von seiner Einstandspflicht für Kontokorrentverbindlichkeiten des Hauptschuldners nur bei einem Ausgleich des Kontokorrentkontos zum Zeitpunkt eines periodischen Rechnungsabschlusses gewährleistet werden kann. Etwas anderes mag gelten, wenn der Bürgschaftsgläubiger und der Hauptschuldner in ihrem Kontokorrentverhältnis eine für den Bürgen günstige Tilgungsreihenfolge bestimmt haben oder wenn neben der Bürgschaft noch andere Sicherheiten für Kontokorrentforderungen oder den Kontokorrentsaldo bestellt wur-

³⁸⁸ Siehe oben unter A.II.2.

³⁸⁹ Staub-Canaris (4. Aufl.), § 355 Rn. 145 ff. und 154; ders., DB 1972, 421, 425 f.; MünchKommHGB-Langenbucher (3. Aufl.), § 355 Rn. 82 ff.; Oetker-Maultzsch, § 355 Rn. 60; Ensthaler-Herget, § 355 Rn. 50; Derleder/Knops/Bamberger-Kandlhard, § 39 Rn. 37; Oetker, Handelsrecht, § 7 Rn. 82.

den, welche die Tilgungsreihenfolge der kontokorrentrechtlichen Verrechnung im Rahmen des Rechnungsabschlusses für den Bürgen positiv beeinflussen.

Der Umstand, dass die auch nach der wirksamen Bürgschaftskündigung fortbestehenden Einstandspflichten des Bürgen im für den Bürgen ungünstigsten Fall erst bei einem Ausgleich des Kontokorrentkontos des Hauptschuldners zum Zeitpunkt eines periodischen Rechnungsabschlusses endgültig und vollständig erloschen, kann insbesondere bei Bürgschaften im Zusammenhang mit Kontokorrentverhältnissen von Unternehmen, die Kreditlinien umfassen und dauerhaft debitorisch geführt werden, zu einer potentiell „ewigen Einstandspflicht“ des Bürgen führen, von der er sich selbst nicht befreien kann.

Im Folgenden wird untersucht, ob es *de lege lata* rechtliche Instrumente gibt, um eine potentiell „ewige Einstandspflicht“ des Bürgen zu verhindern. Eine Befreiung des Bürgen auch von bereits entstandenen Einstandspflichten ist unter bestimmten Umständen, insbesondere durch Zeitablauf, denkbar (hierzu unter 1.). Im Anschluss wird diskutiert, ob die im Rahmen der Schuldrechtsreform erfolgte Kodifizierung des außerordentlichen Kündigungsrechts für Dauerschuldverhältnisse in § 314 BGB die Möglichkeit einer Interessenabwägung nicht nur im Hinblick auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses, sondern auch hinsichtlich der Rechtsfolgenbestimmung eröffnet und damit eine Befreiung des Bürgen zur Verhinderung einer „ewigen Einstandspflicht“ ermöglicht (hierzu unter 2.).

1. Befreiung des Bürgen von bereits entstandenen Einstandspflichten durch Zeitablauf

Eine Befreiung des Bürgen auch von bereits entstandenen Einstandspflichten für Kontokorrentverbindlichkeiten des Hauptschuldners kann – solange für die gesicherten Verbindlichkeiten eine Kontokorrentbindung besteht – nicht im Wege der Verjährung eintreten (hierzu unter a)). Für Gesellschafterbürgschaften kann nach Austritt des Gesellschafterbürgen aus der Hauptschuldnergesellschaft ein zeitlich potentiell unbegrenzter Fortbestand der Einstandspflichten jedoch nach

den Grundsätzen über die Sittenwidrigkeit von Knebelverträgen unbüllig und die Laufzeit der Einstandspflichten daher automatisch zu modifizieren sein; dieser Grundsatz kann in bestimmten Fällen auf andere Bürgschaftstypen übertragbar sein (hierzu unter **b**)). Das Recht zur Geltendmachung der Einstandspflichten des Bürgen durch den Bürgschaftsgläubiger kann nach Ablauf eines langen Zeitraums seit Bürgschaftskündigung überdies verwirkt sein (hierzu unter **c**)).

a) Keine Verjährung von Kontokorrentverbindlichkeiten

Wie oben unter **Kapitel 1 B.II.2.b)** erläutert, wird die Einstandspflicht des Bürgen zeitgleich mit der gesicherten Hauptforderung fällig. Einer vorherigen Geltendmachung der Einstandspflicht durch den Bürgschaftsgläubiger bedarf es nicht. Die Verjährungsfrist für Bürgschaftsforderungen beginnt gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres an zu laufen, in dem die gesicherte Hauptforderung fällig geworden ist.³⁹⁰

Die Länge der Verjährungsfrist für die Einstandspflichten des Bürgen ist unabhängig von der Länge der Verjährungsfrist für die gesicherte Hauptforderung, so dass die Verjährungsfrist für die Einstandspflichten des Bürgen vor der Verjährungsfrist für die gesicherte Hauptforderung auslaufen kann, wenn letztere länger ist.³⁹¹ Diese allgemeinen Verjährungsregeln gelten für den Sonderfall der Kontokorrentbürgschaften jedoch nur in modifizierter Form und führen nicht zur Undurchsetzbarkeit entstandener Einstandspflichten des Bürgen nach einem gewissen Zeitablauf. In einem Kontokorrentverhältnis sind sowohl die Verjährung der gesicherten Hauptforderungen, als auch die der auf die gesicherten Hauptforderungen bezogenen Einstandspflichten des Bürgen gemäß § 205 BGB gehemmt.

Gemäß § 205 BGB ist die Verjährung einer Forderung gehemmt, solange der Schuldner auf Grund einer Vereinbarung mit dem Gläubiger vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist. In Kontokorrentverhältnissen führt die Kontokorrentbindung dazu, dass

³⁹⁰ Vgl. Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 27 Rn. 73 f.

³⁹¹ Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 27 Rn 73; siehe auch Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, § 91 Rn. 373.

der Hauptschuldner im Falle der Geltendmachung von Kontokorrentforderungen durch den Bürgschaftsgläubiger die sogenannte Kontokorrenteinrede erheben kann. Die Kontokorrentbindung der gesicherten Hauptforderung existiert für den gesamten Zeitraum des Kontokorrentverhältnisses. Die Kontokorrenteinrede ist keine gesetzliche Einrede, sondern folgt aus der Kontokorrentvereinbarung und ist damit eine Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger im Sinne von § 205 BGB.³⁹²

Gemäß § 768 Abs. 1 S. 1 BGB kann ein Bürge die Einreden des Hauptschuldners geltend machen, so dass auch ein Bürge, der eine Kontokorrentbürgschaft bestellt hat, sich im Falle der Inanspruchnahme durch den Bürgschaftsgläubiger auf die Kontokorrenteinrede berufen kann. Die aus § 205 BGB folgende Verjährungshemmung greift jedoch nur bei Vorliegen von vertraglichen Leistungsverweigerungsrechten ein und nicht bei gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechten.³⁹³ Für die Anwendbarkeit der Verjährungshemmung nach § 205 BGB auf die Einstandspflichten des Bürgen aus Kontokorrentbürgschaften ist daher entscheidend, ob es sich bei der Kontokorrenteinrede des Bürgen um ein vertragliches Leistungsverweigerungsrecht handelt oder ob das über die gesetzliche Regelung des § 768 BGB vermittelte Recht zur Geltendmachung des vertraglichen Leistungsverweigerungsrechts des Hauptschuldners dazu führt, dass dies auf Ebene des Bürgen als gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 768 BGB zu betrachten ist.

§ 768 BGB ist zwar eine gesetzliche Regelung. Diese begründet aber kein eigenständiges Recht des Bürgen, sondern erlaubt es dem Bürgen lediglich, ein für ihn fremdes Leistungsverweigerungsrecht des Hauptschuldners geltend zu machen. Bei einer Erhebung der Kontokorrenteinrede durch den Bürgen folgt dieses Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen daher nicht aus § 768 BGB und damit aus dem Gesetz, sondern aus der Kontokorrentvereinbarung des Bürgschaftsgläubigers mit dem Hauptschuldner. Auch auf Ebene des Bürgen ist die Kontokorrenteinrede daher ein vertragliches Leistungsverweigerungsrecht. Die Verjährung der Einstandspflicht des Bürgen für Kontokor-

³⁹² Staudinger-Peters/Jacoby, § 205 Rn. 24; MünchKommBGB-Grothe, § 205 Rn. 10; Erman-Schmidt-Räntsche, § 205 Rn. 7.

³⁹³ Vgl. MünchKommBGB-Grothe, § 205 Rn. 2.

rentverbindlichkeiten des Hauptschuldners ist somit ebenso wie die Verjährung für die Kontokorrentverbindlichkeiten selbst gemäß § 205 BGB gehemmt, solange für die gesicherten Hauptverbindlichkeiten eine Kontokorrentbindung besteht.

Wenn eine durch Kontokorrentbürgschaft gesicherte Kontokorrentverbindlichkeit des Hauptschuldners – unabhängig davon, ob es sich um die aktuelle Saldoforderung oder um eine Einzelverbindlichkeit handelt – durch Vereinbarung zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgschaftsgläubiger nach dem periodischen Rechnungsabschluss nicht auf neue Rechnung in die nächste Kontokorrentperiode vorgetragen wird, ist diese Verbindlichkeit des Hauptschuldners nicht mehr von der Kontokorrentvereinbarung zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgschaftsgläubiger erfasst. Damit endet sowohl für die gesicherte Hauptforderung als auch für die auf diese bezogenen Einstandspflichten des Bürgen die Verjährungshemmung gemäß § 205 BGB und die reguläre Verjährungsfrist von drei Jahren beginnt gemäß § 195 BGB am Schluss des laufenden Jahres.

b) Modifizierung der Laufzeit von Einstandspflichten des Bürgen nach den Grundsätzen zur Sittenwidrigkeit von Knebelverträgen

Die Nachhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft gemäß §§ 160, 128 HGB, eines ausgeschiedenen Komplementärs gemäß §§ 161 Abs. 2, 160, 128 HGB oder eines ausgeschiedenen Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß §§ 160 HGB, 736 Abs. 2 BGB für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die noch während der Mitgliedschaft des ausgeschiedenen Gesellschafter begründet worden sind (im Folgenden „Nachhaftung“ oder „gesellschaftsrechtliche Nachhaftung“), ist im Normalfall zeitlich auf fünf Jahre nach Ausscheiden des Gesellschafters begrenzt. Demgegenüber ist ein Erlöschen von bereits entstandenen Einstandspflichten des Bürgen durch Zeitablauf – ohne diesbezügliche Parteiabrede – nicht vorgesehen und der Rechtsgedanke des § 160 HGB auch nicht auf die Bürgschaft im Allgemeinen oder auf die Gesellschafterbürgschaft im Speziellen übertragbar (hierzu unter aa)). Das Verlangen eines Gesellschaftsgläubigers, dass ihm ein Gesellschafter der Gesell-

schaft, zusätzlich zu der ohnehin gemäß § 128 HGB bestehenden akzessorischen Gesellschafterhaftung, eine Sicherheit für bestimmte Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt, ist nicht als Umgehung der zeitlichen Beschränkung der akzessorischen Gesellschafterhaftung nach § 160 HGB unzulässig (hierzu unter **bb**). Der zeitlich potentiell unbegrenzte Fortbestand der Einstandspflichten von persönlich haftenden Gesellschaftern für Verbindlichkeiten der Gesellschaft aufgrund von Gesellschafterbürgschaften kann jedoch nach den Grundsätzen über die Sittenwidrigkeit von Knebelverträgen unbillig und die Laufzeit der Einstandspflichten daher automatisch zu modifizieren sein (hierzu unter **cc**). Dieser Grundsatz kann in bestimmten Fällen auf andere Bürgschaftstypen oder auf Bürgschaften von Gesellschaftern von Gesellschaften mit beschränkter Haftung übertragbar sein (hierzu unter **dd**).

aa) Nichtanwendbarkeit von § 160 HGB auf Bürgschaften

Wenn die Bürgschaftsparteien nicht ausdrücklich eine Zeitbürgschaft gemäß § 777 BGB vereinbart haben, ist ein Erlöschen von bereits entstandenen Einstandspflichten des Bürgen durch Zeitablauf nicht vorgesehen. In älterer Rechtsprechung³⁹⁴ und Rechtslehre³⁹⁵ wird für den Fall des Austritts eines Gesellschaftern zwar vereinzelt die automatische Umwandlung einer Gesellschafterbürgschaft in eine Zeitbürgschaft angenommen. Diese Ansicht³⁹⁶ steht jedoch unter der abzulehnenden³⁹⁷ Prämisse, dass die Kündigung der Bürgschaft generell die Umwandlung in eine Zeitbürgschaft gemäß § 777 BGB zur Folge hat. Die gesellschaftsrechtliche Nachhaftung eines ausgeschiedenen persönlich haftenden Gesellschafters einer Personengesellschaft gemäß §§ 160, 128 HGB endet hingegen grundsätzlich nach Ablauf von fünf Jahren nach Ausscheiden des Gesellschafter aus der Gesellschaft (im Folgenden auch „zeitliche Nachhaftungsbegrenzung“).

³⁹⁴ Als eine mögliche Rechtsfolge dargestellt von RG, HRR 1935, Nr. 581.

³⁹⁵ RGRK-Mormann, § 777 Rn. 20.

³⁹⁶ Vgl. Mormann, aaO (Fn. 395).

³⁹⁷ Siehe oben Kapitel 1 B.III.3.a).

Der Rechtsgedanke der zeitlichen Begrenzung der gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung auf fünf Jahre ist auf Bürgschaften nicht ohne Weiteres übertragbar, da § 160 HGB das Haftungsverhältnis zwischen einer Personengesellschaft und deren Gesellschaftern für Gesellschaftsverbindlichkeiten regelt und daher auf die Bürgschaft nicht direkt anwendbar ist. Auch die Voraussetzungen einer Analogie liegen nicht vor. Die erste Voraussetzung einer Analogie ist, dass der Sachverhalt, der durch die Heranziehung einer für einen anderen Sachverhalt geschaffenen Norm geregelt werden soll, tatsächlich nicht gesetzlich erfasst ist. Die zweite Voraussetzung einer Analogie ist, dass zwischen dem Sachverhalt, der durch die existierende Norm geregelt wird, und dem regelungsbedürftigen Sachverhalt hinsichtlich der für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Kriterien eine vergleichbare Interessenslage besteht.³⁹⁸ Eine analoge Anwendung des § 160 Abs. 1 S. 1 HGB auf Bürgschaften scheidet aus, da es hierfür bereits an der für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke fehlt. Die zeitliche Beschränkung von Bürgschaftsverbindlichkeiten ist in § 777 BGB abschließend normiert. § 777 BGB regelt, dass eine zeitliche Begrenzung einer Bürgschaft nicht den gesetzlichen Normalfall darstellt, sondern zwischen den Parteien explizit vereinbart sein muss. Die Annahme einer automatischen Befreiung des Bürgen von bereits entstandenen Einstandspflichten nach Zeitablauf im Sinne des § 160 Abs. 1 S. 1 HGB widerspräche daher der gesetzlichen Konzeption der Bürgschaft.

Auch für Gesellschafterbürgschaften gilt nichts anderes. Eine direkte Anwendung des § 160 Abs. 1 S. 1 HGB kommt nicht in Betracht, da die zeitliche Begrenzung der gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung sich ausschließlich auf die akzessorische Gesellschafterhaftung gemäß § 128 HGB bezieht und nicht auf sonstige persönliche Einstandspflichten des ausscheidenden Gesellschafter, beispielsweise auf für die Gesellschaft bestellte Sicherheiten.³⁹⁹ Eine analoge Anwendung des § 160 Abs. 1 S. 1 HGB auf die Gesellschafterbürgschaft scheidet in Ermangelung einer erforderlichen Regelungslücke ebenfalls aus, da die zeitliche Beschränkung einer Bürgschaft auch für den Spezialfall der Gesellschafterbürgschaften in § 777 BGB abschließend geregelt ist.

³⁹⁸ Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 202.

³⁹⁹ MünchKommHGB-K.Schmidt, § 160 Rn. 25 und 57; E/B/J/S-Hillmann, § 160 Rn. 7; Baumbach/Hopt-Roth, § 160 Rn. 2; K.Schmidt/Schneider, BB 2003, 1961, 1965.

bb) Bestellung von zeitlich unbegrenzten Sicherheiten durch Gesellschafter nicht als Umgehung von § 160 HGB unzulässig

Es kommt regelmäßig vor, dass Großgläubiger einer Gesellschaft – insbesondere Kreditinstitute – von deren Gesellschaftern verlangen, zusätzlich zu einer ohnehin gemäß § 128 HGB bestehenden persönlichen Haftung noch Bürgschaften für bestimmte Gesellschaftsverbindlichkeiten zu bestellen. Die Bestellung von zeitlich unbeschränkten Sicherheiten durch Gesellschafter einer Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten ist nicht als Umgehung des § 160 HGB unzulässig.⁴⁰⁰ Die Schaffung einer – zeitlich unbegrenzten – Einstandspflicht des Gesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft durch Bestellung einer Bürgschaft setzt zwar *de facto* die in § 160 HGB normierte zeitliche Beschränkung der akzessorischen Gesellschafterhaftung gemäß § 128 HGB außer Kraft. Die Möglichkeit einer zusätzlichen Sicherung des Gesellschaftsgläubigers war vom Gesetzgeber bei Schaffung des § 128 HGB aber ausdrücklich vorgesehen.⁴⁰¹ Außerdem ist die zeitliche Nachhaftungsbegrenzung gemäß § 160 HGB dispositives Recht,⁴⁰² so dass diese unproblematisch durch die Vereinbarung einer Gesellschaftsbürgschaft modifiziert werden kann. Abgesehen von der faktischen Außerkraftsetzung der zeitlichen Nachhaftungsbegrenzung des § 160 HGB begründet die Schaffung einer zusätzlichen persönlichen Einstandspflicht des Gesellschafterbürgen durch die Bestellung von Sicherheiten für Gesellschaftsverbindlichkeiten dem Gläubiger der Gesellschaft insbesondere bei Anwendbarkeit von § 43 InsO⁴⁰³ in der Insolvenz wichtige Vorteile.⁴⁰⁴ Es kann daher neben dem Interesse des Gläubigers an der Außerkraftsetzung der zeitlichen Nachhaftungsbe-

⁴⁰⁰ Schröder, Interessengegensätze beim Personalkredit, S. 168.

⁴⁰¹ BT-Drucks. 12/1868, S. 9 und 15.

⁴⁰² MünchKommHGB-K.Schmidt, § 160 Rn. 16; Baumbach/Hopt-Roth, § 160 Rn. 8; E/B/J/S-Hillmann, § 160 Rn. 19; Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer, § 160 Rn. 23; Oetker-Boesche, § 160 Rn. 17; Röhricht/Graf v.Westphalen-Haas, § 160 Rn. 12; Koller/Kindler/Roth-Kindler, § 160 Rn. 4; Kollbach, GmbHR 1994, 164, 165; Reichold, NJW 1994, 1617, 1619; Siems/Maaß, WM 2000, 2328, 2333 f.

⁴⁰³ MünchKommInsO-Bitter, § 43 Rn. 16.

⁴⁰⁴ Vgl. dazu Uhlenbruck-Knof, § 43 Rn. 4. Der Gläubiger kann bei Mithaftung mehrerer Schuldner im Insolvenzverfahren gegen jeden Schuldner den ganzen Betrag bis zu seiner vollen Befriedigung geltend machen (Prinzip der Doppelberecksichtigung).

grenzung des § 160 HGB auch andere sachliche Gründe für die doppelte persönliche Verpflichtung eines Gesellschafters geben.

cc) Zeitliche Begrenzung von Bürgschaften von persönlich haftenden Gesellschaftern nach Sittenwidrigkeitsgrundätzen

Für den Fall, dass ein Gesellschaftsgläubiger und ein Gesellschafter der Schuldnergesellschaft bezüglich der gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung eine Verlängerung der 5-Jahresfrist des § 160 HGB vereinbaren, regt Karsten Schmidt⁴⁰⁵ an, dem Schutzbedürfnis des Gesellschafters gegenüber Großgläubigern wie beispielsweise Lieferanten und Kreditinstituten durch individuelle Schutzinstrumente Rechnung zu tragen. Dies könnte insbesondere durch eine Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB beziehungsweise § 307 BGB auf knebelnde Vereinbarungen geschehen.

Dieser Gedanke ist in seinem Kern unter bestimmten Voraussetzungen auch auf die Gesellschafterbürgschaft übertragbar:

Wie oben unter **bb)** gezeigt, ist die Vereinbarung einer Gesellschafterbürgschaft neben der ohnehin bestehenden akzessorischen Gesellschafterhaftung eines Gesellschafters gemäß § 128 HGB grundsätzlich zulässig, auch bei Berücksichtigung des Rechtsverlusts des Gesellschafters durch die faktische Außerkraftsetzung der Schutzvorschrift des § 160 HGB. Das folgt im Wesentlichen aus dem dispositiven Charakter von § 160 HGB. In Konstellationen, in denen eine Verlängerungsvereinbarung der gemäß § 160 HGB vorausgesetzten 5-jährigen gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung aufgrund der Gesamtumstände des Vertragsschlusses als knebelnder Vertrag sittenwidrig wäre, könnte dies jedoch auch gelten, wenn der Gläubiger und der Gesellschafter der Schuldnergesellschaft zusätzlich zu oder anstatt einer Verlängerung der 5-Jahresfrist des § 160 HGB die Bestellung einer zeitlich unbefristeten Gesellschafterbürgschaft des Gesellschafters vereinbaren.

Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt. Dies ist der Fall, wenn das Rechtsgeschäft gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht

⁴⁰⁵ MünchKommHGB-K.Schmidt, § 160 Rn. 16.

Denkenden verstößt,⁴⁰⁶ was anhand objektiver Kriterien bestimmt wird. Hierbei muss nicht ein Aspekt allein die Sittenwidrigkeit begründen, es ist vielmehr häufig der Fall, dass sich die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts erst aus einem Zusammenwirken mehrerer negativer Faktoren ergibt, also aus einer Summenwirkung.⁴⁰⁷ Eine verwerfliche Gesinnung des Vertragspartners ist kein notwendiges Tatbestandsmerkmal, kann aber bei deren Vorliegen ein wesentliches negatives Element im Rahmen der erforderlichen Gesamtabwägung hinsichtlich des problematischen Rechtsgeschäfts sein.⁴⁰⁸

Für den Zeitraum vor Ablauf der 5-jährigen gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung ist eine Gesellschafterbürgschaft regelmäßig nicht sittenwidrig, selbst wenn der Umfang der potentiellen Einstandspflichten die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bürgen krass übersteigt (hierzu unter (1)). Für den Zeitraum nach Ablauf der 5-jährigen gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung kann der potentielle Umfang einer Gesellschafterbürgschaft jedoch zu einer unangemessenen Einschränkung der wirtschaftlichen Entschließungsfreiheit des Bürgen (sogenannte „Knebelung“) führen (hierzu unter (2)) mit der auch eine unangemessene Benachteiligung anderer Gläubiger (hierzu unter (3)) einhergehen kann. In subjektiver Hinsicht kann überdies ein bewusstes Ausnutzen der Machtstellung des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Hauptschuldner vorliegen (hierzu unter (4)), das im Falle einer wirtschaftlichen Abhängigkeit des Bürgen vom Hauptschuldner auf den Bürgen fortwirkt (hierzu unter (5)). In einer Gesamtschau können diese Faktoren für den Zeitraum nach Ablauf der 5-jährigen gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung zur (teilweisen) Sittenwidrigkeit einer Gesellschafterbürgschaft führen (hierzu unter (6)).

(1) Nichtanwendbarkeit der Grundsätze zur Sittenwidrigkeit wegen krasser finanzieller Überforderung des Bürgen

Auch bei krasser finanzieller Überforderung des Bürgen wird für die Gesellschafterbürgschaft grundsätzlich nicht vermutet, dass der Bürg-

⁴⁰⁶ BGH, NJW 1994, 187, 187 f. mwN.

⁴⁰⁷ Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 Rn. 71 mwN.

⁴⁰⁸ MünchKommBGB-Armbriester, § 138 Rn. 130.

schaftsgläubiger eine typischerweise gegebene emotionale Beziehung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat.⁴⁰⁹ Der Bürge selbst trägt die volle Darlegungs- und Beweislast dafür, dass

- er die Einstandspflichten ohne eigenes wirtschaftliches Interesse und allein aus persönlicher Verbundenheit übernommen hat, woran es fehlt, wenn er selbst nicht unwesentlich an der Gesellschaft beteiligt ist, und
- das Fehlen eines eigenen wirtschaftlichen Interesses für den Gläubiger evident gewesen ist.⁴¹⁰

Für den Zeitraum seiner Gesellschaftszugehörigkeit gilt für den Gesellschafterbürgen die dahingehende Vermutung, dass er von den mit der Gesellschafterstellung verbundenen wirtschaftlichen Chancen profitiert und damit zusammenhängend auch die Risiken eines unternehmerischen Misserfolgs tragen muss.

(2) Knebelung des Gesellschafterbürgen

Eine sittenwidrige Knebelung einer Vertragspartei durch die andere Vertragspartei liegt vor, wenn die wirtschaftliche Entfaltung der belasteten Vertragspartei in einem Maße beschnitten wird, dass diese ihre Selbständigkeit und wirtschaftliche Entschließungsfreiheit im Ganzen oder in einem wesentlichen Teil einbüßt.⁴¹¹ Eine Sicherheitenbestellung wird insbesondere als anstößig qualifiziert, wenn sie die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Sicherungsgebers derart einschränkt, dass er in eine rechtlich zu missbilligende Abhängigkeit gerät.⁴¹²

Im Folgenden werden zunächst die Voraussetzungen für die Annahme einer anstößigen Beschränkung der wirtschaftlichen Ent-

⁴⁰⁹ Zur Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften vgl. BGH, NJW 2005, 971, 972; 2004, 161, 161; 2001, 2466, 2467; 2001, 815, 815; 2000, 1182, 1184; 1998, 597, 597; 1997, 3372, 3372; 1994, 1278, 1278.

⁴¹⁰ Vgl. BGH, NJW 2003, 967, 968 f.; 2002, 2634, 2635.

⁴¹¹ RGZ 130, 143, 145; BGH, NJW 1993, 1587, 1588; 1965, 2147, 2147; 1956, 337, 337.

⁴¹² Schimansky/Bunte/Lwowski-Häuser, § 85 Rn. 106 mwN.

schließungsfreiheit eines Sicherungsgebers durch Sicherheitenbestellung herausgearbeitet. Relevant ist hierbei insbesondere, in welchem Verhältnis die Summe des durch die Sicherungsvereinbarung gebundenen Privatvermögens des Sicherungsgebers zu dem ungebundenen steht (hierzu unter (a)), für welchen Zeitraum das Privatvermögen des Sicherungsgebers durch die Sicherheitenbestellung gebunden ist (hierzu unter (b)) sowie die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Sicherungsfalls (hierzu unter (c)). Im Anschluss werden die Übertragbarkeit dieser Kriterien auf Gesellschafterbürgschaften untersucht und die im Hinblick auf § 160 HGB erforderlichen Einschränkungen der Grundsätze zur sittenwidrigen Knebelung herausgearbeitet (hierzu unter (d)).

(a) Bindung von wesentlichen Teilen des Vermögens des Bürgen

Für die Annahme einer missbilligenswerten Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entschließungsfreiheit des Sicherungsgebers ist es unabhängig von der Dauer der Bindung des Vermögens und von der Eintrittswahrscheinlichkeit des Sicherungsfalls in jedem Fall erforderlich, dass wesentliche Teile des Vermögens des Sicherungsgebers erfasst werden, da die Entziehung nur einzelner Vermögensbestandteile die wirtschaftliche Entschließungsfreiheit nicht in der erforderlichen Weise zu beeinträchtigen vermag.⁴¹³ Auch eine weitgehende Sicherheitenbestellung ist daher unproblematisch, sofern sie dem Betroffenen noch Raum für eigene geschäftliche Dispositionen lässt.⁴¹⁴

(b) Bindung von Teilen des Vermögens des Bürgen über einen langen Zeitraum

Für die Beurteilung der Frage, ob die Bindung von Vermögen durch Sicherheitenbestellung zu einer unangemessenen Beschränkung der wirtschaftlichen Entschließungsfreiheit des Sicherungsgebers führt, ist auch die zeitliche Dimension der Bindung des Vermögens zu beachten. Bei einer langen oder sogar unüberschaubaren Dauer der Bindung von

⁴¹³ RGZ 130, 143, 145; MünchKommBGB-Armbrüster, § 138 Rn. 71.

⁴¹⁴ Vgl. BGH, BB 1955, 556, 556 f.

Vermögen kann dies eher zu einer Unangemessenheit führen als bei einer vorübergehenden und klar begrenzten Bindung.

(c) Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Sicherungsfalls

Neben der Dauer der Bindung und dem Umfang des gebundenen Vermögens des Sicherungsgebers dürfte überdies von Relevanz sein, wie wahrscheinlich der Eintritt des Sicherungsfalls und die damit zusammenhängende Realisierung der Einstandspflichten des Sicherungsgebers tatsächlich sind. Wenn der Eintritt des Sicherungsfalls sehr unwahrscheinlich ist, kann auch eine langwierige Bindung von erheblichen Vermögensteilen die wirtschaftliche Entschließungsfreiheit des Sicherungsgebers nur bedingt einschränken. In einem solchen Fall kann der Sicherungsgeber seine finanziellen Angelegenheiten weitgehend unbeeinträchtigt fortsetzen. Der Umstand, dass der Vertragspartner eine Sicherheitenbestellung überhaupt für notwendig erachtet, entfaltet allerdings bereits eine dahingehende Indizwirkung, dass der Eintritt des Sicherungsfalls nicht völlig fernliegend ist – ansonsten wäre die Sicherheitenbestellung von vornherein nicht erforderlich gewesen.

(d) Gesellschafterbürgschaft als knebelnde Vereinbarung

Wenn ein persönlich haftender Gesellschafter sich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft verbürgt, handelt es sich bei der gesicherten Hauptforderung häufig um Darlehens- oder große Lieferantenverbindlichkeiten. Betriebliche Darlehens- oder Lieferantenverbindlichkeiten haben – gemessen an der Leistungsfähigkeit einer durchschnittlichen Privatperson – regelmäßig einen signifikanten Umfang. Im Falle einer Realisierung von Einstandspflichten werden diese das Privatvermögen eines Gesellschafters oft zu großen Teilen aufbrauchen oder sogar übersteigen; der Eintritt des Sicherungsfalls ist für den Gesellschafterbürgen – abhängig vom konkreten Einzelfall – daher potentiell existenzgefährdend. Dass persönliche Einstandspflichten von Privatpersonen für Gesellschaftsverbindlichkeiten den Sicherungsgeber im Sicherungsfall wirtschaftlich häufig ruinieren zeigt sich auch an den vielen Folgeinsolvenzen privater Sicherungsgeber und Mithaftender nach

Unternehmensinsolvenzen.⁴¹⁵ Gesellschafterbürgschaften binden daher tendenziell wesentliche Bestandteile des Vermögens eines Gesellschafters.

Die sittenwidrige Knebelung eines Vertragspartners ist jedoch nur anzunehmen, wenn der betroffene Vertragspartner es nicht aus eigener Kraft vermag, sich aus der erdrückenden Verpflichtung zu lösen. Sie liegt daher nicht vor, wenn für das potentiell knebelnde Schuldverhältnis ein außerordentliches Kündigungsrecht besteht.⁴¹⁶ Diese Einschränkung kann allerdings nur gelten, wenn eine Kündigung auch geeignet ist, die Verpflichtung des Schuldners zu beenden. Das ist bei einer Bürgschaft für bereits entstandene Verbindlichkeiten des Hauptschuldners gerade nicht der Fall, da eine Kündigung nicht zu einer Befreiung des Bürgen von bereits entstandenen Einstandspflichten führt.⁴¹⁷

Abhängig von der konkreten Ausgestaltung der Gesellschafterbürgschaft kann diese zudem – jedenfalls bei Bürgschaften für Kontokorrentverbindlichkeiten, die sich auf debtorisch geführte Konten beziehen – zu einer zeitlich unbegrenzten Bindung des Vermögens des Gesellschafterbürgen führen.⁴¹⁸

Auch wenn eine Bürgschaft – anders als beispielsweise die Hinterlegung – den Zugriff des Bürgen auf sein Vermögen nicht tatsächlich hindert, hat die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Bürgen durch den Bürgschaftsgläubiger dennoch schwerwiegende Auswirkungen auf dessen finanzielle Lage. Je höher die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Sicherungsfalls ist, desto stärker wird der Bürge sein wirtschaftliches Verhalten im Hinblick auf die potentiellen Einstandspflichten anpassen müssen. Die Gefahr einer Realisierung von Einstandspflichten für Gesellschaftsverbindlichkeiten dürfte angesichts der Vielzahl von

⁴¹⁵ Folgeinsolvenzen für Privatpersonen, die für insolvente Unternehmen haften, machten für das Jahr 2016 ca. 16,9% der Gesamtinsolvenzen aus, wobei die Statistik keine Aussage darüber trifft, für welchen Prozentsatz der insolventen Unternehmen auch tatsächlich persönliche Sicherheiten von Privatpersonen abgegeben wurden, vgl. *Statistisches Bundesamt, Insolvenzstatistik*, http://www.statistikportal.de/Statistik-Portal/de_zs20_bund.asp (zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017).

⁴¹⁶ Vgl. bzgl. Dienst- und Arbeitsverhältnissen MünchKommBGB-Armbrüster, § 138 Rn. 71.

⁴¹⁷ Vgl. oben unter I.

⁴¹⁸ Vgl. oben unter II.

Unternehmensinsolvenzen in der Bundesrepublik Deutschland⁴¹⁹ zwar im Einzelfall unterschiedlich, generell aber als eher hoch einzustufen sein. Eine umfangreiche Bürgschaft für Gesellschaftsverbindlichkeiten bindet die finanziellen Ressourcen des Bürgen überdies so, dass Sicherheiten für eigene Darlehen möglicherweise nicht mehr zur Verfügung stehen. Für den Fall, dass der Bürge selbst Investitionen tätigen möchte, wirkt die Existenz von Bürgschaftsverpflichtungen sich – ähnlich wie eigene Verbindlichkeiten – negativ auf die Bonitätsprüfung des Bürgen aus.⁴²⁰

Für Gesellschafterbürgschaften werden Umfang und Dauer der Bürgschaftsverpflichtung sowie die eher hohe Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Sicherungsfalls daher häufig eine derartige Beschränkung der wirtschaftlichen Entfaltung des Gesellschafterbürgen bedeuten, dass er seine Selbständigkeit und wirtschaftliche Entschließungsfreiheit im Ganzen oder in einem wesentlichen Teil einbüßt. Bei Gesellschafterbürgschaften müssen neben einem potentiell knebelnden Charakter jedoch auch die Wertungen der zwingenden akzessorischen Gesellschafterhaftung gemäß § 128 HGB in Betracht gezogen werden, die eine persönliche Einstandspflicht von Gesellschaftern für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gerade vorsieht. Während der Gesellschaftszugehörigkeit erhöht die Gesellschafterbürgschaft das Risiko einer Inanspruchnahme des Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten nur unwesentlich, da er für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gemäß § 128 HGB ohnehin voll einsteht. Davon abgesehen partizipiert der Gesellschafterbürge während seiner Gesellschaftszugehörigkeit auch an den Erträgen der Gesellschaft, was das Risiko einer Inanspruchnahme durch Gesellschaftsgläubiger als Kehrseite der mit der Gesellschaftszugehörigkeit verbundenen Chancen rechtfertigt.⁴²¹ Das Sicherungsbedürfnis des Gesellschaftsgläubigers ist nach Maßgabe des Gesetzgebers über § 160 HGB auch nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft für weitere fünf Jahre geschützt. Für den

⁴¹⁹ Im Jahr 2016 gab es 21.518 Unternehmensinsolvenzen in der Bundesrepublik Deutschland und der Trend für 2017 ergibt bisher nur einen leichten Rückgang, vgl. *Statistisches Bundesamt, Insolvenzstatistik*, http://www.statistik-portal.de/Statistik-Portal/de_zs20_bund.asp (zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017).

⁴²⁰ Vgl. Wächtershäuser, Kreditrisiko, S. 123 ff.

⁴²¹ Vgl. BGH, NJW 2002, 956, 956.

Zeitraum bis fünf Jahre nach Ausscheiden aus der Gesellschaft stellt eine zusätzlich zur akzessorischen Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten gemäß § 128, 160 HGB bestellte Gesellschafterbürgschaft daher keine unbillige Beschränkung der wirtschaftlichen Entschließungsfreiheit des Gesellschafterbürgen dar, da diese ihn *de facto* nicht über das gesetzlich festgelegte Maß hinaus belastet.

Für die Zeit nach Ablauf der 5-jährigen gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung gemäß § 160 HGB ist eine mit der knebelnden Gesellschafterbürgschaft einhergehende Beschränkung der wirtschaftlichen Entschließungsfreiheit des Bürgen jedoch nicht mehr durch das Sicherungsinteresse etwaiger Gesellschaftsgläubiger gerechtfertigt. Diese Beschränkung ist insbesondere dann unbillig, wenn die vertragliche Bindung des Bürgen nicht als im Wege der Privatautonomie gewählte Verpflichtung angesehen werden kann, sondern aufgrund einer zwangsläufigen Situation eingegangen wurde (hierzu unten unter (4) und (5)).

(3) Gläubigerbenachteiligung

Konstellationen, in denen ein knebelnder Charakter von Verträgen in Frage steht, weisen überdies häufig auch Elemente einer sittenwidrigen Gläubigergefährdung auf.⁴²² Das ist auch bei der knebelnden Sicherheitenbestellung der Fall, da mit der Einschränkung der wirtschaftlichen Entschließungsfreiheit des Schuldners üblicherweise auch eine Behinderung der angemessenen Befriedigung übriger Gläubiger einhergeht.⁴²³ Ein Sicherungsvertrag ist problematisch, wenn der Sicherungsnehmer in sittenwidriger Weise eigennützige Ziele verfolgt und sich über die Interessen des Sicherungsgebers und der übrigen Gläubiger des Sicherungsgebers in einer Weise hinwegsetzt, die mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Kaufleute unvereinbar ist.⁴²⁴ Entscheidend ist, ob dem Schuldner so viel wirtschaftliche Entschließungsfreiheit belassen wird, dass er in der Lage wäre, in einem

⁴²² MünchKommBGB-Armbrüster, § 138 Rn. 73.

⁴²³ Armbrüster, aaO (Fn. 422); vgl. auch BGH, NJW 1956, 337, 337; OLG Frankfurt, NJW 1967, 1043, 1043 f.

⁴²⁴ BGH, NJW 1956, 337, 337.

seinen Verhältnissen angemessenen Rahmen auch andere Gläubiger zu befriedigen.⁴²⁵

Einstandspflichten eines Gesellschafterbürgen für Gesellschaftsverbindlichkeiten können im Verhältnis zum üblichen Umfang des Privatvermögens einer natürlichen Person ohne Weiteres einen Umfang erreichen, der vom Gesellschafterbürgen nicht erfüllt werden kann. Wenn die Geltendmachung von Einstandspflichten für Gesellschaftsverbindlichkeiten zur Zahlungsunfähigkeit des Gesellschafterbürgen führt, sind Bürgschaftsforderungen in der Insolvenz regelmäßig nur einfache Insolvenzforderungen, die zur Tabelle anzumelden sind.⁴²⁶ Diesbezüglich wird der Bürgschaftsgläubiger gegenüber anderen Gläubigern daher nicht *per se* bevorzugt. Je größer die durch Gesellschafterbürgschaft besicherten Gesellschaftsverbindlichkeiten im Vergleich zu den anderen Verbindlichkeiten des Gesellschafterbürgen sind, umso kleiner wird jedoch die Quote der anderen Gläubiger sein, mit der diese am Ende des Insolvenzverfahrens aus der Insolvenzmasse befriedigt werden können. Die Überproportionalität von Gesellschaftsverbindlichkeiten im Vergleich zu privaten Verbindlichkeiten verschiebt die Insolvenzquote daher unsachgemäß zulasten der privaten Gläubiger des Gesellschafterbürgen.

Auch hier gilt aber, dass die Benachteiligung der sonstigen Gläubiger des Bürgen erst nach Beendigung der akzessorischen Gesellschafterhaftung gemäß § 128 HGB und dem Ablauf des Zeitraums der gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung gemäß §§ 128, 160 HGB als unbefähig anzusehen ist.

(4) Machtgefälle zwischen Darlehensgeber und Hauptschuldner

Zusätzlich zu den beiden vorgenannten Umständen, welche die Vereinbarung einer Gesellschafterbürgschaft zu einem objektiv anstößigen Rechtsgeschäft machen, können gerade bei Bürgschaften zugunsten von Kreditinstituten darüber hinaus auch subjektive Aspekte die Annahme einer Sittenwidrigkeit begründen. Zwar ist es aus Sicht eines

⁴²⁵ BGH, aaO (Fn. 424).

⁴²⁶ Vgl. Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, § 91 Rn. 519; Uhlenbrück-Knof, § 43 Rn. 4.

Vertragspartners, der gegenüber dem anderen Vertragspartner in Vorleistung geht, wirtschaftlich vernünftig, von diesem oder einem Dritten Sicherheiten zu verlangen. Dies ist weder moralisch verwerflich noch aus anderen Gründen sittenwidrig. Etwas anderes kann aber gelten, wenn der Sicherungsnehmer eine wirtschaftliche Machtstellung ausnutzt, die er dem Sicherungsgeber gegenüber hat, und sich dadurch eine sehr umfangreiche Sicherung für seine Forderung verschafft.⁴²⁷

Außerhalb von Konzernstrukturen sind die wenigsten Unternehmen vollständig eigenkapitalfinanziert. Die meisten Unternehmen sind im Laufe ihrer Betriebstätigkeit irgendwann auf bestehende oder neue Darlehen angewiesen.⁴²⁸ Seit dem Beginn der Weltwirtschaftskrise im Jahr 2007⁴²⁹, der Eurokrise im Jahr 2009⁴³⁰ und der Anhebung der für Kreditinstitute erforderlichen Mindestausstattung mit Eigenkapital durch Basel III⁴³¹, ist es gerade für den deutschen Mittelstand sehr schwierig, sich zu angemessenen Konditionen mit Darlehen zu

⁴²⁷ BGH, NJW 1956, 337, 337.

⁴²⁸ Im Jahr 2000 lag der Verschuldungsgrad deutscher Unternehmen bei etwa 37%, siehe *Krotter*, https://www.destatis.de/DE/UeberUns/UnsereAufgaben/Gerhard-FuerstPreis/Preistraeger/2003/Krotter.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017); im produzierenden Gewerbe geht der Trend wieder zu einer höheren Eigenkapitalausstattung, vgl. *Gerstenberger*, <https://www.kfw.de/PDF/Download-Center/Konzernthemen/Research/PDF-Dokumente-Fokus-Volkswirtschaft/Fokus-Nr.-109-November-2015-Kapitalmarktstruktur-der-Unternehmen-des-Verarbeitenden-Gewerbes.pdf> (zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017); die börsennotierten Unternehmen nehmen in Deutschland hingegen wieder mehr Schulden auf, vgl. *Bamberg*, <http://www.finance-magazin.de/geld-liquidity/kredite-und-anleihen/deutsche-unternehmen-nehmen-wieder-mehr-schulden-auf-1347059/> (zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017).

⁴²⁹ Vgl. hierzu die Darstellung der *Bundeszentrale für politische Bildung*, Globale Finanz- und Wirtschaftskrise, http://www.bpb.de/wissen/913DGH,0,0,Globale_Finanz_und_Wirtschaftskrise.html (zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017).

⁴³⁰ Vgl. hierzu die Definition der *Bundeszentrale für politische Bildung*, <http://www.bpb.de/nachschatlagen/lexika/176846/eurokrise> (zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017).

⁴³¹ Reformpaket, das sich zusammensetzt aus Verordnung (EU) Nr. 575/2013 sowie der ergänzenden Richtlinie 2013/36/EU (Capital Requirements Directive - CRD IV), die in Deutschland durch das sogenannte CRD-IV-Umsetzungsgesetz vom 28. August 2013 (BGBl. I S. 3395) in nationales Recht umgesetzt wurde.

versorgen.⁴³² Als Darlehensgeber kommt aufgrund der schwierigen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen – wenn überhaupt – häufig nur die Hausbank in Betracht.⁴³³ Angesichts der großen Schwierigkeiten, die gerade der deutsche Mittelstand bei der für den Fortbestand des Unternehmens regelmäßig existenziellen Fremdfinanzierung hat, muss – jedenfalls bei kleinen und mittelgroßen Unternehmen – generell von einem starken Machtgefälle zwischen Kreditinstituten und Darlehensnehmern ausgegangen werden. Die Tatsache, dass überproportionale Sicherheiten gewährt worden sind, kann daher ein Indiz für eine Ausnutzung der Machtposition des Darlehensgebers sein.

(5) Wirtschaftliche Abhängigkeit des Gesellschafterbürgen von der Hauptschuldnergesellschaft

Die Machtstellung des Darlehensgebers gegenüber der Gesellschaft als Darlehensnehmer wirkt auf den Gesellschafterbürgen als Sicherungsgeber fort, wenn der Fortbestand der Gesellschaft sowie insgesamt deren wirtschaftliche Lage für dessen Privatleben eine herausragende Rolle spielt. Zwar verbindet einen Gesellschafter keine originäre emotionale Verbundenheit mit der Gesellschaft. Der Gesellschaft kommt für einen persönlich haftenden Gesellschafter aber eine ähnliche Rolle wie ein Arbeitgeber zu, da dieser im gesetzlichen Regelfall die Geschäfte der Gesellschaft führt und seine Arbeitskraft vollständig oder teilweise in die Gesellschaft einbringt. Zusätzlich wird die Gesellschafter-

432 Vgl. zum Beispiel die Analysen von Becker/Böttger/Ergün/Müller (DStR 2011, 375, 376) und Ernst & Young GmbH *Wirtschaftsprüfungsgesellschaft* (Agenda Mittelstand, Wege zum Wachstum, Finanzierungsverhalten im deutschen Mittelstand, S. 32 <http://docplayer.org/8381914-Studie-finanzierungsstrukturen-im-deutschen-mittelstand-wege-zum-wachstum-volkswirtschaftliche-impulse-durch-innovative-unternehmensfinanzierung.html> (zuletzt abgerufen am 26. Mai 2017)).

433 Die Hausbank ist für Finanzierungsfragen der wichtigste Ansprechpartner für den Mittelstand (vgl. Ernst & Young GmbH *Wirtschaftsprüfungsgesellschaft*, Agenda Mittelstand, Wege zum Wachstum, Finanzierungsverhalten im deutschen Mittelstand, S. 28, <http://docplayer.org/8381914-Studie-finanzierungsstrukturen-im-deutschen-mittelstand-wege-zum-wachstum-volkswirtschaftliche-impulse-durch-innovative-unternehmensfinanzierung.html> (zuletzt abgerufen am 26. Mai 2017)).

stellung häufig ein wichtiger Faktor des Einkommens eines Gesellschafters sein. Das Wohl der Gesellschaft hat daher unmittelbare Auswirkungen auf die persönlichen Lebensumstände und den wirtschaftlichen Lebensstandard des Gesellschafters und kann für diesen oft sogar existentiell sein. Die Angst, durch eine Insolvenz oder andere Abwicklung der Gesellschaft bei einer verwehrten Darlehensgewährung die wirtschaftliche Lebensgrundlage zu verlieren, kann bei solchen Rahmenbedingungen zu einer faktischen Fremdbestimmung des Gesellschafters führen.⁴³⁴

Wenn der Darlehensgeber die Darlehensvergabe davon abhängig macht, dass ein persönlich haftender Gesellschafter zusätzlich zu der akzessorischen Haftung gemäß § 128 HGB Bürgschaften für das angefragte Darlehen abgibt, ist der Druck, dieser Forderung nachzukommen, regelmäßig groß. Die Bürgschaft ist gerade bei kleinen und mittelgroßen Unternehmen ein häufig gewähltes Sicherungsinstrument. Im Jahr 2010 lag in der Bundesrepublik Deutschland der Anteil an kleinen und mittelgroßen Unternehmen, die für den Erhalt einer Finanzierung eine Bürgschaft benötigten, bei ca. 30%.⁴³⁵ Im Baugewerbe und bei Kommunikationsunternehmen lag die Quote sogar bei über 40%.⁴³⁶

(6) Rechtsfolgen für Bürgschaften von persönlich haftenden Gesellschaftern

Die vorgenannten objektiven und subjektiven Faktoren können – gegebenenfalls in einer Gesamtschau – dazu führen, dass eine Gesellschafterbürgschaft sittenwidrig ist soweit deren Laufzeit über den Zeitraum der 5-jährigen gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung hinausgeht. Ein Vertrag, der in einem bestimmten Zeitrahmen zulässig ist, kann für einen darüber hinausgehenden Zeitraum teilnichtig sein (hierzu unter (a)). Bei einer knebelnden Gesellschafterbürgschaft und gleichzeitig vorliegender wirtschaftlicher Abhängigkeit des Gesellschafterbür-

⁴³⁴ Vgl. bzgl. des Arbeitnehmerbürgen BGH, NJW 2004, 261, 262.

⁴³⁵ Statistisches Bundesamt, https://www.destatis.de/DE/Publikationen/STATmagazin/UnternehmenGewerbeInsolvenzen/2011_07/AnteilUnternehmen.html (zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017).

⁴³⁶ Statistisches Bundesamt, aaO (Fn. 435).

gen von der Hauptschuldnergesellschaft besteht eine Vermutung zugunsten des Gesellschafterbürgen, dass er die Fortdauer der Gesellschafterbürgschaft über den Zeitraum der gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung hinaus ohne die wirtschaftliche Abhängigkeit von der Hauptschuldnergesellschaft nicht akzeptiert hätte und diese Abhängigkeit daher vom Bürgschaftsgläubiger in anstößiger Weise ausgenutzt worden ist (hierzu unter **(b)**).

(a) Möglichkeit einer Teilnichtigkeit der Gesellschafterbürgschaft

Wenn die Gesellschafterbürgschaft einen Umfang hat, der einen wesentlichen Teil des Gesellschaftervermögens bindet und keine zeitlichen Einschränkungen der Bürgschaft im Sinne des § 160 HGB vereinbart wurden, kann bei Vorliegen weiterer Umstände eine Vermutung dafür sprechen, dass die Bürgschaft für den Zeitraum nach Ablauf des gesellschaftsrechtlichen Nachhaftungszeitraums teilweise sittenwidrig ist.

Bei einer Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB erstreckt sich die Nichtigkeit in der Regel auf das Rechtsgeschäft im Ganzen.⁴³⁷ In Ausnahmefällen kann das Rechtsgeschäft gemäß § 139 BGB ohne den sittenwidrigen Teil aufrechterhalten werden, wenn dies dem hypothetischen Parteiwillen entspricht.⁴³⁸ Der *Bundesgerichtshof* hat entschieden, dass keine Bedenken dagegen bestehen, langfristige Verträge, die lediglich wegen ihrer zu langen Laufzeit unwirksam sind, in Zeitschnitte derart zu zerlegen, dass diese sich als Teile eines ganzen Vertrages im Sinne des § 139 BGB darstellen, und dieser, bei einem entsprechend bestehenden oder zu vermutenden Parteiwillen, mit einer kürzeren, nicht zu beanstandenden Laufzeit aufrechterhalten bleibt.⁴³⁹ Ein Vertrag kann daher in dem Fall, dass zum Zeitpunkt des Vertragschlusses bereits feststeht, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen sich nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums ändern werden, von Anfang an teilnichtig sein.

⁴³⁷ Vgl. BGH, NJW 1989, 26, 27.

⁴³⁸ Vgl. BGH, NJW 2001, 815, 817; 1972, 1459, 1459.

⁴³⁹ Vgl. BGH, NJW 1972, 1459, 1459 für Bierlieferungsverträge; BGH, NJW 1962, 734, 734 für Mietverträge.

(b) Vermutung der Sittenwidrigkeit einer knebelnden Gesellschafterbürgschaft nach Ablauf der gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung bei wirtschaftlicher Abhängigkeit des Bürgen

Die Sittenwidrigkeit einer Bürgschaft eines persönlich haftenden Gesellschafter ist für den Zeitraum der Gesellschaftszugehörigkeit aufgrund der Vermutung, dass die Bürgschaft aus eigenen wirtschaftlichen Interessen eingegangen wurde, grundsätzlich ausgeschlossen. Das gilt auch für weitere 5 Jahre nach Ausscheiden des Gesellschafter aus der Gesellschaft, da die gesellschaftsrechtliche Nachhaftung Ausdruck des in § 160 HGB niedergelegten gesetzgeberischen Ausgleichs zwischen dem Interesse des Gesellschafter an einer zeitlichen Begrenzung seiner Haftung und dem Interesse des Gläubigers an der Haftung des Gesellschafter für eine bereits begründete Verbindlichkeit ist.

Nach Ablauf des gesetzlichen Nachhaftungszeitraums leben bei Vertragsschluss bereits bestehende zunächst aber aufgrund der bestehenden wirtschaftlichen Interessen des Gesellschafterbürgen nicht durchgreifende Bedenken gegen die Gesellschafterbürgschaft wieder auf. Eine knebelnde Gesellschafterbürgschaft – wenn diese also wesentliche Teile des Vermögens des Gesellschafterbürgen bindet und dadurch die wirtschaftliche Entfaltung des Gesellschafterbürgen in einem Maße beschnitten wird, dass dieser seine Selbständigkeit und wirtschaftliche Entschließungsfreiheit im Ganzen oder zu einem wesentlichen Teil einbüßt – ist ohne sachliche Rechtfertigung unbillig.⁴⁴⁰ Überdies führt diese häufig auch zu einer Gläubigerbenachteiligung.⁴⁴¹ Während es für den Zeitraum der Gesellschaftszugehörigkeit des Gesellschafterbürgen und für den 5-jährigen Nachhaftungszeitraum ein beiderseitiges billigenswertes Interesse der Bürgschaftsparteien für den Abschluss einer für den Gesellschafterbürgen derart belastenden Vereinbarung gibt, gilt dies nicht mehr für den Zeitraum nach Ablauf des gesellschaftsrechtlichen Nachhaftungszeitraums. Sofern ein Gesellschafterbürge, ähnlich einem Arbeitnehmer, wesentliche Teile des Familieneinkommens im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für die und Mitgliedschaft in der Hauptshuldnergesellschaft erzielt, muss vielmehr eine Vermutung dafür eingreifen, dass der Gesellschafterbür-

⁴⁴⁰ Siehe oben unter (2).

⁴⁴¹ Siehe oben unter (3).

ge das Fortdauern der Gesellschafterbürgschaft über den Zeitraum des gesellschaftsrechtlichen Nachhaftungszeitraums hinaus lediglich im Hinblick auf seine wirtschaftliche Abhängigkeit von der Hauptschuldnergesellschaft akzeptiert hat. Für diesen Zeitraum hat er selbst kein eigenes wirtschaftliches Interesse mehr an der Aufrechterhaltung der Gesellschafterbürgschaft.

Die Interessen der Hauptschuldnergesellschaft und des Bürgschaftsgläubigers sind durch den 5-jährigen Übergangszeitraum nach Ausscheiden des Gesellschafter aus der Gesellschaft hinreichend gewahrt. Dieser Zeitraum gibt der Hauptschuldnergesellschaft und dem Bürgschaftsgläubiger genug Zeit, die Finanzierung und die Sicherheitslage gegebenenfalls vor einer Befreiung des Gesellschafterbürgen von seinen Einstandspflichten umzustrukturen und der neuen Situation anzupassen.

Eine Teilnichtigkeit des Bürgschaftsvertrages und die damit einhergehende Befreiung des Gesellschafterbürgen von bereits entstandenen Einstandspflichten für den Zeitraum nach Ablauf des 5-jährigen gesellschaftsrechtlichen Nachhaftungszeitraums entspricht auch dem hypothetischen Willen der Bürgschaftsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Der Gesellschafterbürge hat während seiner Gesellschaftszugehörigkeit indirekt von dem gesicherten Vertragsverhältnis der Hauptschuldnergesellschaft profitiert. Der gesellschaftsrechtliche Nachhaftungszeitraum dient der Wahrung der berechtigten Sicherungsinteressen des Bürgschaftsgläubigers. Sofern keine vom Bürgschaftsgläubiger zu beweisende Sondersituation vorliegt, die das Aufrechterhalten einer knebelnden Gesellschafterbürgschaft eines wirtschaftlich von der Hauptschuldnergesellschaft abhängigen Gesellschafter für den Zeitraum nach Ablauf des 5-jährigen gesellschaftsrechtlichen Nachhaftungszeitraums rechtfertigt, ist die Gesellschafterbürgschaft diesbezüglich teilnichtig gemäß § 138 Abs. 1 BGB.

dd) Übertragbarkeit der Vermutung der Sittenwidrigkeit einer knebelnden Gesellschafterbürgschaft auf andere Bürgschaftskonstellationen

Die Vermutung, dass ein persönlich haftender Gesellschafter, der sich zeitlich unbegrenzt für Verbindlichkeiten der Gesellschaft verbürgt

und der ähnlich einem Arbeitnehmer wesentliche Teile des Familien-einkommens im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für die und Mitgliedschaft in der Gesellschaft erzielt, das Fortdauern der Gesellschaf-terbürgschaft über den Zeitraum des gesellschaftsrechtlichen Nachhaf-tungszeitraums hinaus lediglich im Hinblick auf eine wirtschaftliche Abhängigkeit von der Gesellschaft akzeptiert hat, ist auch auf andere Bürgschaftskonstellationen übertragbar. Diese gilt unter bestimmten Voraussetzungen auch für Bürgschaften von Gesellschaftern oder Ge-schäftsführern einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (hierzu unter (1)) und für Ehegatten von Gesellschafterbürgen oder Ge-schäftsführern, die sich für Gesellschaftsverbindlichkeiten verbürgen (hierzu unter (2)).

(1) Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und sonstige Organwalter

Kreditinstitute verlangen als Sicherheit für die Darlehensvergabe an Gesellschaften mit beschränkter Haftung häufig eine Bürgschaft von Gesellschaftern und/oder Geschäftsführern. Das liegt insbesondere daran, dass Kreditinstitute unabhängig von der Gesellschaftsform der Hauptschuldnergesellschaft regelmäßig sicherstellen möchten, dass die geschäftsführenden Personen aufgrund von persönlichen Einstands-pflichten unmittelbar an dem Fortbestand der Gesellschaft interessiert sind.

Ebenso wie bei der Bürgschaft eines persönlich haftenden Gesell-schafters gilt auch bei der Bürgschaftsbestellung durch Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder durch Geschäftsfüh-rer von Personen- oder Kapitalgesellschaften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, dass die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft das übliche Privatvermögen regelmäßig übersteigen und eine Bürgschaft die wirt-schaftliche Entfaltung dadurch in einem Maße beschränkt, die zur Einbuße der Selbständigkeit und wirtschaftlichen Entschließungsfrei-heit im Ganzen oder zu einem wesentlichen Teil führt. Es kann daher eine knebelnde Vereinbarung vorliegen, die ohne sachliche Rechtferti-gung unbillig ist.⁴⁴² Die Angst vor dem Verlust der wirtschaftlichen

⁴⁴² Siehe oben unter cc)(2).

Lebensgrundlage kann zu einer faktischen Fremdbestimmung des Bürgen führen.

Ebenso wie bei der Bürgschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters gilt auch bei der Bürgschaftsbestellung durch Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder durch Geschäftsführer von Personen- oder Kapitalgesellschaften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft – jedenfalls für den Zeitraum ihrer Gesellschaftszugehörigkeit beziehungsweise Amtszeit – die Vermutung, dass diese bei der Bürgschaftsbestellung aufgrund eigener wirtschaftlicher Interessen gehandelt haben.⁴⁴³

Auch hier fragt sich aber, ob dies bei knebelnden Bürgschaften nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder nach der Abberufung eines Geschäftsführers uneingeschränkt fortgelten kann. Im Kern ist die Interessenlage der Bürgschaftsparteien in diesem Fall vergleichbar mit der bei Bürgschaften von persönlich haftenden Gesellschaftern: Während der Gesellschaftszugehörigkeit haben Gesellschafter von Gesellschaften mit beschränkter Haftung – ebenso wie Geschäftsführer während ihrer Amtszeit – von den mit der Gesellschafterstellung beziehungsweise Organstellung verbundenen wirtschaftlichen Chancen profitiert, so dass es interessengerecht ist, wenn sie im Gegenzug auch die Risiken eines unternehmerischen Misserfolgs tragen. Nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, beziehungsweise mit Abberufung aus der Geschäftsführung, endet die Teilhabe des Gesellschafters/Geschäftsführers am Gesellschaftserfolg.

Es kann jedoch keine sofortige Befreiung des Bürgen von seinen Einstandspflichten erfolgen. Zum Schutz des Bürgschaftsgläubigers muss eine Übergangsfrist gewährt werden, die der Gesellschaft und den Gesellschaftsgläubigern ausreichend Zeit gibt, um die Finanzstruktur der Gesellschaft auf die neue Sicherheitssituation einzustellen. Für die Bemessung der Übergangsfrist ist eine Orientierung an der 5-Jahresfrist des § 160 HGB sachgerecht. § 160 HGB enthält einen verallgemeinerungsfähigen Ausgleich zwischen dem Interesse eines persönlich einstandspflichtigen Schuldners an einer zeitlichen Begrenzung seiner Verpflichtungen und dem Sicherungsinteresse eines Ge-

⁴⁴³ Vgl. MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 29 mwN.

sellschaftsgläubigers. Sofern keine vom Bürgschaftsgläubiger zu beweisende Sondersituation vorliegt, die das Aufrechterhalten einer knebelnden Bürgschaft eines wirtschaftlich von der Hauptschuldnergesellschaft abhängigen Bürgen für den Zeitraum nach Ablauf der 5-jährigen Übergangsfrist rechtfertigt, ist die Bürgschaft entsprechend der für Gesellschafterbürgschaften dargestellten Grundsätze teilnichtig gemäß § 138 Abs. 1 BGB.

(2) Ehegattenbürgschaften

Bei Bürgschaften von Privatpersonen für Gesellschaftsverbindlichkeiten besteht für Kreditinstitute die Gefahr, dass die gewünschte persönliche Einstandspflicht dadurch entwertet wird, dass wesentliche Vermögensgegenstände auf den Ehepartner übertragen werden. Um das zu verhindern werden häufig Doppelbürgschaften sowohl von Gesellschaftern/Geschäftsführern als auch deren Ehepartnern gefordert. In diesem Fall besteht ebenfalls die vorstehend geschilderte Interessenlage.

Für Ehegattenbürgschaften gilt daher, dass diese entweder vollständig nichtig sein können nach den Grundsätzen über die Sittenwidrigkeit von Bürgschaften wegen krasser finanzieller Überforderung des Bürgen oder teilnichtig nach Ablauf der 5-jährigen gesellschaftsrechtlichen Nachhaftungsfrist beziehungsweise des 5-jährigen Übergangszeitraums gemäß § 138 Abs. 1 BGB. Wenn der Gesellschafter beziehungsweise Geschäftsführer, dessen Bürgschaft Anlass für die Ehegattenbürgschaft war, wirtschaftlich von der Hauptschuldnergesellschaft abhängig gewesen ist, wirkt dies auf den Ehegattenbürgen fort. Auch hier gilt daher die Vermutung, dass der Bürgschaftsgläubiger diese Abhängigkeit in anstößiger Weise ausgenutzt hat.

c) Verwirkung

Die Verwirkung einer Forderung gibt dem Schuldner eine Einwendung gegen die Inanspruchnahme durch den Gläubiger gemäß

§ 242 BGB.⁴⁴⁴ Sie setzt erstens voraus, dass seit dem Zeitpunkt, in dem ein Recht erstmalig hätte ausgeübt werden können, eine gewisse Zeitspanne verstrichen ist, in welcher der Gläubiger untätig geblieben ist.⁴⁴⁵ Zweitens muss ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden sein, nach dem der Schuldner nicht mehr mit der Geltendmachung des Rechts rechnen musste.⁴⁴⁶

Grundsätzlich kann auch eine Bürgschaftsforderung verwirkt sein.⁴⁴⁷ Dies ist jedoch nur in Ausnahmefällen anzunehmen.⁴⁴⁸ Bei einer (ungekündigten) Bürgschaft für ein Kontokorrentdarlehen hat beispielsweise das *Oberlandesgericht Frankfurt*⁴⁴⁹ angenommen, dass die Bürgschaftsforderung des Bürgschaftsgläubigers nach 40 Jahren verwirkt ist, wenn dieser den Bürgen nicht zwischenzeitlich kontaktiert und über den Bestand der Hauptschuld unterrichtet. Für den entschiedenen Fall galt allerdings die Besonderheit, dass zwischen der Abgabe der Bürgschaft und der Inanspruchnahme durch den Bürgschaftsgläubiger die Neuordnung der deutschen Wirtschaft nach dem Zweiten Weltkrieg vollzogen wurde.

Auch bei einer gekündigten Kontokorrentbürgschaft für debitorisch geführte Konten des Hauptschuldners kann die Situation eintreten, dass auch Jahrzehnte nach der Kündigung der Bürgschaft noch Einstandspflichten des Bürgen bestehen, die in Ermangelung einer vollständigen Tilgung der Kontokorrentverbindlichkeiten des Hauptschuldners nie erloschen sind. In einem solchen Fall können die Voraussetzungen einer Verwirkung vorliegen. Der zwischen Kündigung der Kontokorrentbürgschaft und Inanspruchnahme durch den Bürgschaftsgläubiger verstrichene Zeitraum wird jedoch viele Jahre umfassen müssen, da es einer Bürgschaft für Forderungen aus laufenden Geschäftsbeziehungen immanent ist, dass der Bürgschaftsfall unter Umständen erst weit nach dem ursprünglichen Vertragsschluss eintritt. Der Bürge muss allerdings nicht damit rechnen, aus einem Bürg-

⁴⁴⁴ Palandt-Grüneberg, § 242 Rn. 41 und 96.

⁴⁴⁵ Vgl. dazu Palandt-Grüneberg, § 242 Rn. 93 f.

⁴⁴⁶ Palandt-Grüneberg, § 242 Rn. 95 mwN.

⁴⁴⁷ Vgl. Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, § 91 Rn. 395.

⁴⁴⁸ MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 82 b; beispielsweise die mutwillige Herbeiführung des wirtschaftlichen Zusammenbruchs des Hauptschuldners durch den Bürgschaftsgläubiger, vgl. BGH, WM 1984, 586, 586.

⁴⁴⁹ OLG Frankfurt, MDR 1978, 52, 52 f.

schaftsversprechen, von dem er sich durch Kündigung losgesagt hat, noch nach Jahrzehnten in Anspruch genommen zu werden. Nach so langer Zeit ist das Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers nicht mehr schützenswert, da eine dauerhafte Vergabe neuer Darlehen an den Hauptschuldner, in einer Weise dass niemals eine Verringerung der Bürgschaftsschuld eintritt, einen bewussten Erhalt der Bürgschaft vermuten lässt. Bei einer derart langfristigen Ausschöpfung einer Kreditlinie ohne zwischenzeitliche Tilgung ist von dem Bürgschaftsgläubiger zu verlangen, dass er den Bürgen in regelmäßigen Abständen über den Status der Hauptschuld unterrichtet. Dies ermöglicht ihm dann gegebenenfalls eine Einwirkung auf den Hauptschuldner, um diesen zur Tilgung der Darlehen zu bewegen oder auf den Bürgschaftsgläubiger, um eine endgültige Befreiung von Einstandspflichten zu erwirken.

2. Befreiung von Bürgschaftsverpflichtungen im Zusammenhang mit der Schaffung von § 314 BGB im Rahmen der Schuldrechtsreform

Zu überprüfen bleibt, ob die Normierung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung in § 314 BGB im Rahmen der Schuldrechtsreform einen Interpretationsspielraum für die Annahme eröffnet, dass nicht nur das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die außerordentliche Kündigung im Wege einer Interessenabwägung zu ermitteln ist, sondern auch die Rechtsfolge einer solchen. Das könnte in besonderen Konstellationen die Möglichkeit eröffnen, zu einer zeitlichen Befristung für bereits entstandene Einstandspflichten des Bürgen zu kommen.

In § 314 Abs. 1 BGB heißt es:

„Dauerschuldverhältnisse kann jeder Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.“

§ 314 Abs. 1 S. 2 BGB enthält eine Legaldefinition des wichtigen Grundes, der gemäß § 314 Abs. 1 S. 1 BGB die Voraussetzung der außeror-

dentlichen Kündigung ist.⁴⁵⁰ Die regelmäßige Folge der Kündigung, die Beendigung des Dauerschuldverhältnisses *ex nunc*, wird durch § 314 BGB nicht geregelt. § 314 BGB bezieht sich nur auf Dauerschuldverhältnisse, so dass die Norm keine Beendigungsmöglichkeit hinsichtlich der bereits aus dem Dauerschuldverhältnis entsprungenen vorübergehenden Schuldverhältnisse eröffnet. Letzteres wäre aber erforderlich, um eine Befreiung des Bürgen von Einstandspflichten zu ermöglichen.

Die Kodifizierung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung in § 314 BGB eröffnet daher keine Ansatzpunkte für eine Neuinterpretation der Kündigungswirkungen.

D. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

In einem Kontokorrentverhältnis findet zu jedem periodischen Rechnungsabschluss eine kontokorrentrechtliche Verrechnung der Kontokorrentforderungen statt, die Tilgungswirkung hat und zu der Bildung einer kausalen Saldoforderung führt, die sich aus den nicht (vollständig) getilgten Kontokorrentforderungen des Saldogläubigers zusammensetzt.⁴⁵¹ Die Tilgungsreihenfolge für die kontokorrentrechtliche Verrechnung bestimmt sich nach den §§ 396 Abs. 1, 366 Abs. 2 BGB.⁴⁵² Die Tilgung erfolgt demnach zunächst nach einer getroffenen Parteivereinbarung, beziehungsweise, bei deren Fehlen, nach einer Bestimmung der Tilgungsreihenfolge durch den Schuldner. Ohne eine solche Regelung ist die Tilgungsreihenfolge des § 366 Abs. 2 BGB maßgeblich. Demnach wird zunächst die Schuld getilgt, welche dem Saldogläubiger die geringste Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig. Das im Anschluss an die kontokorrentrechtliche Verrechnung abzugebende abstrakte Saldoanerkenntnis des Saldoschuld-

⁴⁵⁰ Vgl. MünchKommBGB-Gaier, § 314 Rn. 2.

⁴⁵¹ Siehe oben unter A.I.2.

⁴⁵² Siehe oben unter A.II.2.

ners hat keine novierende Wirkung, sondern begründet eine abstrakte Saldoforderung, die neben der kausalen Saldoforderung besteht.⁴⁵³

In Bezug auf Bürgschaften innerhalb von Kontokorrentverhältnissen muss zwischen Bürgschaften für einzelne Forderungen, die von der Kontokorrentabrede erfasst sind („Kontokorrentforderungsbürgschaft“) und der Bürgschaft für den Rechnungsabschlusssaldo der jeweiligen Kontokorrentperiode („Kontokorrentsaldobürgschaft“) unterschieden werden.

Eine Kontokorrentsaldobürgschaft sichert immer den jeweils aktuellen Rechnungsabschlussaldo eines Kontokorrentdarlehens. Nach einer Kündigung besteht die Kontokorrentsaldobürgschaft nicht als Höchstbetragsbürgschaft für zukünftige Saldoforderungen fort; in zukünftigen Kontokorrentperioden bleiben lediglich die zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung von den Einstandspflichten des Bürgen umfassten Kontokorrenteinzelforderungen durch Kontokorrentforderungsbürgschaften besichert.⁴⁵⁴ Das bedeutet, dass die nach der Kündigung fortbestehende Einstandspflicht des Bürgen die kausale oder abstrakte Kontokorrentsaldoforderung der letzten Kontokorrentperiode umfasst, die in die neue Kontokorrentperiode vorgenommen wurde, sowie die zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung bereits entstandenen Kontokorrenteinzelverbindlichkeiten des Hauptschuldners.⁴⁵⁵ Letztere sind nur insoweit von der Einstandspflicht des Bürgen umfasst, als ihnen zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung keine Kontokorrenteinzelforderungen des Hauptschuldners gegen den Bürgschaftsgläubiger gegenüberstanden.⁴⁵⁶ Auf den Zeitpunkt der Begründung der Kontokorrentforderungen des Bürgschaftsgläubigers kommt es nicht an. Bei mehreren sich gegenüberstehenden Kontokorrentverbindlichkeiten bemisst sich der Umfang der jeweiligen Besicherung der Kontokorrenteinzelverbindlichkeiten des Hauptschuldners nach § 366 Abs. 2 BGB.

Eine Kündigung der Kontokorrentforderungsbürgschaft hat keine unmittelbare Wirkung auf den Umfang der Einstandspflichten des Bürgen, sofern diese sich auf Kontokorrentforderungen beziehen, die

⁴⁵³ Siehe oben unter A.III.2.

⁴⁵⁴ Siehe oben unter C.I.1.b)cc)(3).

⁴⁵⁵ Siehe oben unter C.I.1.b)cc)(1).

⁴⁵⁶ Siehe oben unter C.I.1.b)cc)(2).

bereits entstanden sind.⁴⁵⁷ Sowohl die gekündigte Kontokorrentsaldo-bürgschaft als auch eine originäre Kontokorrentforderungsbürgschaft sichern auch nach dem periodischen Rechnungsabschluss weiterhin die ursprünglich gesicherte Hauptforderung.⁴⁵⁸ Der Rechnungsabschluss führt nicht dazu, dass die Kontokorrentforderungsbürgschaft gemäß § 356 HGB anstatt der ursprünglichen gesicherten Hauptforderung den Kontokorrentsaldo in Höhe der ursprünglich gesicherten Forderung besichert.⁴⁵⁹ Eine Rückführung der Bürgschaftsverpflichtungen des Bürgen erfolgt nur insoweit, wie die gesicherten Hauptforderungen im Rahmen des Rechnungsabschlusses am Ende einer Kontokorrentperiode getilgt werden. Bei Anwendung der Tilgungsreihenfolge gemäß § 366 Abs. 2 BGB kommt es faktisch erst zu einer vollständigen Befreiung des Bürgen, wenn das Kontokorrentverhältnis ausgeglichen wird oder ein Guthaben zugunsten des Hauptschuldners aufweist.⁴⁶⁰ Insbesondere Bürgschaften für Kontokorrentverbindlichkeiten von Unternehmen, die Kreditlinien umfassen und dauerhaft debitorisch geführt werden, führen zu einer potentiell „ewigen Einstandspflicht“ des Bürgen, von der dieser sich durch eine Kündigung allein selbst nicht befreien kann.

Für ausgeschiedene Gesellschafter, die sich für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft verbürgt haben, ist eine potentiell „ewige Einstandspflicht“ jedoch – bei Vorliegen bestimmter Rahmenbedingungen – nicht hinnehmbar. Nach Ablauf einer 5-jährigen Frist ab dem Austrittszeitpunkt erfolgt eine automatische Befreiung des Bürgen auch von bereits entstandenen Einstandspflichten. Der Grund hierfür ist, dass Gesellschafterbürgschaften häufig zu einer sogenannten „Knebelung“ des Bürgen führen, da die durch Gesellschafterbürgschaft gesicherten Verbindlichkeiten wesentliche Teile des privaten Vermögens des Bürgen binden und dadurch dessen wirtschaftliche Entfaltung in einem Maße beschnitten wird, die zur Einbuße seiner Selbständigkeit und wirtschaftlichen Entschließungsfreiheit führt. Dies ist ohne sachliche Rechtfertigung unbillig. Für den Zeitraum der Gesellschaftszugehörigkeit ist die Sittenwidrigkeit aufgrund der Vermutung, dass der

⁴⁵⁷ Siehe oben unter **B.II.2.b)** und **C.I.2.b).**

⁴⁵⁸ Siehe oben unter **B.II.1.b), B.II.2.b)** und **C.I.1.b).**

⁴⁵⁹ Siehe oben unter **B.II.2.b).**

⁴⁶⁰ Siehe oben unter **C.II.1. und C.II. 2.b).**

Bürge die Bürgschaft aus eigenen wirtschaftlichen Interessen eingegangen ist, grundsätzlich ausgeschlossen. Das gilt auch für weitere fünf Jahre nach Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft. Die gesellschaftsrechtliche Nachhaftung ist Ausdruck des in § 160 HGB niedergelegten gesetzgeberischen Ausgleichs zwischen dem Interesse des Gesellschafters an einer zeitlichen Begrenzung seiner Haftung und dem Interesse des Gläubigers an der Haftung des Gesellschafters für eine bereits begründete Verbindlichkeit. Diese Wertung ist auf Gesellschafterbürgschaften übertragbar. Nach Ablauf des gesetzlichen Nachhaftungszeitraums leben bei Vertragsschluss bereits bestehende Bedenken gegen die Gesellschafterbürgschaft jedoch wieder auf. In einer Gesamtschau können diese Faktoren zur (teilweisen) Sittenwidrigkeit einer Gesellschafterbürgschaft führen. Sofern ein Gesellschafterbürge, ähnlich einem Arbeitnehmer, wesentliche Teile des Familieneinkommens im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für die und Mitgliedschaft in der Hauptschuldnergesellschaft erzielt, besteht eine Vermutung dafür, dass der Gesellschafterbürge die Fortdauer der Gesellschafterbürgschaft über den Zeitraum der gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung hinaus ohne die wirtschaftliche Abhängigkeit von der Gesellschaft nicht akzeptiert hätte und diese Abhängigkeit daher vom Bürgschaftsgläubiger in anstößiger Weise ausgenutzt worden ist. Sofern keine vom Bürgschaftsgläubiger zu beweisende Sondersituation vorliegt, die das Aufrechterhalten einer knebelnden Gesellschafterbürgschaft eines wirtschaftlich von der Hauptschuldnergesellschaft abhängigen Gesellschafters für den Zeitraum nach Ablauf des 5-jährigen gesellschaftsrechtlichen Nachhaftungszeitraums rechtfertigt, ist die Gesellschafterbürgschaft mit Ablauf der 5-Jahresfrist teilnichtig gemäß § 138 Abs. 1 BGB.⁴⁶¹

Diese Grundsätze gelten unter bestimmten Voraussetzungen auch für Bürgschaften von Gesellschaftern oder Geschäftsführern einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie für Ehegatten von Gesellschaftern oder Geschäftsführern, die sich für Gesellschaftsverbindlichkeiten verbürgen.⁴⁶²

⁴⁶¹ Siehe oben unter C.III.1.b)cc)(6)(b).

⁴⁶² Siehe oben unter C.III.1.b)dd)(2).

Kapitel 3 Rücktritt, Widerruf und Störung der Geschäftsgrundlage

In **Kapitel 1** und **Kapitel 2** wurde gezeigt, dass – wenn die Bürgschaftsparteien keinen einvernehmlichen Aufhebungsvertrag abschließen möchten – die Kündigung in der Regel das probate Instrument zur einseitigen Beendigung einer Bürgschaft ist.

Unter bestimmten Umständen kommt aber auch eine Beendigung des Bürgschaftsverhältnisses durch Rücktritt gemäß §§ 346, 323 ff. BGB (hierzu unter A.) oder Widerruf gemäß §§ 355, 312 BGB (hierzu unter B.) sowie über das Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB (hierzu unter C.) in Betracht. Im Anschluss an die Darstellung der vorgenannten Beendigungsinstrumente folgt eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse (hierzu unter D.).

A. Rücktritt

Es handelt sich bei Bürgschaftsverhältnissen regelmäßig um Dauerschuldverhältnisse, die vom Bürgen daher in der Regel nur über eine Kündigung oder einen Aufhebungsvertrag, nicht aber über Rücktrittsrechte beendet werden können.⁴⁶³

Etwas anderes kann nur in spezifischen Sonderkonstellationen gelten. Die Möglichkeit eines Rücktritts ist dem Bürgen jedenfalls prinzipiell eröffnet, wenn die Bürgschaftsparteien ein vertragliches Rücktrittsrecht vereinbart haben (hierzu unter I.), der Hauptschuldner bereits vor Vollzug des gesicherten Schuldverhältnisses aufgrund einer Pflichtverletzung des Bürgschaftsgläubigers zur außerordentlichen Kündigung oder zum Rücktritt in Bezug auf das gesicherte Schuldver-

⁴⁶³ RG, JW 1932, 584.

hältnis berechtigt ist (hierzu unter II.) oder der Bürgschaftsvertrag Leistungspflichten des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Bürgen selbst enthält, die der Bürgschaftsgläubiger nicht ordnungsgemäß erfüllt hat (hierzu unter III.).

I. Vertragliches Rücktrittsrecht

Wie in jedem Schuldverhältnis können die Bürgschaftsparteien im Rahmen der Privatautonomie ein vertragliches Rücktrittsrecht vereinbaren. Die grundsätzliche Einschränkung des Anwendungsbereichs von Rücktrittsrechten im Hinblick auf Dauerschuldverhältnisse ist nicht zwingend und soll lediglich dem Umstand Rechnung tragen, dass eine Beendigung der Vertragsbeziehung *ex nunc* der Interessenlage in Dauerschuldverhältnissen in aller Regel besser entspricht als eine Rückabwicklung aller in der Vergangenheit erbrachten Leistungen.⁴⁶⁴ Wenn die Parteien eines Dauerschuldverhältnisses aber für sich zu dem Ergebnis kommen, dass diese allgemeine Interessenlage in ihrem spezifischen Fall nicht vorliegt, so können sie dies ohne Weiteres vertraglich im Bürgschaftsvertrag abbilden. In diesem Fall richten sich die Rücktrittsvoraussetzungen nach der vertraglichen Regelung oder nach allgemeinem Schuldrecht, soweit der Vertrag auf dieses verweist oder Regelungslücken aufweist.

II. Rücktrittsrecht des Hauptschuldners vor Vollzug des gesicherten Schuldverhältnisses

In einer klassischen Bürgschaftskonstellation, in der ein Bürgschaftsvertrag zwischen dem Bürgen und dem Bürgschaftsgläubiger zur Sicherung eines Schuldverhältnisses zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgschaftsgläubiger abgeschlossen wurde, besteht – ohne eine entsprechende vertragliche Vereinbarung – regelmäßig kein Rücktrittsrecht des Bürgen. Etwas anderes kann aber gelten, wenn vor Vollzug des gesicherten Schuldverhältnisses zwischen dem Hauptschuld-

⁴⁶⁴ Vgl. Palandt-Grüneberg, § 314 Rn. 12.

ner und dem Bürgschaftsgläubiger wegen einer Pflichtverletzung des Bürgschaftsgläubigers bereits die Voraussetzungen eines Rücktritts- oder außerordentlichen Kündigungsrechts des Hauptschuldners vorliegen, die auf eine Unzuverlässigkeit oder Unredlichkeit des Bürgschaftsgläubigers hindeuten. Sofern der Bürge von diesem Rücktritts- oder außerordentlichen Kündigungsrecht des Hauptschuldners Kenntnis erlangt, muss der Bürge entsprechend dem Rechtsgedanken des § 768 Abs. 1 BGB, wonach der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann, berechtigt sein, selbst vom Bürgschaftsvertrag zurückzutreten, da ihm nicht zugemutet werden kann abzuwarten, ob der Hauptschuldner sein bestehendes Rücktritts- oder außerordentliches Kündigungsrecht geltend macht und damit das Bürgschaftsverhältnis im Wege der Akzessorietät zum Erlöschen bringt.

In Bürgschaftskonstellationen besteht eine spezifische Interessenslage, die es erforderlich macht, für die Bestimmung der Voraussetzungen etwaiger Rücktrittsrechte des Bürgen nicht nur auf das Vorliegen einer Leistungsstörung im Bürgschaftsverhältnis selbst abzustellen, sondern auch auf Leistungsstörungen im gesicherten Schuldverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgschaftsgläubiger. Zwar ist grundsätzlich streng zwischen dem Bürgschaftsverhältnis und dem gesicherten Schuldverhältnis zu unterscheiden und eine Überschneidung beziehungsweise eine Doppelbedeutung von Sachverhalten lediglich in den Fällen zuzulassen, die gesetzlich geregelt sind. Wenn aber schwerwiegende Vertragsverstöße des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Hauptschuldner vorliegen, betrifft dies indirekt auch den Bürgen, der mit seinem Vermögen für die Erfüllung von Verbindlichkeiten in dem gesicherten Schuldverhältnis einstehen soll. Auch wenn der Vertragspartnerwahlfreiheit in Bezug auf Bürgschaftsverträge eine größere Bedeutung im Verhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen und in dem Verhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgschaftsgläubiger zukommt, spielt das Vertrauen in den Vertragspartner auch im Bürgschaftsverhältnis selbst eine wesentliche Rolle. In einem Fall, in dem der Bürge bereits vor Leistungserbringung des Bürgschaftsgläubigers an den Hauptschuldner Zweifel an der Zuverlässigkeit oder Redlichkeit des Bürgschaftsgläubigers haben muss, ist ihm ein Festhalten am Bürgschaftsvertrag nicht zumutbar. Dies

folgt insbesondere auch daraus, dass in Fällen, in denen das gesicherte Schuldverhältnis konfliktbehaftet ist, das Risiko einer Inanspruchnahme durch den Bürgschaftsgläubiger für den Bürgen deutlich erhöht ist. In konfliktbehafteten Vertragsverhältnissen kommt es häufig zu Zahlungseinbehalten oder Aufrechnungserklärungen im Hinblick auf behauptete Schadensersatzansprüche. Aus solchem Verhalten entstehen streitige Zahlungsansprüche, die jedenfalls bei einem Ausschluss der Einrede der Vorausklage bei einer Erfüllungsweigerung des Hauptschuldners gegen den Bürgen geltend gemacht werden könnten.

Wenn ein Vertragsverhältnis sich bereits vor Vollzug als konfliktträchtig herausstellt, weil der Bürgschaftsgläubiger unzuverlässig oder unrechtlos ist, führt dies zu einer Erhöhung des Bürgschaftsrisikos, die der Bürgen nicht hinnehmen muss. Dem Bürgen würde ansonsten zugesummt, sehenden Auges den Eintritt von Streitigkeiten zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgschaftsgläubiger abzuwarten, die bei Zahlungsverweigerung des Hauptschuldners – berechtigt oder unberechtigt – zu einer Inanspruchnahme des Bürgen führen wird. Die Erhöhung des Bürgschaftsrisikos vor Vollzug des zugrundeliegenden gesicherten Schuldverhältnisses ist in anderem Zusammenhang auch in der Rechtsprechung bereits als Beendigungsgrund für Bürgschaftsverträge anerkannt worden.⁴⁶⁵

In einer Situation, in der die Leistungserbringung von dem Bürgschaftsgläubiger an den Hauptschuldner noch nicht erfolgt ist, steht dem Beendigungsinteresse des Bürgen auch kein überwiegendes Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers entgegen, da dieser seine Leistung gegenüber dem Hauptschuldner noch nicht erbracht hat und er seine Verpflichtung zur Leistungserbringung aufgrund der veränderten Sicherheitenlage regelmäßig verweigern oder gegebenenfalls den zugrundeliegenden Vertrag mit dem Hauptschuldner beenden kann. Ein möglicher entgangener Gewinn aus dem Schuldverhältnis mit dem Hauptschuldner wird vom Bürgschaftsgläubiger, angesichts der dem Rücktritt zugrunde liegenden Leistungsstörung im Verhältnis

⁴⁶⁵ Vgl. BGH, WM 1959, 1072, 1074 f. In dem dort entschiedenen Fall wurde dem Bürgen das Recht eingeräumt, die Bürgschaft vor der Kreditgewährung an den Hauptschuldner zu widerrufen, wenn in dessen Vermögensverhältnissen eine wesentliche Verschlechterung eintritt, die den Rückgriffsanspruch des Bürgen gefährdet.

zwischen ihm und dem Hauptschuldner, jedenfalls gegenüber dem zurücktretenden Bürgen hinzunehmen sein.

Um sich für den Fall eines Rücktritts des Bürgschaftsgläubigers vom Vertrag wegen des Wegfalls von Sicherheiten vor Schadensersatzansprüchen des Bürgschaftsgläubigers zu schützen, wäre es für den Hauptschuldner grundsätzlich empfehlenswert, sein außerordentliches Kündigungs- oder Rücktrittsrecht aufgrund der Pflichtverletzungen des Bürgschaftsgläubigers selbst rechtzeitig auszuüben.

III. Verletzung von Leistungspflichten des Bürgschaftsgläubigers

Eine weitere Ausnahmesituation, in der ein Rücktrittsrecht des Bürgen bestehen kann, liegt nach Ansicht von *Horn*⁴⁶⁶ vor, wenn Bürgschaftsverträge als echte gegenseitige Verträge ausgestaltet sind. Letzteres setze – anders als im Widerrufsrecht – voraus, dass der Bürgschaftsgläubiger im Gegenzug für die Bürgschaftsbestellung verpflichtet sein müsse, ein oder mehrere Gegenleistungen an den Bürgen selbst zu erbringen. Wenn der Bürge die Bürgschaft nicht ausschließlich aus Verbundenheit zum Hauptschuldner, sondern jedenfalls auch im Hinblick auf den Erhalt einer Gegenleistung des Bürgschaftsgläubigers erbringt, soll dies im Falle einer Leistungsstörung auf Seiten des Bürgschaftsgläubigers und bei Vorliegen der weiteren Rücktrittsvoraussetzungen ein Rücktrittsrecht des Bürgen begründen können.

Diesem Ansatz ist zu folgen, da in dem beschriebenen Fall eine besondere Interessenlage des Bürgen vorliegt, die eine Rückabwicklung des gesamten Vertragsverhältnisses und nicht lediglich eine Kündigung *ex nunc* gebietet.

Die ausnahmsweise Zulässigkeit von Rücktrittsrechten auch in Bezug auf bereits in Vollzug gesetzte Dauerschuldverhältnisse ist durch die Rechtsprechung bereits anerkannt worden, wenn eine vollständige Rückabwicklung unschwer möglich und nach der Interessenlage der Beteiligten sachgerecht ist.⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ Vgl. Staudinger-Horn, § 765 Rn. 271.

⁴⁶⁷ BGH, NJW 2002, 1870, 1870.

So liegt der Fall bei einem Bürgschaftsvertrag mit echten gegenseitigen Leistungspflichten. Die Vereinbarung von gegenseitigen Leistungspflichten im Rahmen eines Bürgschaftsvertrags ist Ausdruck davon, dass der Bürge nicht allein aufgrund seiner Beziehung zum Hauptschuldner bereit war, als Bürge für dessen Verbindlichkeiten gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger einzustehen, sondern dass es ihm auch auf die Gegenleistung des Bürgschaftsgläubigers an ihn selbst ankam. Wenn diese Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbracht wurde, liegt ein ihm wichtiger Grund für die Bestellung der Bürgschaft nicht vor. Da eine wertmäßige Bezifferung des Interesses des Bürgen an der Gegenleistung des Bürgschaftsgläubigers an ihn selbst im Vergleich zur persönlichen Verbundenheit zum Hauptschuldner regelmäßig nicht möglich sein wird, kommt eine betragsmäßige oder zeitliche Beschränkung der Bürgschaft zur Wiederherstellung der Adäquanz der Leistungspflichten als Minus zum Rücktritt regelmäßig nicht in Betracht. Die einzige interessengerechte Möglichkeit zur Auflösung der Unausgeglichenheit von Leistung und Gegenleistung ist hier daher der Wegfall des Bürgschaftsversprechens *ex tunc*⁴⁶⁸ gegen Rückgewähr etwaiger schon erbrachter Teilleistungen des Bürgschaftsgläubigers durch den Bürgen. Das Interesse des Bürgschaftsgläubigers an einer Aufrechterhaltung der Bürgschaft ist über § 323 Abs. 5 BGB, nach dem der Rücktritt aufgrund von unerheblichen Pflichtverletzungen ausgeschlossen ist, hinreichend geschützt.

Darüber hinaus muss hier die Geltendmachung von etwaigen Nachbesicherungsansprüchen des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Hauptschuldner nach Treu und Glauben ausgeschlossen sein, da der Eintritt der Untersicherung auf aus der Sphäre des Bürgschaftsgläubigers entstammenden Tatsachen beruht.

B. Widerruf

Einem Verbraucher im Sinne von § 13 BGB, der mit einem Unternehmer im Sinne von § 14 BGB einen Verbrauchervertrag gemäß § 310 Abs. 3 BGB abschließt, wird innerhalb eines definierten Zeit-

468 Vgl. Staudinger-Horn, § 765 Rn. 148.

raums ein Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB zuerkannt, sofern der Anwendungsbereich eines gesetzlichen Widerrufsrechts eröffnet ist.

Im Zusammenhang mit Bürgschaftsverträgen sind insbesondere das Widerrufsrecht gemäß § 312 BGB in Bezug auf Haustürgeschäfte (hierzu unter I.) und das Widerrufsrecht gemäß § 495 BGB für Verbraucherkreditverträge relevant (hierzu unter II.).

I. Haustürwiderruf

Ein Verbraucher hat gemäß § 312 BGB in Bezug auf Verträge, die eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand haben, unter anderem ein Widerrufsrecht, wenn er zu dessen Abschluss

- durch mündliche Verhandlungen an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung,
- anlässlich einer vom Unternehmer oder von einem Dritten zumindest auch im Interesse des Unternehmers durchgeführten Freizeitveranstaltung oder
- im Anschluss an ein überraschendes Ansprechen in Verkehrsmitteln oder im Bereich öffentlich zugänglicher Verkehrsflächen

bestimmt worden ist.

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Bürgschaft als Haustürgeschäft widerrufen werden kann, wurde über etwa 10 Jahre sehr kontrovers diskutiert und von Rechtsprechung und Rechtslehre stetig weiter ausdifferenziert.⁴⁶⁹ Streitig war insbesondere, ob ein Bürgschaftsvertrag als entgeltlicher Vertrag angesehen werden kann (hierzu unter 1.) und ob die Verbrauchereigenschaft und die das Haustürwiderrufsrecht begründende Überrumpelungssituation in der Person des Bürgen und/oder des Hauptschuldners vorliegen müssen (hierzu unter 2.).

⁴⁶⁹ Vgl. hierzu die Zusammenfassung von E/B/J/S-Füller, IV491 ff.

1. Entgeltlichkeit des Bürgschaftsvertrages

Zunächst war umstritten, ob ein Bürgschaftsvertrag im Sinne des damals geltenden Haustürwiderrufsgesetzes eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat, da vertreten wurde, dass der Bürge vom Bürgschaftsgläubiger keine Gegenleistung für sein Bürgschaftsversprechen erhalte, sondern es sich vielmehr um ein einseitiges Rechtsgeschäft handle.⁴⁷⁰

Auf Vorlage des *Bundesgerichtshofs* hat der *Europäische Gerichtshof* durch Urteil vom 17. März 1998⁴⁷¹ jedoch entschieden, dass der Geltungsbereich der Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz auch Bürgschaftsverträge erfasst. Insbesondere sei es für die Einordnung des Bürgschaftsvertrages als „entgeltlicher“ Vertrag aufgrund der Akzessorietät der Bürgschaft ausreichend, wenn das Rechtverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgschaftsgläubiger ein entgeltliches Geschäft sei, ohne dass es dabei auf die Rechtsnatur der Bürgschaft selbst ankomme.⁴⁷² Im Lichte dieses Urteils des *Europäischen Gerichtshofes* hat der *Bundesgerichtshof* seine bis dahin ständige Rechtsprechung aufgegeben und entschieden, dass es insbesondere im Hinblick auf den Schutzzweck der Grundsätze des Haustürwiderrufs für die Annahme eines entgeltlichen Geschäfts genügen müsse, wenn zwar nicht der Bürge eine Gegenleistung der anderen Vertragspartei erhalte, dieser aber sein Leistungsversprechen in der – dem Vertragspartner erkennbaren – Erwartung abgibt, ihm selbst oder einem bestimmten Dritten werde daraus irgendein Vorteil erwachsen.⁴⁷³

Diese Rechtsprechung ist gerade auch im Hinblick darauf zu begrüßen, dass die „Entgeltlichkeit“ als Tatbestandsmerkmal für die Widerruflichkeit von Haustürgeschäften in der Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985 nicht enthalten ist. Eine richtlinienkonforme weite Auslegung der deutschen Umsetzungsnormen ist daher gebo-

⁴⁷⁰ Vgl. BGH, NJW 1991, 975, 976.

⁴⁷¹ EuGH, Urteil v. 17. März 1998, RS. C-45/96.

⁴⁷² EuGH, aaO (Fn. 471) Rn. 471, Tz. 18 f.

⁴⁷³ BGH, NJW 1993, 1594, 1595 unter Hinweis auf Probst, JR 1992, 133, 137 und Klingsporn, NJW 1991, 2259, 2260.

ten.⁴⁷⁴ Eine isolierte Betrachtung der Bürgschaft als unentgeltliches Geschäft würde den Schutzzweck des Haustürwiderrufsrechts überdies faktisch vereiteln. Das Haustürwiderrufsrecht soll – unabhängig von der Angemessenheit der gegenseitigen Leistungen – der Gefahr der Überforderung des Verbrauchers in seiner rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit vorbeugen, indem ihm eine nachträgliche Bedenksfrist als Ausgleich dafür eingeräumt wird, dass er bei einem auf Initiative des Unternehmers beruhenden Haustürgeschäft häufig keine hinreichende Möglichkeit hat, vorab andere Angebote zu prüfen oder sich den Vertragsschluss sorgfältig zu überlegen.⁴⁷⁵ Im Hinblick auf den Übereilungsschutz kann es nicht darauf ankommen, ob der Verbraucher, der sich in einer Haustürsituation zu einer Leistung verpflichtet, hierfür von seinem Vertragspartner eine Gegenleistung erhält. Es ist im Gegenteil sogar gerade bei einseitig verpflichtenden Verträgen, in denen der Verbraucher nicht einmal einen Ausgleich für seine Leistungsverpflichtung erhält, umso wichtiger, dass dieser die Beweggründe für die Eingehung einer Verbindlichkeit im Anschluss an die potentielle Überrumpelungssituation sorgfältig prüfen kann.

2. Bezugspunkt für die Verbrauchereigenschaft und die Haustürsituation

Ungeklärt war in Bezug auf die Annahme eines Haustürwiderrufsrechts zunächst auch, für welche Vertragsparteien in einer Bürgschaftskonstellation die Verbrauchereigenschaft und der Vertragschluss in einer Haustürsituation vorliegen müssen.

Der *Europäische Gerichtshof*⁴⁷⁶ hat diesbezüglich vertreten, dass eine Bürgschaft nur unter die Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985 fallen könne, wenn diese Verbindlichkeiten besichere, die ein Verbraucher im Rahmen eines Haustürgeschäfts gegenüber einem Unternehmer als Gegenleistung für Waren oder Dienstleistung eingegangen sei. Überdies müsse der Bürge selbst ebenfalls Verbraucher sein.

⁴⁷⁴ Für eine Einordnung der Bürgschaft als entgeltliches Geschäft auch Palandt-Grüneberg, § 312 Rn. 5 mwN.

⁴⁷⁵ Vgl. zum Fernabsatzvertrag BeckOK-Maume, § 312 b Rn. 4; ders., NJW 2016, 1041, 1044.

⁴⁷⁶ EuGH, aaO (Fn. 471) Rn. 471.

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs⁴⁷⁷ ist dem gefolgt und hat entschieden, dass die Grundsätze des Haustürwiderrufs nur dann anwendbar seien, wenn nicht nur der Bürgschaftsvertrag, sondern auch die gesicherte Hauptverbindlichkeit auf einem Verbraucher- und Haustürgeschäft beruht.

In der Rechtslehre sind die Entscheidungen des *Bundesgerichtshofs* und des *Europäischen Gerichtshofs* aus verschiedenen Gründen kritisiert worden.⁴⁷⁸ Insbesondere wurde es abgelehnt, dass es für die Anwendung der Grundsätze des Haustürwiderrufs auf die Verbrauchereigenschaft des Hauptschuldners und die Haustürsituation beim Abschluss der gesicherten Hauptschuld ankommen sollte. In Reaktion auf die allgemeine Ablehnung hat der XI. Zivilsenat des *Bundesgerichtshofs* die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des *Bundesgerichtshofs* schließlich aufgegeben⁴⁷⁹ und hat entschieden, dass der Schutzzweck des § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB erfordere, dass unabhängig von der Hauptforderung nur darauf abgestellt werde, ob der Bürgschaftsvertrag selbst ein Haustürgeschäft ist. Die Gefahr, in einer Haustürsituation zu einem unüberlegten Geschäftsabschluss veranlasst zu werden, verwirkliche sich unabhängig davon, ob die Hauptschuld ein gewerbliches Darlehen oder ein Verbraucherdarlehen darstellt und ob der Hauptschuldner selbst durch ein Haustürgeschäft zum Abschluss dieser Geschäfte veranlasst wurde. Dies hat sich in der Rechtsprechung⁴⁸⁰ weiter etabliert, ist so auch schon vor der Änderung der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofes* in der Rechtslehre⁴⁸¹ vertreten worden und auch im Anschluss auf Zustimmung gestoßen⁴⁸².

Nunmehr ist es daher allgemein anerkannt, dass eine Bürgschaft, die von einem Verbraucher in einer Haustürsituation abgegeben wurde, innerhalb der hierfür vorgesehenen Frist widerrufen werden kann.

⁴⁷⁷ BGH, NJW 1998, 2356 ff.

⁴⁷⁸ Horn, ZIP 2001, 93, 94; Lorenz, NJW 1998, 2937, 2939; T.Pfeiffer, ZIP 1998, 1129, 1137 f.; Reinicke/Tiedtke, ZIP 1998, 893, 894 ff.; Riehm, JuS 2000, 138, 143; Tiedtke, NJW 2001, 1015, 1026 f.; Treber, WM 1998, 1908, 1918 f.

⁴⁷⁹ BGH, Urteil v. 10. Januar 2006, Az. XI ZR 169/05.

⁴⁸⁰ Vgl. BGH, NJW 2007, 2106, 2109.

⁴⁸¹ Vgl. Staudinger-Thüsing, § 312 Rn. 32.

⁴⁸² Staudinger-Thüsing, § 312 Rn. 32; Bamberger/Roth-Ann/Maume, § 312 Rn. 8; Erman-Koch, § 312 Rn. 14 ff.

Ein Abstellen auf die Verbrauchereigenschaft des Hauptschuldners anstatt auf die des Bürgen führt den Schutzzweck des Haustürwiderrufsrechts *ad absurdum*. Der Bürge trifft durch den Bürgschaftsvertrag eine eigenständige Disposition über sein Vermögen. Diesbezüglich bedarf er des Übereilungsschutzes des Haustürwiderrufsrechts, unabhängig von der Einordnung der gesicherten Hauptforderung als Verbraucher- oder Haustürgeschäft. Der Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung ist zu befürworten und war geradezu zwingend.

II. Widerruf nach Verbraucherdarlehensrecht

Noch nicht abschließend geklärt ist, ob – wenn keine Haustürsituation vorliegt – eine Bürgschaft auch gemäß §§ 495 Abs. 1, 355 BGB nach den Grundsätzen des Verbraucherdarlehensrechts widerrufen werden kann.⁴⁸³

Mit Urteil vom 21. April 1998 hat der *Bundesgerichtshof* es abgelehnt, das Widerrufsrecht aus dem Verbraucherdarlehensrecht analog auf eine Bürgschaft anzuwenden.⁴⁸⁴ Auch der *Europäische Gerichtshof* hat mit Urteil vom 23. Februar 2000 entschieden, dass ein Bürgschaftsvertrag auch dann nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie des Rates über Verbraucherkredite vom 22. Dezember 1986 (87/102/EWG) (im Folgenden „Verbraucherkreditrichtlinie“) erfasst sei, wenn sowohl der Bürge als auch der Hauptschuldner Verbraucher sind.⁴⁸⁵ Beide Entscheidungen beruhten auf der Einschätzung, dass ein Bürgschaftsvertrag nicht als Darlehensvertrag im Sinne der Verbraucherkreditrichtlinie einzuordnen ist. Außerdem sei die Verbraucherkreditrichtlinie auch nach ihrem Sinn und Zweck nicht entsprechend auf Bürgschaften anzuwenden.

Diese Rechtsprechung führt dazu, dass der Schuldbeitritt zu einem Darlehensvertrag und die Bürgschaft ungleich behandelt werden, da dem Beitretenden anders als dem Bürgen analog § 495 BGB ein Widerrufsrecht zusteht.⁴⁸⁶ Dies erscheint vielen Stimmen in der älteren

⁴⁸³ Vgl. hierzu die Zusammenfassung von E/B/J/S -Füller, IV495 ff.

⁴⁸⁴ BGH, Urteil v. 21. April 1998, Az. IX ZR 258/97.

⁴⁸⁵ EuGH, Urteil v. 23. März 2000, RS. C-208/98.

⁴⁸⁶ BGH, Urteil v. 5. Juni 1996, Az. VIII ZR 151/95.

Rechtsprechung und Rechtslehre nicht sachgemäß,⁴⁸⁷ insbesondere da es weitestgehend im Belieben der kreditgebenden Bank liegt, ob bei der Aufnahme eines Darlehens eine Bürgschafts- oder aber eine Mithaftungserklärung verlangt werde⁴⁸⁸. Eine Gleichbehandlung beider Sicherungsmittel sei deshalb interessengerecht und geboten.

Der *IX. Zivilsenat* des *Bundesgerichtshofs* hat diese Sichtweise ausdrücklich zurückgewiesen.⁴⁸⁹ Es ergebe sich aus den Gesetzesmaterialien, dass der deutsche Gesetzgeber Bürgschaften von Verbrauchern nicht dem Verbraucherdarlehensrecht unterstellen wollte, da der Bürge bereits durch das Schriftformerfordernis des § 766 BGB vor einer übereilten Bürgschaftsübernahme gewarnt und geschützt werde. Der Beitrete sei bei einem Schuldbeitritt überdies schutzwürdiger als ein Bürge, da ersterer die volle vertragliche Mitverpflichtung eingehe und deshalb ebenso schutzwürdig erscheine wie der Darlehensnehmer. Der Bürge sei außer durch die Formvorschrift des § 766 BGB auch durch die Einreden, die er unabhängig vom Hauptschuldner geltend machen könne, hinreichend geschützt.

Die Argumentation des *IX. Zivilsenats* des *Bundesgerichtshofs* erscheint angesichts der Marktpraxis für Bürgschaftsverträge willkürlich und benachteiligt den Bürgen ohne sachlichen Grund gegenüber demjenigen, der einer fremden Schuld beitritt. Zum einen besteht für den hier relevanten Schuldbeitritt eines Verbrauchers zu einem Darlehensvertrag ebenfalls ein Schriftformerfordernis gemäß § 492 BGB, unabhängig davon, ob es sich um ein Verbraucherdarlehen handelt oder nicht.⁴⁹⁰ Zum anderen wird insbesondere die Einrede der Vorausklage gemäß § 771 BGB in Bürgschaftsverträgen regelmäßig ausgeschlossen, so dass der qualitative Unterschied zwischen einem Schuldbeitritt und einer Bürgschaft in aller Regel als marginal anzusehen ist. Im Ergebnis ist ein Bürge – jedenfalls wenn die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist – ebenso schutzwürdig wie der Beitrete eines Schuld-

⁴⁸⁷ Vgl. LG Köln, WM 1998, 172, 173; LG Neubrandenburg, NJW 1997, 2826, 2826; Böllow, NJW 1996, 2889, 2892; ders. ZIP 1999, 1613, 1616; Graf v. Westphalen, DB 1998, 295, 298 ff.; Sölter, NJW 1998, 2192, 2196; Zöllner, WM 2000, 1, 4.

⁴⁸⁸ Vgl. Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, § 91 Rn. 50.

⁴⁸⁹ BGH, Urteil v. 21. April 1998, Az. IX ZR 258/97.

⁴⁹⁰ Vgl. zu den Formerfordernissen des Schuldbeitritts Palandt-Weidenkaff, § 491 Rn. 10.

beitritts oder ein Darlehensnehmer.⁴⁹¹ Die analoge Anwendung von § 495 BGB auf einen Verbraucher als Bürgen ist daher sachgerecht.

C. Störung der Geschäftsgrundlage

Fraglich ist, ob die Grundsätze über die „Störung der Geschäftsgrundlage“, die im Rahmen der Schuldrechtsreform in § 313 BGB kodifiziert wurden, dem Bürgen einen Weg eröffnen können, einen Bürgschaftsvertrag zu beenden, oder sogar um bereits entstandene Einstandspflichten zu reduzieren, beziehungsweise gänzlich aufzuheben.

Im Folgenden werden zunächst die Grundzüge des Rechtsinstituts der Störung der Geschäftsgrundlage dargestellt, die durch die Schuldrechtsreform unverändert geblieben sind (hierzu unter I.). Anschließend folgt eine Darstellung des Meinungsstands über die Anwendung dieser Grundsätze im Bürgschaftsrecht (hierzu unter II.). Hierbei werden neben der in der Rechtsprechung und Rechtslehre im Vordergrund stehenden Diskussion über eine Fallgruppenbildung, bezüglich derer es vornehmlich um die Erfüllung der Voraussetzungen einer Störung der Geschäftsgrundlage geht, auch die möglichen Rechtsfolgen näher betrachtet, da im Bürgschaftsrecht zwar die Beendigung des Bürgschaftsverhältnisses für den Bürgen interessant ist, darüber hinaus aber auch die Reduzierung der bereits entstandenen Einstandspflichten des Bürgen eine gesteigerte Bedeutung hat.

Die Rechtsprechung zur Störung der Geschäftsgrundlage im Bürgschaftsrecht stammt noch aus der Zeit vor der Schuldrechtsreform. Im Folgenden wird daher auch geprüft, ob diese uneingeschränkt auf die heutige Rechtslage übertragbar ist. Vertreter der Rechtslehre äußern sich auch in aktuelleren Stellungnahmen zur Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage im Bürgschaftsrecht, eine Thematisierung der teilweise geänderten Gesetzeslage und Rechtsprechungslage findet hingegen kaum statt. Nach einer Darstellung der Grundlinien des Meinungsstands zur Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage im Bürgschaftsrecht folgt daher eine Auseinandersetzung mit der Vereinbarkeit mit der Rechtslage

⁴⁹¹ Vgl. auch *Graf v. Westphalen*, DB 1998, 295, 299.

seit der Schaffung von § 313 BGB und § 314 BGB sowie eine Stellungnahme über die Anwendbarkeit des § 313 BGB auf die vor der Schuldrechtsreform entwickelten gängigen Fallgruppen der Störung der Geschäftsgrundlage im Bürgschaftsrecht (hierzu unter III.).

I. Grundsätze des Rechtsinstituts der Störung der Geschäftsgrundlage

Bei einer Störung der Geschäftsgrundlage kann der belastete Teil grundsätzlich die Vertragsänderung, Vertragsbeendigung oder Vertragsrückabwicklung verlangen. Diese Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Störung der Geschäftsgrundlage sind im Zuge der Schuldrechtsreform in § 313 Abs. 1 und Abs. 3 BGB kodifiziert worden. Eine Störung der Geschäftsgrundlage kann demnach in zwei Konstellationen vorliegen:

Erstens können sich die objektiven Umstände, die bei Vertragschluss vorlagen und die auch Grundlage des geschlossenen Vertrages sind, nachträglich wegfallen oder sich wesentlich verändern. In diesem Fall liegt die erste Variante einer Störung der Geschäftsgrundlage, ein sogenannter „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ vor, der in § 313 Abs. 1 BGB geregelt ist.

Zweitens können aber auch wesentliche subjektive Vorstellungen der Parteien Grundlage des geschlossenen Vertrages sein. Wenn solche subjektiven Vorstellungen sich im Nachhinein als von Anfang an falsch herausstellen, liegt die zweite Variante einer Störung der Geschäftsgrundlage, ein sogenanntes „Fehlen der Geschäftsgrundlage“ vor, das in § 313 Abs. 2 BGB geregelt ist.

Im Folgenden werden die Voraussetzungen für die Anwendung der Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage (hierzu unter 1.) sowie deren Subsidiarität gegenüber anderen Rechtsinstituten dargestellt (hierzu unter 2.).

1. Voraussetzungen für die Anwendung der Grundsätze des Rechtsinstituts der Störung der Geschäftsgrundlage

Eine Vertragspartei kann von der anderen Vertragspartei gemäß § 313 Abs. 1 und Abs. 3 BGB eine Vertragsänderung, Vertragsbeendigung oder Vertragsrückabwicklung verlangen, wenn⁴⁹²

- eine der beiden Varianten der Störung der Geschäftsgrundlage vorliegt (Reales Element, hierzu unter a)),
- die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten (Hypothetisches Element, hierzu unter b)),
- dem belasteten Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann, was nur der Fall ist, wenn dies zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde⁴⁹³ (Normatives Element, hierzu unter c)).

a) Reales Element

Ein Umstand oder bestimmte Verhältnisse sind Geschäftsgrundlage, wenn deren Vorliegen, Fortbestand oder zukünftiges Eintreten bei Vertragsschluss von beiden Parteien als wesentlich vorausgesetzt wurde ohne jedoch zum Vertragsinhalt erhoben worden zu sein und der Geschäftswille der Parteien hierauf aufbaut.⁴⁹⁴ Sofern nur eine Vertragspartei bestimmte Umstände oder Verhältnisse bei Vertragsschluss vorausgesetzt hat, können diese mangels einer gemeinsamen Vorstellung der Parteien nur Geschäftsgrundlage sein, wenn die sonstigen Rahmenbedingungen dies rechtfertigen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Bedeutung bestimmter Umstände für den einen Vertragspartner für den anderen Vertragspartner bei Abschluss des Vertrages

⁴⁹² Vgl. Schulze-Schulze, § 313 Rn. 14 f.

⁴⁹³ BGH, NJW 1982, 2184, 2186; 1962, 29, 30; 1958, 1772, 1772 f.

⁴⁹⁴ RGZ 103, 328, 332; BGH, NJW 1958, 297, 297 f.

- erkennbar war,
- nicht beanstandet wurde⁴⁹⁵ und
- er sich auf die Berücksichtigung dieser Umstände redlicherweise hätte einlassen müssen⁴⁹⁶.

b) Hypothetisches Element

Als hypothetisches Element der Prüfung ist durch Auslegung des hypothetischen Parteiwillens zu ermitteln, ob die Parteien sich in Kenntnis der vorliegenden oder geänderten Umstände anders geeinigt hätten.⁴⁹⁷

c) Normatives Element

Die normative Prüfung, ob das Festhalten am unveränderten Vertrag für den belasteten Vertragsteil zumutbar ist oder ob der Vertragspartner sich auf die Berücksichtigung nur von einer Partei vorausgesetzter Umstände hätte einlassen müssen, stellt einen wertungsbedürftigen Gesichtspunkt dar, der die Einzelfallgerechtigkeit gewährleisten soll⁴⁹⁸ und im Wege einer Interessenabwägung zu ermitteln ist.

495 BGH, NJW 2001, 1204, 1205 mwN; 1995, 592, 593; 1994, 2146, 2147; 1984, 2947, 2948.

496 BGH, NJW 1994, 2146, 2147; siehe aber auch BGH, NJW 1995, 592, 593, wo der *Bundesgerichtshof* als Kriterien für die Beachtlichkeit der Vorstellung nur eines Vertragsteils bei Vertragsschluss als gemeinsame Geschäftsgrundlage ausschließlich auf die Erkennbarkeit dieser Umstände und deren Billigung durch den anderen Vertragsteil abstellt. Diese Einordnung wird aber dadurch eingeschränkt, dass zusätzlich auf die Risikoverteilung innerhalb eines Bürgschaftsvertrages abgestellt wird, was trotz des Vorliegens der genannten Voraussetzungen zu einer Nichtanwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage führt. Der *Bundesgerichtshof* stellt daher in einem dritten Schritt darauf ab, ob hinter der einseitigen Vorstellung des einen Vertragsteils ein billigwertes Interesse steht, das der andere Vertragsteil hätte berücksichtigen müssen, auch wenn dies nicht wie in der Vorgängerentscheidung (BGH, NJW 1994, 2146 ff.) ausdrücklich benannt wird.

497 MünchKommBGB-Finkenauer, § 313, 56; vgl. hierzu auch die Darstellung von Riesenhuber/Domröse, JuS 2006, 208, 210.

498 Vgl. MünchKommBGB-Finkenauer, § 313, 56.

2. Subsidiarität

Das Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage dient als Ausformung des Grundsatzes von Treu und Glauben der Einzelfallgerechtigkeit und schränkt den Grundsatz der Vertragstreue ein.⁴⁹⁹ Der Ausnahmecharakter einer nachträglichen Abänderung bereits geschlossener Vertragsverhältnisse wird neben der engen Auslegung seiner Voraussetzungen durch den Grundsatz der subsidiären Anwendbarkeit von § 313 BGB⁵⁰⁰ sichergestellt, wobei das Verhältnis zu dem allgemeinen Kündigungsrecht gemäß § 314 BGB umstritten ist.

Soweit es um die Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses geht, ist das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund *lex specialis* zu den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.⁵⁰¹ Wenn der belasteten Partei aber das Festhalten am Vertrag zuzumuten und damit kein Kündigungsrecht nach § 314 BGB gerechtfertigt ist, kann als Minus zur Kündigung dennoch ein Anspruch auf Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage bestehen, sofern dies der Interessenlage im Einzelfall gerechter wird, als eine vollständige Auflösung des Vertragsverhältnisses.⁵⁰²

II. Meinungsstand zur Störung der Geschäftsgrundlage im Bürgschaftsrecht

Das Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage wurde für das Bürgschaftsrecht sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Rechtslehre vielfach diskutiert.

Die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage in Bürgschaftsverhältnissen und generell bei der Sicherheitenbestellung sind nach der Rechtsprechung⁵⁰³ nur überaus restriktiv zur Anwendung zu bringen.

⁴⁹⁹ Palandt-Grüneberg, § 313 Rn. 1.

⁵⁰⁰ Vgl. die Aufstellung bei Palandt-Grüneberg, § 313 Rn. 9 ff.

⁵⁰¹ BGH, ZIP 1997, 257, 259.

⁵⁰² BGH, NJW 1958, 785, 785; BT-Drucks. 14/6040, S. 177.

⁵⁰³ BGH, NJW-RR 1987, 1188, 1188; NJW 1983, 1850, 1851; 2442, 2443; 1966, 448, 449; 1965, 438, 438; OLG Koblenz, NJW 1956, 106, 106.

Die Bonität des Hauptschuldners ist grundsätzlich nie Geschäftsgrundlage zum Bürgschaftsvertrag (hierzu unter 1.).

Andere Umstände als die Bonität des Schuldners können zwar Geschäftsgrundlage zum Bürgschaftsvertrag sein. Sofern die Bürgschaftsparteien sich aber nicht ausdrücklich über die wesentliche Bedeutung dieser Umstände für den Bürgschaftsvertrag geeinigt haben, scheitert die Einordnung als Geschäftsgrundlage häufig daran, dass der Bürgschaftsgläubiger eine Abhängigkeit des Bestands seiner Sicherheit von Ereignissen außerhalb seines Einflussbereichs in der Regel nicht akzeptieren muss (hierzu unter 2.).

Es lassen sich jedoch zwei Fallgruppen erkennen, in denen die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage im Bürgschaftsrecht grundsätzlich zur Anwendung kommen können: Die Rechtsprechung erkennt Umstände als Geschäftsgrundlage zum Bürgschaftsvertrag an, wenn diese der Beweggrund des Bürgen für eine nachträgliche Sicherung ursprünglich ungesicherter Verbindlichkeiten sind (hierzu unter 3.). Außerdem wird für den Sonderfall der Ehegattenbürgschaften die Ehe als potentielle Geschäftsgrundlage für den Bürgschaftsvertrag angesehen (hierzu unter 4.).

Die Rechtsfolge einer bestehenden Störung der Geschäftsgrundlage ist die Reduzierung der entstandenen Einstandspflichten des Bürgen, bis hin zur vollständigen Befreiung (hierzu unter 5.).

1. Bonität des Hauptschuldners

Nach allgemeiner Meinung in Rechtsprechung (hierzu unter a)) und Rechtslehre (hierzu unter b)) kann der (drohende) Eintritt des Sicherungsfalls bei einer Verschlechterung der finanziellen Lage des Hauptschuldners nicht zu einer Vertragsanpassung oder -auflösung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage führen.

a) Darstellung der Rechtsprechung

Eine Erhöhung des Bürgschaftsrisikos durch entweder eine nachträgliche Verschlechterung der Bonität des Hauptschuldners oder eine diesbezüglich von vornherein falsche Vorstellung des Bürgen kommt nach

der Rechtsprechung als Grund für die Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage kaum jemals in Betracht. Dies wird damit begründet, dass bei der Bestimmung, ob ein Umstand Geschäftsgrundlage geworden ist, zu beachten sei, dass ein Bürge mit der Bürgschaftsübernahme in der Regel schlechthin und uneingeschränkt das Risiko übernimmt, dass der Schuldner bei Fälligkeit der Schuld nicht leistungsfähig ist.⁵⁰⁴ Da diese Risikoverteilung daher gerade Vertragsinhalt einer Bürgschaft sei, könne – abgesehen von den wenigen anfechtungsrechtlich relevanten Konstellationen – eine falsche Vorstellung des Bürgen über die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners im weitesten Sinne grundsätzlich nicht auch Geschäftsgrundlage sein.⁵⁰⁵ Ausnahmen zu diesem Grundsatz könne es nur geben, wenn das übernommene Risiko des Bürgen sich auf eine so eigenständliche und unerwartete Weise realisiere, dass eine Anpassung des Vertrages an die Entwicklung der Verhältnisse erforderlich ist.⁵⁰⁶ Eine solche Ausnahme ist in der Praxis allerdings – soweit ersichtlich – bisher noch nicht zur Anwendung gekommen.

b) Darstellung der Rechtslehre

Die Vertreter der Rechtslehre teilen die Einschätzung der Rechtsprechung im Hinblick darauf, dass Änderungen oder Fehleinschätzungen bezüglich der Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners ein Risiko sind, das der Bürgschaftsgläubiger durch die Sicherheitenbestellung gerade nicht selber tragen, sondern einem anderen aufbürden wolle, so dass die Bonität des Hauptschuldners generell⁵⁰⁷ oder zumindest in der Regel⁵⁰⁸ keine Geschäftsgrundlage sein könne.

⁵⁰⁴ BGH, NJW 1995, 592, 593; 1994, 2146, 2147; 1993, 2935, 2936; 1989, 1276 1278; 1965, 438, 438; 1988, 2173, 2174; 3205, 3206; NJW-RR 1987, 1188, 1188; NJW 1987, 1629, 1630; 1983, 1850, 1851; 2442, 2443; 1966, 448, 449.

⁵⁰⁵ BGH, NJW 1994, 2146, 2147; 1965, 438, 438.

⁵⁰⁶ BGH, NJW 1965, 438, 438.

⁵⁰⁷ MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 42.

⁵⁰⁸ Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, § 91 Rn. 165; Geißler, NJW 1988, 3184, 3185; Reinicke/Tiedtke, NJW 1995, 1449, 1449; Reifner, ZIP 1990, 427, 436.

2. Beweggründe des Bürgen für den Abschluss des Bürgschaftsvertrages

Die Beweggründe des Bürgen für den Abschluss des Bürgschaftsvertrages sind nach Rechtsprechung (hierzu unter **a)**) und Rechtslehre (hierzu unter **b)**) nur im Ausnahmefall als Geschäftsgrundlage eines Bürgschaftsvertrages anzuerkennen, da diese meist in der Sphäre des Bürgen liegen und der Bürgschaftsgläubiger sich auf deren Berücksichtigung nicht redlicherweise einlassen muss.

a) Darstellung der Rechtsprechung

Umstände, die nicht die Bonität des Hauptschuldners und die Einschätzung des Bürgen hinsichtlich des Bürgschaftsrisikos betreffen, sondern insbesondere die in seiner Beziehung zum Hauptschuldner liegenden Gründe des Bürgen für die Bürgschaftsübernahme, können nach der Rechtsprechung prinzipiell Geschäftsgrundlage für einen Bürgschaftsvertrag sein.⁵⁰⁹ In der Praxis unterliegt die Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage aber auch in diesem Fall wesentlichen Einschränkungen. Die Rechtsprechung geht nämlich zum einen davon aus, dass es für die Bejahung einer gemeinsamen Geschäftsgrundlage nicht ausreichend ist, wenn der Bürgschaftsgläubiger den Beweggrund des Bürgen für die Übernahme der Bürgschaft kennt.⁵¹⁰ Zum anderen wird betont, dass gerade die Funktion der Bürgschaft als Sicherheit es dem Bürgschaftsgläubiger regelmäßig verbiete, den Beweggrund des Bürgen für die Übernahme der Bürgschaft zum rechtlichen Inhalt des Bürgschaftsvertrages zu machen.⁵¹¹ Ordnet man dies in die Systematik der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage ein, lassen sich zwei Kernaussagen ableiten:

Erstens stellt die Rechtsprechung damit klar, dass der reinen Kenntnis des Bürgschaftsgläubigers von den Gründen des Bürgen, die diesen zur Übernahme der Bürgschaft bewegt haben, im Hinblick auf den Abschluss des Bürgschaftsvertrages kein Erklärungswert zukommt.

⁵⁰⁹ BGH, NJW 1994, 2146, 2147; NJW-RR 1987, 1188, 1188; NJW 1966, 448, 449.

⁵¹⁰ OLG Koblenz, NJW 1956, 106, 106.

⁵¹¹ OLG Koblenz, aaO (Fn. 510).

Die Kenntnis allein führt demnach nicht zu einer konkludenten Billigung der einseitigen Motivation des Bürgen für die Übernahme der Bürgschaft durch den Bürgschaftsgläubiger und wertet diese nicht zur gemeinsamen Geschäftsgrundlage auf. In einem solchen Fall, in dem die Umstände, die den Bürgen zum Abschluss des Bürgschaftsvertrages bewegt haben, lediglich für den Bürgen als Geschäftsgrundlage bedeutsam waren, für den Bürgschaftsgläubiger aber keine Rolle gespielt haben, ist dies für die Bejahung einer gemeinsamen Geschäftsgrundlage grundsätzlich nur ausreichend, wenn der Bürgschaftsgläubiger sich auf die Berücksichtigung dieser Umstände nach einer Abwägung der beteiligten Interessen redlicherweise hätte einlassen müssen.

In ihrer zweiten Kernaussage präzisiert die Rechtsprechung, dass der Bürgschaftsgläubiger die Beweggründe des Bürgen für den Abschluss des Bürgschaftsvertrags regelmäßig nicht als gemeinsame Geschäftsgrundlage akzeptieren müsse, da die erforderliche Interessenabwägung aufgrund des hohen Sicherungsbedürfnisses des Bürgschaftsgläubigers, der jedenfalls bei einer Rückabwicklung der Bürgschaft im Verhältnis zum Hauptschuldner rückwirkend ungesichert wäre, üblicherweise zugunsten des Bürgschaftsgläubigers ausfallen wird, der den Fortbestand seiner Sicherheit ansonsten letztlich von Geschehnissen abhängig machen müsste, auf deren Verlauf er keinen Einfluss hat. Insbesondere die Erwartung des Bürgen, dass sein Verhältnis zum Hauptschuldner weiter Bestand haben werde, wird daher von der Rechtsprechung allgemein nicht als Geschäftsgrundlage für den Bürgschaftsvertrag anerkannt, auch wenn dieses für den Bürgen der entscheidende Grund für die Bürgschaftsübernahme war.⁵¹²

b) Darstellung der Rechtslehre

Die Rechtsprechung, nach der ein Fortbestand der Beziehung zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen, die für den Bürgen der

⁵¹² Für den Fortbestand der Ehe, vgl. BGH, NJW 1995, 592, 593; für den Fortbestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, vgl. OLG Köln, NJW-RR 1997, 1067, 1067; für den Fortbestand einer Geschäftsführerstellung, vgl. BGH, Urteil v. 7. Februar 1966, Az. VIII ZR 40/64, Rn. 22 und 28; für den Fortbestand einer Gesellschafterstellung, vgl. BGH, Urteil v. 17. Dezember 1998, Az. XI ZR 20/98, Rn. 2.

Grund für die Übernahme der Bürgschaft war, in der Regel nicht Geschäftsgrundlage des Bürgschaftsvertrags ist, auch wenn der Bürgschaftsgläubiger Kenntnis von dieser Motivation hatte, ist auf fast einhellige Zustimmung in der Rechtslehre gestoßen.⁵¹³

3. Nachträgliche Besicherung und Fehlverhalten des Bürgschaftsgläubigers

Die Motivation des Bürgen zum Abschluss des Bürgschaftsvertrags wurde durch die Rechtsprechung nur als gemeinsame Geschäftsgrundlage zum Bürgschaftsvertrag akzeptiert, wenn es sich bei der Bürgschaftsbestellung um eine nachträgliche Besicherung bereits entstandener Verbindlichkeiten handelte und die Erwartung des Bürgen im Hinblick auf die Situation des Hauptschuldners mit einem Ereignis verknüpft war, das unmittelbar mit einem Tätigwerden des Bürgschaftsgläubigers im Zusammenhang stand.⁵¹⁴ In einem Fall⁵¹⁵ besicherte der Bürge beispielsweise Verbindlichkeiten, die für den Bürgschaftsgläubiger angesichts von Liquiditätsproblemen des Hauptschuldners ein nachträglich gestiegenes Sicherungsbedürfnis begründet hatten. Die Stellung der Bürgschaft war von dem Gläubiger des Hauptschuldners als Bedingung für eine Stundung von Darlehensverbindlichkeiten verlangt worden, die eine Sanierung des Hauptschuldners ermöglichen sollte. Im Anschluss an die Sicherheitenbestellung wurde eine Stundung aber entgegen der Erwartung des Bürgen doch noch vom Bürgschaftsgläubiger verweigert. In einem anderen Fall⁵¹⁶

513 MünchKommBGB-Finkenauer, § 313 Rn. 293; Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, § 91 Rn. 169 f.; Reinicke/Tiedtke, NJW 1995, 1449, 1449; sehr weitgehend auch MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 44.

514 Sicherheitenbestellung in der Erwartung einer (i) Sanierung der Hauptschuldnerin werde in Angriff genommen (BGH, Urteil v. 4. Mai 1973, Az. V ZR 101/71, Rn. 9 f. zitiert nach juris); (ii) Darlehensverbindlichkeit der Hauptschuldnerin werde gestundet (BGH, NJW 1966, 448 ff.); (iii) Strafanzeige werde zurück genommen (BGH, Urteil v. 20. November 1972, Az. VIII ZR 73/71, Rn. 9 zitiert nach juris). Das Vorliegen einer Geschäftsgrundlage ohne einen Beitrag zum Scheitern der Bürgenerwartung durch den Bürgschaftsgläubiger wurde in einer Sachverhaltskonstellation angenommen, in der eine Bürgschaft in der Erwartung abgegeben wurde, dass ein Übernahmevertrag zustande kommen werde (BGH, Urteil v. 9. Oktober 1974, Az. VIII ZR 190/73, Rn. 23 zitiert nach juris).

515 BGH, NJW 1966, 448 ff.

516 BGH, Urteil v. 20. November 1972, Az. VIII ZR 73/71, Rn. 9 zitiert nach juris.

sollte der Bürgschaftsgläubiger im Hinblick auf die Sicherheitenbestellung von der Stellung einer Strafanzeige gegen den Hauptschuldner absehen. Im Anschluss an den Abschluss des Bürgschaftsvertrages stellte der Bürgschaftsgläubiger aber dennoch die zuvor angedrohte Strafanzeige.

Die geschilderten Fälle haben jeweils zwei verallgemeinerungsfähige Elemente. Zum einen handelt es sich in beiden Konstellationen um eine nachträgliche Sicherheitenbestellung, was dazu führt, dass dem Sicherungsbedürfnis des Bürgschaftsgläubigers in einer Interessenabwägung nur wenig Gewicht zuzumessen ist, da dieser bei der ursprünglichen Entstehung der Verbindlichkeiten zunächst ohnehin ungesichert war.⁵¹⁷ Zum anderen hält in beiden Fallbeispielen der Bürgschaftsgläubiger selbst eine im Zusammenhang mit der Bürgschaft getroffene Absprache nicht ein, die für den Bürgen ein wichtiger Grund für den Abschluss des Bürgschaftsvertrags war. Dies dürfte in der Regel als treuwidrig einzustufen sein, da ein solches Handeln entgegen der vorherigen Absprache jedenfalls widersprüchlich ist und somit eine *venire contra factum proprium*-Problematik vorliegt.⁵¹⁸

Auch wenn sich bezüglich der geschilderten Sachverhalte damit eine Fallgruppe ableiten lässt, in der normalerweise eine Geschäftsgrundlage für den Vertragsschluss vorliegt, dürfte es sich hierbei eher um Randkonstellationen handeln, die lediglich Ausnahmesituationen betreffen.

4. Ehegattenbürgschaften

Über viele Jahrzehnte wurden Ehegattenbürgschaften in Rechtsprechung (hierzu unter **a**) und Rechtslehre (hierzu unter **b**) lebhaft diskutiert. Dies liegt insbesondere daran, dass die verbreitete Praxis der Kreditinstitute, als Bedingung für eine Darlehensvergabe – insbesondere an mittelständische Unternehmen – eine Bürgschaft der Geschäftsführung und/oder Gesellschafter sowie zusätzlich von deren

⁵¹⁷ Vgl. Geißler, NJW 1988, 3184, 3188.

⁵¹⁸ Vgl. auch MünchKommBGB-Roth (5. Aufl.), § 313 Rn. 210 und 249, der ein wichtiges Indiz für eine Verschiebung der Risikosphären annimmt, wenn der Bürgschaftsgläubiger maßgeblich auf die Geschehensabläufe einwirkt.

Ehegatten zu verlangen, im Sicherungsfall häufig zu als ungerecht empfundenen Ergebnissen führte. Heute ist der Ansatz, die Problematik der Ehegattenbürgschaften über die Grundsätze zur Störung der Geschäftsgrundlage zu lösen, durch die Sittenwidrigkeitsrechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* weitgehend überholt (hierzu unter c)).

a) Darstellung der Rechtsprechung

Abgesehen von den oben unter 2. und 3. beschriebenen Einzelfallkonstellationen hat sich für die Anwendung der Grundsätze zur Störung der Geschäftsgrundlage auf Bürgschaftskonstellationen in der Rechtsprechung eine große Fallgruppe im Zusammenhang mit Ehegattenbürgschaften herausgebildet, bei deren Vorliegen regelmäßig das Bestehen einer gemeinsamen Geschäftsgrundlage für den Bürgen und den Bürgschaftsgläubiger bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages angenommen wurde. Zwar sei die Erwartung eines Ehegattenbürgen in den Fortbestand der Ehe in der Regel keine gemeinsame Geschäftsgrundlage zwischen ihm und dem Bürgschaftsgläubiger.⁵¹⁹ Dies beruht auf der Erwägung, dass der Bürgschaftsgläubiger sonst den Fortbestand seiner Sicherheiten von einem Umstand abhängig machen würde, auf den er keine Einfluss hat und der ein unkalkulierbares Risiko für ihn darstellen würde, das er gerade dem Bürgen aufzubürden wollte.⁵²⁰ Sich auf den Fortbestand der Ehe als Geschäftsgrundlage einzulassen, könne von einem redlichen Bürgschaftsgläubiger nicht erwartet werden; das Scheitern der Ehe liege vielmehr in der Risikosphäre des Ehegattenbürgen.⁵²¹

Von diesem Grundsatz macht die Rechtsprechung jedoch eine Ausnahme, wenn die Bürgschaft nur dazu dient, eine Vermögensverschiebung zwischen den Ehegatten zu verhindern und der Ehegattenbürge selbst durch die Übernahme der Bürgschaft finanziell weit überfordert ist.⁵²² In diesem Fall sei der Zweck der Bürgschaft nicht die Gewinnung eines weiteren Schuldners, sondern diene nur der Sicherstel-

519 BGH, NJW 1995, 592, 593.

520 Vgl. hierzu BGH, NJW 1995, 592, 593; 1987, 1629, 1630; 1983, 2442, 2443.

521 BGH, NJW 1995, 592, 593.

522 BGH, NJW 1996, 2088, 2090; 1995, 592, 594.

lung des Zugriffs auf das vorhandene Schuldnervermögen. Eine Vermögensverschiebung zwischen den Ehegatten sei nach der Scheidung im Normalfall aber nicht mehr zu erwarten, so dass damit die gemeinsame Grundlage der Bürgschaft entfalle.

b) Darstellung der Rechtslehre

Die prinzipielle Anerkennung des Fortbestands der Ehe als Geschäftsgrundlage einer Ehegattenbürgschaft durch die Rechtsprechung wird in der Rechtslehre allgemein begrüßt, wobei aber insbesondere *Reinicke/Tiedtke*⁵²³ die Rechtsprechung im Zusammenhang mit Bürgschaften eines vermögenslosen Ehegatten zur Verhinderung einer Vermögensverschiebung als nicht weitgehend genug kritisieren.

Die berechtigte Kritik von *Reinicke/Tiedtke* bezieht sich dabei vor allem darauf, dass die Rechtsprechung beim Vorliegen der Voraussetzungen der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage auf der Rechtsfolgenseite nicht immer einen vollständigen Wegfall der Bürgschaftsverpflichtungen der belasteten Ehegatten annahm, sondern im Einzelfall eine Reduzierung als ausreichend ansehen wollte.⁵²⁴ Je- denfalls in der Konstellation, in der die Ehegattenbürgschaft zur Absicherung vor Vermögensverschiebungen zum Ehegatten des Hauptschuldners dient, entfällt dieser Sicherungszweck bei einer Scheidung der Ehe aber vollständig, da mit einer Vermögensverschiebung in diesem Falle regelmäßig nicht mehr zu rechnen ist.⁵²⁵ Eine Teilzahlung des geschiedenen Ehepartners im Falle des Eintritts des Sicherungsfalls wäre daher nicht interessengerecht.⁵²⁶

⁵²³ *Reinicke/Tiedtke*, NJW 1995, 1449 ff.

⁵²⁴ Vgl. BGH, NJW 1995, 592, 594.

⁵²⁵ *Reinicke/Tiedtke*, NJW 1995, 1449, 1453.

⁵²⁶ *Reinicke/Tiedtke*, NJW 1995, 1449, 1453; zustimmend auch MünchKommBGB-Finkenauer, § 313 Rn. 106.

c) Relevanz der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften finanziell krass überforderter Angehöriger

Reifner hat bereits im Jahr 1990 darauf hingewiesen, dass im Falle einer Ehescheidung die Reduzierung entstandener Einstandspflichten aus Ehegattenbürgschaften nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage lediglich eine Ersatzlösung darstellen könne, da die Bürgschaften vermögensloser Familienmitglieder bereits im Lichte des Verfassungsrechts gemäß § 242 BGB entfallen würden.⁵²⁷ Nach einem Grundsatzurteil des *Bundesverfassungsgerichts* aus dem Jahre 1993⁵²⁸ hat der *Bundesgerichtshof* einen Paradigmenwechsel vollzogen und sieht Bürgschaften vermögensloser Angehöriger des Hauptschuldners nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen regelmäßig als nichtig an.⁵²⁹ Für die vor dem Rechtsprechungswechsel über die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage geregelten Konstellationen bleibt angesichts der Sittenwidrigkeitsrechtsprechung nur noch ein kleiner Anwendungsbereich. Eine Reduktion der Bürgschaftsschuld gemäß § 313 BGB setzt unter anderem voraus, dass der Ehegattenbürge durch die Bürgschaft finanziell krass überfordert ist. Regelmäßig liegen in diesem Fall aber bereits die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB vor, so dass die Bürgschaft sittenwidrig und damit insgesamt nichtig ist oder jedenfalls gemäß § 242 BGB⁵³⁰ etwaige Bürgschaftsansprüche nicht geltend gemacht werden können.

Wenn der Ehegattenbürge finanziell nicht krass überfordert ist, ist der Fortbestand der Ehe nicht Geschäftsgrundlage, da der Bürgschaftsgläubiger in diesem Fall tatsächlich eine Sicherheit im eigentlichen Sinne erlangt hat, die unabhängig von Veränderungen persönlicher Natur sein muss.⁵³¹ Die Bürgschaft eines vermögenslosen Ehepartners ist nach stetiger Rechtsprechung auch sittenwidrig, wenn deren Zweck die Verhinderung von Vermögensverschiebungen ist, soweit bei Ver-

⁵²⁷ Reifner, ZIP 1990, 427 ff.

⁵²⁸ BVerfG, NJW 1994, 36 ff.

⁵²⁹ Vgl. BGH, NJW 2001, 815 ff.; 2005, 971, 972; 973, 975; 2002, 744 ff.; 1994, 773 ff.; sowie auch die neuere Rechtsprechung, BGH (XI. Zivilsenat), BKR 2003, 288, 290; NJW 2002, 2228, 2230; 1999, 2584, 2585; 1997, 257, 259; 1773, 1774; BGH (IX. Zivilsenat), NJW 1999, 58, 60.

⁵³⁰ MünchKommBGB-Roth (5. Aufl.), § 313 Rn. 249; § 242 Rn. 117.

⁵³¹ Vgl. MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 45.

tragsschluss keine tatsächlichen Anhaltspunkte für eine solche Verschiebung vorlagen.⁵³²

Für die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage verbleiben als Anwendungsbereich daher nur die Bürgschaften vermögensloser Ehegatten, bei denen eine Vermögensverlagerung von dem Hauptschuldner auf seinen bürgenden Ehegatten bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages wahrscheinlich oder naheliegend ist.⁵³³ In diesen Fällen liegt eine Sittenwidrigkeit der Bürgschaft gemäß § 138 Abs. 1 BGB nicht vor, so dass bei Scheidung der Ehegatten eine Beendigung der Bürgschaft nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage in Betracht kommt, sofern die Voraussetzungen vorliegen.

5. Rechtsfolge bei Störung der Geschäftsgrundlage

Für den Fall, dass der Tatbestand einer Störung der Geschäftsgrundlage vorliegt, werden in Rechtslehre (hierzu unter **a)**) und Rechtsprechung (hierzu unter **b)**) unterschiedliche Rechtsfolgen diskutiert.

a) Darstellung der Rechtslehre

Die erste Ansicht geht davon aus, dass es für die Bestimmung der Rechtsfolgen bei Vorliegen einer Störung der Geschäftsgrundlage auf den Umfang der von dem Bürgschaftsgläubiger im Hinblick auf die Bürgschaft getroffenen Dispositionen ankommt (hierzu unter **aa)**). Die zweite Ansicht geht von einer Reduzierung der Bürgschaftsverpflichtung „auf null“ aus (hierzu **bb)**).

aa) Relevanz der Dispositionen des Bürgschaftsgläubigers

Geiffler vertritt, dass, wenn der Bürgschaftsgläubiger im Hinblick auf die Bürgschaft Dispositionen getroffen hat, die Bürgschaftsverpflichtung je nach den Umständen auf das angemessene Maß zu reduzieren

⁵³² BGH, NJW 1999, 58 ff.

⁵³³ Vgl. MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 45.

sei.⁵³⁴ Dann habe es gewissermaßen eine Gegenleistung des Bürgschaftsgläubigers gegeben, so dass die Leistung des Bürgen mit dieser durch eine Anpassung des Bürgschaftsvertrages in ein angemessenes Gleichgewicht zu bringen sei. Liege nur eine einseitige Bürgschaftsgewährung vor, ohne dass der Bürgschaftsgläubiger in Vorleistung getreten sei, könne es mangels eines Einsatzes des Bürgschaftsgläubigers keine Anpassung der jeweiligen Leistungen innerhalb der Bürgschaftsvertrages und der damit zusammenhängenden Situation geben, so dass nur ein „Rücktrittsrecht“ des Bürgen sachgerecht sei.⁵³⁵

bb) Reduzierung der Bürgschaftsverpflichtungen auf null

Andere Autoren sprechen sich bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Störung der Geschäftsgrundlage generell für eine Reduzierung der Bürgschaftsverpflichtung „auf null“ aus.⁵³⁶

b) Darstellung der Rechtsprechung

Auch die Rechtsprechung nimmt als Rechtsfolge der – nur selten bejahten – Störung der Geschäftsgrundlage in Bürgschaftskonstellationen eine Anpassung des Bürgschaftsvertrags an. Diese Anpassung könne je nach Ausgestaltung des Einzelfalls zur zeitlichen Einschränkung des Bürgschaftsvertrages führen, so dass der Vertrag zu einem bestimmten Zeitpunkt, der möglicherweise auch in der Vergangenheit liegt, beendet werde. Ebenfalls denkbar sei eine Reduzierung entstandener Einstandspflichten des Bürgen bis hin zu dessen vollständiger Befreiung.⁵³⁷

534 Geißler, NJW 1988, 3184, 3189.

535 Geißler, NJW 1988, 3184, 3189.

536 Reinicke/TiedtkeMünchKommBGB-Finkenauer, § 313 Rn. 106.

537 BGH, NJW 1996, 2088, 2091; 1995, 592, 594.

III. Übertragbarkeit der gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsätze auf die Rechtslage nach der Schuldrechtsreform

Nach der Gesetzesbegründung⁵³⁸ zur Schuldrechtsreform waren durch die Schaffung des § 313 BGB lediglich wenige Detailänderungen des gewohnheitsrechtlich und aus § 242 BGB hergeleiteten Instituts der „Störung der Geschäftsgrundlage“ beabsichtigt (hierzu unter 1.). In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob die Schaffung des § 313 Abs. 3 BGB, wonach für Dauerschuldverhältnisse bei Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertragsverhältnis statt eines Rücktrittsrechts ein Recht zur Kündigung besteht, einer Fortführung der bisherigen Rechtsprechung, nach der Dauerschuldverhältnisse beim Vorliegen der Voraussetzungen einer Störung der Geschäftsgrundlage in Einzelfällen nicht *ex nunc*, sondern rücktrittsähnlich *ex tunc* beendet wurden, entgegensteht (hierzu unter 2.). Im Anschluss folgt eine Stellungnahme, weshalb eine Parallelität der Rechtsinstitute Kündigung und Störung der Geschäftsgrundlage abzulehnen ist (hierzu unter 3.).

1. Kodifizierung des Rechtsinstituts der Störung der Geschäftsgrundlage im Rahmen der Schuldrechtsreform

Die wichtigste Änderung des gewohnheitsrechtlich und aus § 242 BGB hergeleiteten Instituts der „Störung der Geschäftsgrundlage“⁵³⁹ durch die Kodifizierung in § 313 BGB im Rahmen der Schuldrechtsreform lag darin, dass keine gesetzliche Anpassung des gestörten Vertragsverhältnisses mehr erfolgt,⁵⁴⁰ sondern beim Vorliegen der Voraussetzungen ein Anspruch auf Vertragsanpassung oder -auflösung besteht. Die für eine Auflösung des Vertrags erforderlichen gestaltenden Erklärungen des belasteten Vertragsteils müssen daher gegebenenfalls auch noch tatsächlich abgegeben werden.

Im Übrigen beabsichtigte der Gesetzgeber durch die Einführung des § 313 BGB keine Änderung der zum Zeitpunkt der Schuldrechtsreform etablierten Rechtsprechung zu dem Rechtsinstitut der Störung

⁵³⁸ BT-Drucks. 14/6040.

⁵³⁹ Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 174.

⁵⁴⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 175 f.

der Geschäftsgrundlage. Dies gilt auch in Bezug auf die Regelung in § 313 Abs. 3 BGB⁵⁴¹, in dem es heißt: „Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.“ Dieser eindeutige Wortlaut der Norm scheint allerdings im Widerspruch dazu zu stehen, dass der *Bundesgerichtshof* gerade bei der Bürgschaft⁵⁴² und im Übrigen auch im Leasingrecht⁵⁴³ trotz ihres Dauerschuldcharakters beim Vorliegen der Voraussetzungen für die Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage nicht lediglich ein Kündigungsrecht mit einer Wirkung *ex nunc* gewährt hat, sondern vielmehr eine rücktrittsähnliche Abwicklung *ex tunc*.

2. Bedeutung von § 313 Abs. 3 BGB für die Rechtsfolgenbestimmung bei Störung der Geschäftsgrundlage im Bürgschaftsrecht

Das *Oberlandesgericht Frankfurt a. M.* geht in einer neueren Entscheidung jedenfalls für das Leasingrecht davon aus, dass trotz der Einführung von § 313 Abs. 3 BGB weiterhin eine Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses und nicht lediglich eine Kündigung möglich ist, wenn die Leasingsache von Anfang an mangelhaft war und der Leasingnehmer dem Verkäufer gegenüber aus abgetretenem Recht wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten ist.⁵⁴⁴ Im Hinblick auf den Wortlaut des § 313 Abs. 3 S. 2 BGB ist dies jedoch keineswegs unumstritten.

Zu bedenken ist für die Auslegung von § 313 Abs. 3 BGB aber, dass der *Bundesgerichtshof* auch vor der Schuldrechtsreform bereits davon ausging, dass für Dauerschuldverhältnisse im Regelfall die Kündigung anstatt des Rücktritts greifen müsse, wenn der Vertrag zum Zeitpunkt des Beendigungsbegehrrens bereits vollzogen war, in Ausnahmesituationen aber auch bei einem vollzogenen Dauerschuldverhältnis ein Rücktrittsrecht oder ein Schadensersatzanspruch in Betracht kom-

⁵⁴¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 176.

⁵⁴² BGH, NJW 1996, 2088, 2091; 1995, 592, 594.

⁵⁴³ Vgl. hierzu MünchKommBGB-Koch, Finanzierungsleasing Rn. 109 mwN.

⁵⁴⁴ OLG Frankfurt a. M., NJOZ 2009, 1826, 1828.

men können.⁵⁴⁵ Es sei nur der Regelfall, dass für Dauerschuldverhältnisse, die zum Zeitpunkt des Beendigungsbegehrrens bereits vollzogen waren, die Kündigung anstelle des Rücktritts greife, weil die Parteien eines Dauerschuldverhältnisses im Allgemeinen kein Interesse daran hätten, wegen einer nachträglich eingetretenen Störung auch die bereits erbrachten Leistungsteile rückgängig zu machen.⁵⁴⁶ Bestehe aber ausnahmsweise ein derartiges Interesse, könne auch bei einem Dauerschuldverhältnis ein Rücktrittsrecht oder ein Schadensersatzanspruch in Betracht kommen.⁵⁴⁷ Das könnte sogar der Fall sein, wenn die jeweiligen Leistungen bereits erbracht seien.⁵⁴⁸

Der Gesetzgeber hat den § 313 Abs. 3 S. 2 BGB, wonach für Dauerschuldverhältnisse bei Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertragsverhältnis statt eines Rücktrittsrechts ein Recht zur Kündigung besteht, in Kenntnis der etablierten Rechtsprechung zu den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage geschaffen. Diese sah als Rechtsfolge in Ausnahmesituationen auch bei einem vollzogenen Dauerschuldverhältnis ein Rücktrittsrecht vor. Da der Gesetzgeber die Rechtsprechung ausdrücklich nicht ändern wollte, spricht viel dafür, dass § 313 Abs. 3 S. 2 BGB – wie es auch im Rahmen der gewohnheitsrechtlichen Geltung des Rechtsinstituts der Störung der Geschäftsgrundlage der Fall war – den gesetzlichen Normalfall darstellen soll, von dem in speziellen Ausnahmekonstellationen abgewichen werden kann.⁵⁴⁹

3. Stellungnahme

Die Vertreter der Rechtslehre gehen davon aus, dass die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage auch nach der Kodifizierung von § 313 BGB und § 314 BGB im Rahmen der Schuldrechtsreform für Bürgschaftskonstellationen eingreifen können, jedenfalls in den wenigen durch Fallgruppen konkretisierten anerkannten Ausnahmen.

⁵⁴⁵ BGH, NJW 1987, 2004, 2006; 1986, 124, 125; 1969, 37, 37.

⁵⁴⁶ BGH, NJW 1986, 124, 125 mwN; 1969, 37, 37.

⁵⁴⁷ BGH, NJW 2002, 1870, 1870; 1987, 2004, 2006.

⁵⁴⁸ BGH, NJW 1987, 2004, 2006.

⁵⁴⁹ OLG Frankfurt a.M., NJOZ 2009, 1826, 1828.

konstellationen.⁵⁵⁰ In der neueren Rechtsprechung finden sich nunmehr auch erste Beispiele, in denen § 313 BGB auf Bürgschaftsverträge angewendet wird.⁵⁵¹

Die Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage auf Bürgschaftskonstellationen ist im Kontext der Rechtsunsicherheiten im Zusammenhang mit den unklaren Kriterien und Rechtsfolgen einer Bürgschaftsbeendigung gewachsen, aus heutiger Sicht aber jedenfalls im Hinblick auf eine vorzeitige Beendigung von Bürgschaften systemfremd und letztlich abzulehnen.

Eine Beendigung von Bürgschaftsverhältnissen über § 313 BGB anstatt über die allgemeine Kündigungsregelung des § 314 BGB führt vor dem Hintergrund, dass bei Vorliegen einer Fallgruppe, die zu einer Beendigung eines Bürgschaftsverhältnisses nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage führt, in aller Regel auch ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung des Bürgschaftsverhältnisses gemäß § 314 BGB gegeben sein dürfte, zu einer Parallelität der Beendigungstatbestände, die zu potentiellen Rechtsunsicherheiten führen kann. Dies gilt insbesondere, da die Beendigung eines Bürgschaftsverhältnisses nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage in Extremsfällen zu einer vollständigen Befreiung des Bürgen von bereits entstandenen Einstandspflichten führen kann; diese Rechtsfolge bleibt dem Bürgen bei der Kündigung einer Bürgschaft gemäß § 314 BGB nach herrschender Meinung in Rechtslehre und Rechtsprechung regelmäßig versagt. Seitdem die Möglichkeit einer Bürgschaftskündigung und die Sittenwidrigkeit von Bürgschaften wegen krasser finanzieller Überforderung des Bürgen allgemein anerkannt sind, ist eine Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage als Korrektiv für Einzelfallungerechtigkeiten in Bürgschaftskonstellationen nicht mehr erforderlich. Eine Parallelität der Rechtsinstitute der Kündigung und der Störung der Geschäftsgrundlage im Bürgschaftsrecht ist daher abzulehnen.

Die wesentlichen Fallgruppen, in denen die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage im Bürgschaftsrecht als relevant erachtet werden beziehungsweise wurden, sind Ehegattenbürgschaften

⁵⁵⁰ Vgl. MünchKommBGB-Habersack, § 765 Rn. 43; E/B/J/S-Hillmann, § 128 Rn. 58; Jauernig-Stadler, § 765 Rn. 11; Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, § 91 Rn. 162.

⁵⁵¹ Vgl. KG, NJW 2013, 478 f.

(hierzu oben unter **II.3.**) und die nachträgliche Besicherung ursprünglich ungesicherter Verbindlichkeiten bei absprachewidrigem Verhalten des Bürgschaftsgläubigers (hierzu oben unter **II.4.**). Die Behandlung von Ehegattenbürgschaften ist über die Sittenwidrigkeitsrechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* und des *Bundesgerichtshofes* mittlerweile weitgehend ausdifferenziert und einer interessengerechten Lösung zugeführt. Andere Spezialkonstellationen, wie die Fälle einer nachträglichen Besicherung ursprünglich ungesicherter Verbindlichkeiten bei absprachewidrigem Verhalten des Bürgschaftsgläubigers – sowie andere Fälle von treuwidrigem Verhalten des Bürgschaftsgläubigers – bedürfen keiner Vertragsbeendigung über § 313 BGB, sondern können über die Gewährung einer Einrede gemäß § 242 BGB gelöst werden.

Zur Vermeidung von Einzelfallungerechtigkeiten im Bürgschaftsrecht wäre es jedoch zu begrüßen, wenn die stringente Rechtsfolgenlehre im Kündigungsrecht in bestimmten Ausnahmekonstellationen durchlässiger gestaltet würde und in den Fällen, in denen es interessengerecht ist, eine Befreiung des Bürgen auch von bereits entstandenen Einstandspflichten zuließe. Eine Definition solcher Ausnahmesituationen, in denen das überwiegende Interesse des Bürgen an einer Befreiung auch von bereits entstandenen Einstandspflichten dem Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers ausnahmsweise überwiegt, könnte über eine Fallgruppenbildung erfolgen. Einer parallel zum Kündigungs- und Sittenwidrigkeitsrecht bestehenden Möglichkeit zur Auflösung von Bürgschaftsverträgen über das Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage bedarf es hingegen nicht.

D. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Im Folgenden werden die wichtigsten Ergebnisse zu den Möglichkeiten einer Beendigung von Bürgschaften durch Rücktritt (hierzu unter **I.**), Widerruf (hierzu unter **II.**) und über die Grundsätze zur Störung der Geschäftsgrundlage (hierzu unter **III.**) zusammengefasst.

I. Rücktritt

Sofern nichts Gegenteiliges zwischen den Bürgschaftsparteien vereinbart ist,⁵⁵² sind Rücktrittsrechte auf Bürgschaftsverträge als Dauerschuldverhältnisse regelmäßig nicht anwendbar.

Etwas anderes gilt, wenn der Hauptschuldner bereits vor Vollzug des gesicherten Schuldverhältnisses aufgrund einer Pflichtverletzung des Bürgschaftsgläubigers, die auf die Unzuverlässigkeit oder Unredlichkeit des Bürgschaftsgläubigers schließen lässt, zur außerordentlichen Kündigung oder zum Rücktritt berechtigt ist. In diesem Fall kann auch der Bürge selbst nach dem Rechtsgedanken des § 768 Abs. 1 BGB vom Bürgschaftsvertrag zurücktreten.⁵⁵³ Dies folgt insbesondere daraus, dass die Störung des gesicherten Schuldverhältnisses bereits vor Invollzugsetzung das Bürgschaftsrisiko für den Bürgen signifikant erhöht. Einem Beendigungsinteresse des Bürgen steht in einem solchen Fall kein überwiegendes Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers entgegen, da dieser seine Leistung gegenüber dem Hauptschuldner noch nicht erbracht hat und er seine Verpflichtung zur Leistungserbringung aufgrund der veränderten Sicherheitenlage im Zweifel wird verweigern oder gegebenenfalls den zugrundeliegenden Vertrag beenden können.

Rücktrittsrechte des Bürgen können überdies bestehen, wenn ein Bürgschaftsvertrag neben der Bürgschaftsverpflichtung des Bürgen auch echte Leistungspflichten des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Bürgen enthält.⁵⁵⁴ Im Falle einer erheblichen Pflichtverletzung des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Bürgen kann das Verlangen einer Rückabwicklung des Bürgschaftsvertrages zulässig sein. Im Unterschied zu den üblichen Bürgschaftskonstellationen steht das Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers dem Beendigungsinteresse des Bürgen nicht entgegen, da der Grund für die Beendigung der Bürgschaft aus der Sphäre des Bürgschaftsgläubigers stammt.

⁵⁵² Siehe oben unter A.I.

⁵⁵³ Siehe oben unter A.II.

⁵⁵⁴ Siehe oben unter A.III.

II. Widerruf

Ein Verbraucher im Sinne von § 13 BGB, der mit einem Unternehmer im Sinne von § 14 BGB einen Bürgschaftsvertrag in einer Haustürsituation abschließt, kann diesen grundsätzlich gemäß §§ 355, 312 BGB widerrufen.⁵⁵⁵

Ein Bürgschaftsvertrag ist als entgeltlicher Vertrag im Sinne des § 312 BGB anzusehen, da eine isolierte Betrachtung der Bürgschaft als unentgeltliches Geschäft den Schutzzweck des Haustürwiderrufsrechts faktisch vereiteln würde.⁵⁵⁶ Eine Haustürsituation muss lediglich in Bezug auf den Abschluss des relevanten Bürgschaftsvertrags vorliegen und das Widerrufsrecht ist unabhängig davon, ob die Hauptschuld ein gewerbliches Darlehen oder ein Verbraucherdarlehen ist und ob der Hauptschuldner selbst durch ein Haustürgeschäft zum Abschluss dieser Geschäfte veranlasst wurde. Dies folgt daraus, dass der Bürge durch den Bürgschaftsvertrag eine eigenständige Disposition über sein Vermögen vornimmt, bezüglich derer er des Übereilungsschutzes des Haustürwiderrufsrechts bedarf, unabhängig von der Einordnung der gesicherten Hauptforderung als Haustürgeschäft.⁵⁵⁷

Noch nicht abschließend geklärt ist, ob – wenn keine Haustürsituation vorliegt – eine Bürgschaft auch gemäß §§ 495 Abs. 1, 355 BGB nach den Grundsätzen des Verbraucherdarlehensrechts widerrufen werden kann. Eine analoge Anwendung der §§ 495 Abs. 1, 355 BGB auf die Bürgschaft ist sachgemäß, da die derzeitige Ungleichbehandlung des Schuldbeitritts und der Bürgschaft in Bezug auf die Anwendbarkeit des Widerrufsrechts nach den Grundsätzen des Verbraucherkreditrechts willkürlich ist. Der Bürge ist in der weit überwiegenden Anzahl der verbraucherrechtsrelevanten Fälle ebenso schutzwürdig wie der Beitretende im Rahmen eines Schuldbeitritts oder ein Darlehensnehmer.⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ Siehe oben unter **B.I.**

⁵⁵⁶ Siehe oben unter **B.I.1.**

⁵⁵⁷ Siehe oben unter **B.I.2.**

⁵⁵⁸ Siehe oben unter **B.II.**

III. Störung der Geschäftsgrundlage

In der Zeit vor der Schuldrechtsreform sind in Rechtsprechung und Rechtslehre verschiedene Fallgruppen geprägt worden, in denen das Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage auf Bürgschaftskonstellationen anwendbar beziehungsweise ausgeschlossen ist. Demnach ist die Bonität des Hauptschuldners grundsätzlich nie Geschäftsgrundlage zum Bürgschaftsvertrag.⁵⁵⁹ Andere Umstände können regelmäßig nur Geschäftsgrundlage zum Bürgschaftsvertrag sein, wenn der Bürgschaftsgläubiger eine Abhängigkeit des Bestands seiner Sicherheit von Ereignissen außerhalb seines Einflussbereichs ausnahmsweise akzeptieren muss.⁵⁶⁰ Die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage kommen im Bürgschaftsrecht hingegen grundsätzlich zur Anwendung, wenn der Bürge, um eine vereinbarte Gegenleistung des Bürgschaftsgläubigers zu erlangen, nachträglich Sicherheiten für ursprünglich ungesicherte Verbindlichkeiten bestellt und der Bürgschaftsgläubiger sich im Anschluss absprachewidrig verhält.⁵⁶¹ Bei so genannten Ehegattenbürgschaften kann die Ehe Geschäftsgrundlage für den Bürgschaftsvertrag sein, wenn die Bürgschaft die Verschiebung von Vermögenswerten zwischen den Ehepartnern verhindern soll.⁵⁶² Soweit die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage in Bürgschaftsverhältnissen eingreifen, führt dies zu einer Reduzierung bis hin zur vollständigen Befreiung bereits entstandener Einstandspflichten des Bürgen.⁵⁶³

In Rechtsprechung und Rechtslehre werden die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage auch nach der Schuldrechtsreform und der damit einhergehenden Kodifizierung des Instituts der Störung der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB weiterhin auch auf Bürgschaftskonstellationen angewendet, jedenfalls in den wenigen durch Fallgruppen konkretisierten Ausnahmekonstellationen.⁵⁶⁴

⁵⁵⁹ Siehe oben unter C.II.1.

⁵⁶⁰ Siehe oben unter C.II.2.

⁵⁶¹ Siehe oben unter C.II.3.

⁵⁶² Siehe oben unter C.II.4.

⁵⁶³ Siehe oben unter C.II.5.

⁵⁶⁴ Siehe oben unter C.III.

Eine parallele Anwendung des Kündigungsrechts und der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage sind im Bürgschaftsrecht jedoch abzulehnen. Die Beendigung eines Bürgschaftsverhältnisses nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage führt in Extremfällen zu einer vollständigen Befreiung des Bürgen von bereits entstandenen Einstandspflichten. Die Kündigung einer Bürgschaft nach § 314 BGB hingegen führt nach herrschender Meinung in Rechtslehre und Rechtsprechung nur dazu, dass keine neuen Einstandspflichten des Bürgen entstehen. Seitdem die Möglichkeit einer Bürgschaftskündigung und die Sittenwidrigkeit von Bürgschaften wegen krasser finanzieller Überforderung des Bürgen allgemein anerkannt sind, ist eine Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage als Korrektiv für Einzelfallungerechtigkeit in Bürgschaftskonstellationen nicht mehr erforderlich.⁵⁶⁵

⁵⁶⁵ Siehe oben unter C.III.

Kapitel 4 Schuldrechtliche Befreiungsansprüche des Bürgen

Die Bürgschaftskündigung gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger vermag den Bürgen nur vor der Entstehung neuer Einstandspflichten zu bewahren, hat aber keine Auswirkungen auf bereits entstandene Einstandspflichten. Eine Befreiung von bereits entstandenen Einstandspflichten vermag der Bürge unter Umständen jedoch über schuldrechtliche Ansprüche gegen den Hauptschuldner oder den Bürgschaftsgläubiger zu erreichen, welche die lediglich zukunftsbezogenen Kündigungswirkungen ergänzen können. Befreiungsansprüche können bei erfolgreicher Geltendmachung gegen den Hauptschuldner oder den Bürgschaftsgläubiger bewirken, dass die nach dem Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung fortbestehenden Einstandspflichten des Bürgen zum Erlöschen gebracht werden und der Bürge endgültig von seinen Bürgschaftspflichten frei wird. Schuldrechtliche Befreiungsansprüche des Bürgen können entweder gegen den Hauptschuldner bestehen (hierzu unter A.) oder als Entlassungsansprüche gegen den Bürgschaftsgläubiger (hierzu unter B.).

A. Befreiungsansprüche gegen den Hauptschuldner

In einem bürgschaftsrechtlichen Dreiecksverhältnis existiert nicht nur der Bürgschaftsvertrag zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Bürgen. Der Rechtsgrund dafür, dass der Bürge sich gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger verpflichtet, liegt in dem Verhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner, das seinerseits in der Regel eine schuldrechtliche Verbindung zwischen diesen begründet. Dieses schuldrechtliche Verhältnis kann unterschiedlich ausgestaltet sein. Unabhängig von der rechtlichen Qualifikation des Schuldverhältnisses zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner ist diese als „bürg-

schaftsrechtliches Innenverhältnis“ bezeichnete Verbindung, ebenso wie das Bürgschaftsverhältnis zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Bürgen, Quelle von gegenseitigen Rechten und Pflichten der Parteien. Insbesondere kann das bürgschaftsrechtliche Innenverhältnis – je nach Ausgestaltung – auch einen Anspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner auf Befreiung einer gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger bestellten Bürgschaft begründen.

Das bürgschaftsrechtliche Innenverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner ist vielgestaltig, so dass es nicht einen einzigen allgemeinen Befreiungsanspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner gibt. Die verschiedenen Befreiungsansprüche haben vielmehr teilweise sich überschneidende und teilweise unterschiedliche Voraussetzungen, die sich gegenseitig ausschließen oder auch ergänzen können. Sofern aber ein Befreiungsanspruch besteht, ist dessen Inhalt unabhängig von der Klassifizierung des zugrunde liegenden bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnisses einheitlich, wobei die gerichtliche Geltendmachung einige Besonderheiten aufweist (hierzu unter I.). Im Anschluss an die Darstellung der gerichtlichen Geltendmachung werden der Anwendungsbereich und die Reichweite gesetzlicher und vertraglicher Befreiungsansprüche erläutert (hierzu unter II.). Ein Befreiungsanspruch in Bezug auf bereits entstandene Einstandspflichten des Bürgen kann sich insbesondere bei Beendigung eines der Bürgschaft im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zugrunde liegenden Auftrags ergeben. Es wird daher gesondert untersucht, unter welchen Voraussetzungen ein Bürge den Auftrag zur Bürgschaftsbestellung kündigen kann.

Abschließend wird darauf eingegangen, ob auch bereits vor der Geltendmachung von Befreiungsansprüchen eine Nebenpflicht des Hauptschuldners besteht, die Bürgschaftsverpflichtungen des Bürgen nach einer Bürgschaftskündigung besonders gering zu halten (hierzu unter III.).

I. Vollstreckung eines Anspruchs auf Befreiung von bereits entstandenen Einstandspflichten

Im Folgenden wird zunächst der Inhalt eines schuldrechtlichen Befreiungsanspruchs dargestellt (hierzu unter 1.). Es folgt ein kurzer Überblick zu den verschiedenen Vollstreckungsinstrumenten und eine Einordnung des Anspruchs auf Freistellung von Zahlungsverpflichtungen in das System des Vollstreckungsrechts (hierzu unter 2.). Anschließend folgt eine Diskussion der Möglichkeiten zur Durchsetzung von Ansprüchen auf Befreiung von bürgschaftsrechtlichen Einstandspflichten (hierzu unter 3.). Abschließend erfolgt eine Bestimmung des Fälligkeitszeitpunktes von Befreiungsansprüchen (hierzu unter 4.).

1. Inhalt schuldrechtlicher Befreiungsansprüche

Ein Befreiungsanspruch gibt dem Gläubiger des Befreiungsanspruchs das Recht, vom Schuldner des Befreiungsanspruchs zu verlangen, dass dieser ihn gegenüber einem Dritten von einer Verbindlichkeit freistellt. Welche Handlung des Schuldners des Befreiungsanspruchs für diese Freistellung erforderlich ist, hängt dabei von der Art der Verbindlichkeit ab, die der Gläubiger des Befreiungsanspruchs gegenüber dem Dritten hat. Bei mehreren Möglichkeiten zur Befreiung des Gläubigers des Befreiungsanspruchs hat der Schuldner des Befreiungsanspruchs ein Wahlrecht bezüglich der Art, wie er die Befreiung bewirken möchte. Bei einem Anspruch auf die Befreiung von Geldforderungen kann der Schuldner des Befreiungsanspruchs diese beispielsweise direkt durch Erfüllung gemäß §§ 362 Abs. 1, 267 Abs. 1 S. 1 BGB zum Erlöschen bringen, durch eine Aufrechnung gemäß § 389 BGB oder durch eine Einwirkung auf den Dritten, damit er mit dem Gläubiger des Befreiungsanspruchs einen Erlassvertrag gemäß § 397 Abs. 1 BGB schließt.

Der Befreiungsanspruch hat keine direkten Auswirkungen auf die Verbindlichkeit des Gläubigers des Befreiungsanspruchs gegenüber dem Dritten. Die Forderung des Dritten muss daher durch eine Rechtshandlung des Dritten oder eine Erfüllungshandlung des Schuldners des Befreiungsanspruchs aktiv zum Erlöschen gebracht werden.

2. Vollstreckung von Ansprüchen auf Freistellung von Zahlungsverpflichtungen

Die Zielrichtung der Vollstreckung bestimmt die Wahl des Zwangsmittels. In der Vollstreckung wird danach unterschieden, ob es sich bei der durchzusetzenden Leistung um einen Geldanspruch (hierzu unter **a**), eine unvertretbare Handlung des Vollstreckungsschuldners, die nur von diesem selbst vorgenommen werden kann und von dessen Willen abhängt (hierzu unter **b**) oder eine vertretbare Handlung des Vollstreckungsschuldners handelt, die von einem Dritten ebenso vorgenommen werden kann wie vom Vollstreckungsschuldner selbst (hierzu unter **c**)). Ansprüche auf Freistellung können auf unterschiedliche Weise erfüllt werden, so dass die Identifizierung des probaten Zwangsmittels problematisch ist (hierzu unter **d**)).

a) Vollstreckung von Geldforderungen

Ein Geldanspruch wird üblicherweise gemäß §§ 803, 829, 835 ZPO im Wege eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses durchgesetzt.⁵⁶⁶ Der Vollstreckungsgläubiger erhält die Befugnis, einen Geldbetrag in Höhe der Vollstreckungsforderung des Vollstreckungsgläubigers direkt bei einem Drittenschuldner des Vollstreckungsschuldners einzuziehen, ohne dass es hierfür einer Mitwirkung des Vollstreckungsschuldners bedarf.⁵⁶⁷ Pfändungsgegenstand sind hierbei häufig Ansprüche aus vertraglichen Beziehungen zu Kreditinstituten.⁵⁶⁸

b) Vollstreckung von unvertretbaren Handlungen

Wenn nicht die Erfüllung einer Geldforderung, sondern eine andere Handlung des Schuldners durch Vollstreckung erreicht werden soll, kommt es darauf an, ob es sich um eine vertretbare Handlung des

⁵⁶⁶ Schuschke/Walker-Schuschke, § 844 Rn. 1; Zöller-Stöber, § 844 Rn. 1.; Prütting/Stickelbrock, Zwangsvollstreckungsrecht, S. 136.

⁵⁶⁷ Vgl. Zöller-Stöber, § 836 Rn. 2; Prütting/Stickelbrock, Zwangsvollstreckungsrecht, S. 136.

⁵⁶⁸ Schuschke/Walker-Schuschke, Anhang zu § 829 Rn. 1.

Vollstreckungsschuldners handelt oder um eine unvertretbare Handlung. Eine unvertretbare Handlung kann nur vom Schuldner selbst vorgenommen werden und hängt von dessen Willen ab.⁵⁶⁹ Diese wird gemäß § 888 ZPO vollstreckt, der Zwangsmaßnahmen gegen den Schuldner persönlich ermöglicht, etwa durch Verhängung eines Zwangsgelds oder Zwangshaft, um diesen zur Vornahme der unvertretbaren Handlung zu bewegen.

c) Vollstreckung von vertretbaren Handlungen

Eine vertretbare Handlung kann von einem Dritten ebenso vorgenommen werden wie vom Vollstreckungsschuldner selbst. § 888 ZPO ist in diesem Fall nicht anwendbar. Eine vertretbare Handlung sind beispielsweise Räumungspflichten, da diese von jedem durchgeführt werden können, der grundsätzlich dazu qualifiziert ist. Bei einer vertretbaren Handlung erfolgt die Vollstreckung über § 887 ZPO. Der Vollstreckungsgläubiger kann die vertretbare Handlung des Vollstreckungsschuldners im Wege der Ersatzvornahme (von einem Dritten) erfüllen (lassen) und die Kosten hierfür als Kosten der Zwangsvollstreckung gemäß § 788 ZPO gegen den Vollstreckungsschuldner als Geldforderung geltend machen.⁵⁷⁰ Sobald der Anspruch auf Vornahme einer vertretbaren Handlung tituliert ist, kann der Vollstreckungsgläubiger gemäß § 887 Abs. 1 ZPO beim Prozessgericht eine Ermächtigung zur Ersatzvornahme erwirken und zugleich beantragen, den Vollstreckungsschuldner gemäß § 887 Abs. 2 ZPO zur Vorauszahlung der Kosten zu verurteilen, die durch die Vornahme der vertretbaren Handlung entstehen werden.⁵⁷¹ Damit kann der Vollstreckungsgläubiger direkt in das Vermögen des Vollstreckungsschuldners vollstrecken, ohne dass er einem Dritten gegenüber in Vorleistung gehen muss. In diesem Fall ist er nicht gezwungen, das Insolvenzrisiko des Vollstreckungsschuldners bis zur Vollstreckung der Kosten einer bereits vorgenommen Ersatzvornahme zu tragen.

⁵⁶⁹ Vgl. Zöller-Stöber, § 888 Rn. 2.

⁵⁷⁰ Vgl. Zöller-Stöber, § 887 Rn. 9.

⁵⁷¹ BGH, NJW 1958, 497, 497; OLG Hamm, NJW 1960, 923, 923; MünchKommZPO-Gruber, § 887 Rn. 36; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, S. 147.

d) Vollstreckung von Ansprüchen auf Freistellung

Die unterschiedlichen Möglichkeiten zur Erfüllung einer Verpflichtung zur Freistellung von Verbindlichkeiten erschwert bei Erfullungsverweigerung durch den Schuldner des Freistellungsanspruchs die Wahl der adäquaten Vollstreckungsmaßnahme.

Auch im Falle eines Anspruchs auf Freistellung von einer Zahlungsverpflichtung erfolgt eine Vollstreckung nicht nach den Regeln zur Vollstreckung einer Geldforderung gemäß §§ 803, 829 ZPO, da der Schuldner des Freistellungsanspruchs keine Zahlung an den Gläubiger des Freistellungsanspruchs selbst schuldet, sondern eine Freistellungshandlung gegenüber einem Dritten. Die Vollstreckung eines Freistellungsanspruchs kann auch nicht ohne Weiteres als vertretbare Handlung im Wege der Ersatzvornahme nach der Maßgabe von § 887 ZPO erfolgen. Wenn der Freistellungsanspruch sich beispielsweise auf die Befreiung von einer Zahlungsverpflichtung bezieht und der Gläubiger des Freistellungsanspruchs durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluss in das Vermögen des Schuldners des Freistellungsanspruchs vollstreckt, um die Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten aus dem Erlös der Pfändung zu befriedigen, wäre dem Schuldner von vornherein die Möglichkeit genommen, seine Freistellungsverpflichtung auf andere Art als durch Erfüllung gemäß § 362 BGB, beispielsweise durch Initiierung eines Erlassvertrages gemäß § 397 Abs. 1 BGB, zu erfüllen.

Es stellt sich daher die Frage, ob der Gläubiger des Freistellungsanspruchs für den Fall, dass dem Schuldner theoretisch mehrere Erfüllungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, verpflichtet sein kann, den Schuldner in einem zweistufigen Vorgehen zunächst im Wege der Vollstreckung einer unvertretbaren Handlung gemäß § 888 ZPO zur Ausübung seines Wahlrechts zu zwingen, um erst danach die Freistellungshandlung selbst als vertretbare Handlung im Wege der Ersatzvornahme zu vollstrecken.

Um die Rechte des Schuldners eines Freistellungsanspruchs nicht unangemessen einzuschränken, muss diesem zumindest die Möglichkeit gegeben werden, die Art und Weise, auf die er seine Freistellungsverpflichtung erfüllen möchte, selbst zu wählen. Es sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen der Schuldner des Freistellungsanspruchs selbst Geschäftsbeziehungen zu dem Dritten, von dessen An-

sprüchen sich der Gläubiger des Freistellungsanspruchs freistellen lassen möchte, unterhält. In einem solchen Fall könnte der Schuldner des Freistellungsanspruchs ein großes Interesse daran haben, seine Freistellungsverpflichtung über eine Vereinbarung mit dem Dritten zu regeln. Es ist daher erforderlich, dass der Gläubiger eines Freistellungsanspruchs dem Schuldner des Freistellungsanspruchs im Vorfeld der Vollstreckung eine Frist zur Ausübung seines Wahlrechts setzt. Lässt der Schuldner des Freistellungsanspruchs diese Frist verstreichen, ist der Gläubiger des Freistellungsanspruchs gemäß § 264 BGB analog⁵⁷² berechtigt, das Wahlrecht des Schuldners des Freistellungsanspruchs selbst auszuüben.

Für die Setzung einer Frist zur Ausübung seines Wahlrechts ist es jedoch nicht erforderlich, dass der Gläubiger des Freistellungsanspruchs den Schuldner nach Titulierung seines Anspruchs noch einmal ausdrücklich zur Ausübung seines Wahlrechts auffordert. Es reicht vielmehr aus, wenn der Schuldner bereits im Vorfeld der Titulierung zur Erfüllung der Freistellungspflicht aufgefordert worden ist. Das Wahlrecht des Schuldners des Freistellungsanspruchs zwischen den verschiedenen Möglichkeiten zur Freistellung ist auch im Vollstreckungsverfahren noch hinreichend geschützt, da er faktisch zu jedem Zeitpunkt vor der tatsächlichen Vollstreckung noch sein Wahlrecht hinsichtlich des von ihm favorisierten Befreiungsinstruments ausüben kann, indem er – in selbst gewählter Art und Weise – die Freistellung des Gläubigers tatsächlich bewirkt.⁵⁷³ Wenn der Rechtsstreit, in dem der Gläubiger des Freistellungsanspruchs die Titulierung des Freistellungsanspruchs anstrebt, noch nicht abgeschlossen ist, führt das Erlöschen der relevanten Forderung des Dritten, auf die der Freistellungsanspruch sich bezieht, zur Erledigung des Klagebegehrens. Selbst nach der Titulierung kann der Schuldner des Freistellungsanspruchs die relevante Forderung des Dritten, auf die der Freistellungsanspruch sich bezieht, noch zum Erlöschen bringen und im Wege der Vollstreckungsgegenklage die Einstellung des Vollstreckungsverfahrens erreichen.

⁵⁷² OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12. März 1984, Az. 3 WF 40/84, Rn. 1 zitiert nach juris.

⁵⁷³ Vgl. Soergel-Gröschler § 775 Rn. 14 f.; Geißler, JuS 1988, 452, 457.

Im Falle eines Anspruchs auf Freistellung einer Zahlungsverpflichtung kann der Gläubiger des Freistellungsanspruchs das Wahlrecht des Schuldners nach erfolglosem Verstreichen der Frist dahingehend ausüben, dass seine Freistellung von der gegen ihn gerichteten Forderung des Dritten durch Erfüllung gemäß § 362 BGB erfolgen soll. Nach Fristablauf und Titulierung des Anspruchs kann der Gläubiger des Freistellungsanspruchs die geschuldete Handlung des Schuldners des Freistellungsanspruchs, das heißt die Erfüllung der Forderung des Dritten gegen ihn selbst durch Tilgung, im Wege der Ersatzvornahme bewirken und den Ersatz für die aufgewendeten Mittel anschließend als Geldforderung gegen den Schuldner des Freistellungsanspruchs vollstrecken. Sofern der Gläubiger des Freistellungsanspruchs noch keinen Vollstreckungsmaßnahmen des Dritten gegen ihn ausgesetzt ist, die ihn zu einer sofortigen Handlung zwingen, wäre die Beantragung einer Vorauszahlung des Vollstreckungsschuldners gemäß § 887 Abs. 2 ZPO empfehlenswert, um eine Vorleistung des Gläubigers des Freistellungsanspruchs gegenüber dem Dritten zu vermeiden.

3. Vollstreckung eines Anspruchs auf Befreiung von einer Bürgschaft

In einer Bürgschaftskonstellation führt ein bestehender Befreiungsanspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner nicht unmittelbar zu einem Erlöschen der Einstandspflichten, die der Bürge gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger hat. Es wird vielmehr eine Pflicht des Hauptschuldners begründet, die Befreiung des Bürgen von seinen Bürgschaftsverbindlichkeiten zu erreichen.

Ein Anspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner auf Befreiung von Einstandspflichten ist nicht entsprechend eines Anspruchs auf Freistellung von einer Zahlungsverpflichtung zu vollstrecken (hierzu unter a)), sondern ist entsprechend der allgemeinen Grundsätze zur Vollstreckung von Freistellungsansprüchen auf die Vornahme einer vertretbaren Handlung gerichtet (hierzu unter b)).

a) Keine Vollstreckung des Anspruchs auf Befreiung von Einstandspflichten als Geldforderung

In Bürgschaftskonstellationen besteht erst nach dem Eintritt des Sicherungsfalls eine Zahlungsverpflichtung des Bürgen gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger, so dass ein Befreiungsanspruch des Bürgen vor diesem Zeitpunkt nicht auf die Freistellung von einer Zahlungsverpflichtung gerichtet sein kann. Auch eine gerichtliche Geltendmachung des Befreiungsanspruchs führt nicht zu dessen vorzeitiger Umwandlung in einen Geldanspruch, selbst wenn der Bürge bereits von dem Bürgschaftsgläubiger in Anspruch genommen wird, solange die Einstandspflicht noch nicht vollstreckt wurde.⁵⁷⁴

b) Vollstreckung des Anspruchs auf Befreiung von Einstandspflichten als vertretbare Handlung

Die Befreiung von Bürgschaftsverpflichtungen kann auf unterschiedliche Weise erfolgen. Ohne die Mitwirkung des Bürgschaftsgläubigers kann der Hauptschuldner das Erlöschen der Bürgschaftsforderungen insbesondere durch die Tilgung der gesicherten Hauptforderung erreichen. Im Übrigen ist eine Vereinbarung mit dem Bürgschaftsgläubiger darüber erforderlich, dass dieser dem Bürgen bereits entstandene Einstandspflichten erlässt.⁵⁷⁵

Die Vollstreckung eines titulierten Anspruchs auf Befreiung von Sicherheiten richtet sich – wie der Anspruch auf die Freistellung von Zahlungsverpflichtungen – nach § 887 ZPO.⁵⁷⁶ Dass dem Hauptschuldner damit seine Wahlfreiheit hinsichtlich des von ihm favorisierten Befreiungsinstruments genommen wird, ist nach den oben unter **2.d)** dargestellten Grundätzen zur Vollstreckung von Ansprüchen auf Freistellung von Zahlungsverpflichtungen hinzunehmen.⁵⁷⁷

574 BGH, NJW 2000, 1643, 1643 f.; Görmer, JuS 2009, 7, 10.

575 Prütting/Wegen/Weinreich-Brödermann, § 775 Rn. 16; ausführlich zu den verschiedenen Varianten einer Befreiung des Bürgen Geißler, JuS 1988, 452, 454.

576 Staudinger-Horn, § 775 Rn. 5; MünchKommBGB-Habersack, § 775 Rn. 11 a; Soergel-Gröschler, § 775 Rn. 15; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, S. 147; Geißler, JuS 1988, 452, 456 f.

577 Soergel-Gröschler, § 775 Rn. 14 f.

Nach Titulierung des Befreiungsanspruchs gibt es für den Gläubiger des Befreiungsanspruchs regelmäßig zwei Möglichkeiten der Zwangsvollstreckung, je nachdem ob der Bürgschaftsgläubiger den Bürgen bereits in Anspruch nimmt (hierzu unter **aa**) oder noch nicht (hierzu unter **bb**). Als Minus zu einer endgültigen Befreiung von entstandenen Einstandspflichten des Bürgen kann dieser auch die Beibringung einer Sicherheit für das in Frage stehende Bürgschaftsrisiko verlangen (hierzu unter **cc**).

aa) Vollstreckung des Befreiungsanspruchs wenn der Bürge bereits in Anspruch genommen wird

Nach Titulierung des Befreiungsanspruchs kann der Bürge, falls der Bürgschaftsgläubiger den Bürgen bereits in Anspruch nimmt, seine zur Befriedigung des Bürgschaftsgläubigers aufgewendete Geldzahlung als Vollstreckungsaufwand im Sinne von § 788 ZPO nach §§ 803, 829 ZPO beim Hauptschuldner beitreiben.⁵⁷⁸ In diesem Fall wirkt der Befreiungsanspruch des Bürgen im Ergebnis wie der Regressanspruch gemäß § 774 Abs. 1 BGB, der dazu führt, dass die gesicherte Hauptforderung nach Erfüllung durch den Bürgen im Wege der *cessio legis* auf den Bürgen übergeht und teilt auch die entscheidende Schwäche des § 774 Abs. 1 BGB: Sobald der Bürgschaftsgläubiger statt des Hauptschuldners den Bürgen in Anspruch nimmt, ist der Hauptschuldner regelmäßig bereits nicht mehr solvent und alle schuldrechtlichen Ansprüche gegen ihn damit weitgehend wertlos. Es ist für den Bürgen daher nicht sinnvoll, mit einer Vollstreckung von Befreiungsansprüchen so lange zu warten, bis der Bürgschaftsgläubiger ihn tatsächlich in Anspruch nimmt. Sofern die Voraussetzungen des Befreiungsanspruchs bereits zu einem Zeitpunkt vorliegen, in dem der Sicherungsfall noch nicht eingetreten und der Hauptschuldner noch solvent ist, wäre für den Bürgen ein schnelles Vorgehen gegen den Hauptschuldner empfehlenswert.

⁵⁷⁸ MünchKommBGB-Habersack, § 775 Rn. 11 a.

bb) Vollstreckung des Befreiungsanspruchs vor einer Inanspruchnahme des Bürgen

Vor der Entstehung einer Zahlungspflicht des Bürgen gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger durch Eintritt des Sicherungsfalls, kann die Befreiung von Einstandspflichten nicht in jedem Fall durch Errichtung eines bestimmten Geldbetrages an den Bürgschaftsgläubiger erfolgen. Eine Geldzahlung bringt Einstandspflichten des Bürgen nur dann zum Erlöschen, wenn sie die gesicherte Hauptforderung tilgt. Gerade in dem Zeitraum, in dem für den Bürgen ein Befreiungsanspruch interessant ist – nämlich bevor die gesicherte Hauptforderung fällig und der Sicherungsfall eingetreten ist – kommt eine vorzeitige Tilgung der gesicherten Hauptforderung aber häufig gar nicht in Betracht. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn die gesicherte Hauptforderung ein Darlehen mit gebundenem Sollzinssatz ist, das nach § 489 Abs. 1 BGB für die Dauer der vereinbarten Zinsbindung nicht einseitig vorzeitig erfüllbar ist.

Wenn die Einstandspflichten des Bürgen nicht durch vorzeitige Tilgung der Hauptforderung zum Erlöschen gebracht werden können, ist eine Befreiung des Bürgen nur durch dreiseitige Vereinbarung zwischen dem Bürgen, dem Hauptschuldner und dem Bürgschaftsgläubiger möglich. Eine Befreiung des Bürgen aufgrund einer Vereinbarung unter Mitwirkung des Bürgschaftsgläubigers ist hingegen nicht vollstreckbar, da der Bürgschaftsgläubiger im Hinblick auf das bürgerrechtliche Innenverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner, aus dem der Befreiungsanspruch entstammt, ein außenstehender Dritter ist, dessen Mitwirkung über einen titulierten Anspruch nur gegen den Hauptschuldner nicht erzwingbar ist.⁵⁷⁹ Vor einer Inanspruchnahme des Bürgen durch den Bürgschaftsgläubiger kann der Anspruch auf Befreiung von Einstandspflichten gegen den Hauptschuldner daher *de facto* häufig nicht direkt durchgesetzt werden.

⁵⁷⁹ Vgl. auch Geißler, JuS 1988, 452, 457.

cc) Vollstreckung des Befreiungsanspruchs durch Sicherheitenbestellung

In jedem Fall kann der Bürge vom Hauptschuldner aber als Minus zu einer Befreiung von Einstandspflichten die Beibringung einer Sicherheit für das in Frage stehende Bürgschaftsrisiko verlangen und im Zweifel auch vollstrecken.⁵⁸⁰ Die Bestellung von Sicherheiten ist eine vertretbare Handlung und wird daher über § 887 BGB vollstreckt.⁵⁸¹ Das Wahlrecht, das der Schuldner gemäß § 232 BGB hinsichtlich der Art der Sicherheit hat, die er bestellen möchte, kann der Gläubiger des Befreiungsanspruchs in der Zwangsvollstreckung gemäß § 264 BGB analog⁵⁸² – nach Ablauf einer Frist – selbst ausüben. Da eine Zwangsvollstreckung am einfachsten und schnellsten durchführbar ist, wenn sie auf Geldzahlung gerichtet ist, wird der Bürge häufig eine Art der Sicherheitenbestellung wählen, die durch Bargeld geleistet werden kann. Dies ist insbesondere bei der Hinterlegung gemäß § 233 BGB der Fall, bei der ein Geldbetrag bei der Justizkasse des jeweiligen Bundeslandes oder einer bestimmten Gemeinde deponiert und aufbewahrt wird.⁵⁸³ Der Anspruch auf Sicherheitenbestellung umfasst dabei das maximale Bürgschaftsrisiko.⁵⁸⁴ Darüber hinaus besteht vor einer betragsmäßigen Fixierung des Bürgschaftsrisikos durch eine Bürgschaftskündigung und für den Zeitraum nach Kündigung der Bürgschaft, aber vor Ablauf einer etwaigen Kündigungsfrist, ein Ergänzungsanspruch⁵⁸⁵ gemäß § 240 BGB, falls sich das Bürgschaftsrisiko zwischenzeitlich erhöht.

Für den Fall einer Inanspruchnahme des Bürgen durch den Bürgschaftsgläubiger hat dieser die Möglichkeit, die vom Hauptschuldner im Wege der Zwangsvollstreckung bestellte Sicherheit zu verwerten.

⁵⁸⁰ OLG Frankfurt a.M., JurBüro 1978, 770, 770; Soergel-Gröschler, § 775 Rn. 15; vgl. auch Geißler, JuS 1988, 452, 457.

⁵⁸¹ BGH, NJW 1957, 1514, 1515.

⁵⁸² OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12. März 1984, Az. 3 WF 40/84, Rn. 1 zitiert nach juris.

⁵⁸³ Vgl. z.B. § 1 Abs. 3 HbgHintG, § 1 Abs. 3 BbgHintG oder Art. 2 Abs. 3 BayHintG.

⁵⁸⁴ Soergel-Gröschler, § 765 Rn. 15; in anderem Zusammenhang auch RG, JW 1927, 1689, 1690.

⁵⁸⁵ Vgl. Soergel-Gröschler, § 765 Rn. 15.

4. Fälligkeit von Ansprüchen auf Befreiung von Einstandspflichten

Gesetzliche Befreiungsansprüche werden mit ihrer Entstehung sofort fällig. Auf die Fälligkeit der Verbindlichkeit, auf die der Befreiungsanspruch sich bezieht, kommt es hierbei nicht an (hierzu unter a)). Für die Bestimmung des Fälligkeitszeitpunktes von vertraglichen Befreiungsansprüchen kommt es auf die diesbezüglich getroffene Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien an. Sofern eine diesbezügliche Regelung fehlt, werden auch vertragliche Befreiungsansprüche nach allgemeinen Grundsätzen sofort fällig (hierzu unter b)).

a) Fälligkeit gesetzlicher Befreiungsansprüche

Die gesetzlichen Befreiungsansprüche werden zum Zeitpunkt ihrer Entstehung fällig. Es gilt die allgemeine Fälligkeitsregelung des § 271 Abs. 1 BGB, der besagt, dass ein Gläubiger eine Leistung im Zweifel sofort verlangen kann. Für die Bestimmung des Fälligkeitszeitpunktes kommt es nicht darauf an, ob auch die Verbindlichkeit, auf die der Befreiungsanspruch sich bezieht, bereits fällig ist und somit eine Inanspruchnahme des Gläubigers des Befreiungsanspruchs unmittelbar droht. Für den auftragsrechtlichen Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB, den bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB und den gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 3 BGB ist jeweils vielmehr ausdrücklich normiert, dass der Schuldner eines Befreiungsanspruchs, der sich auf Verbindlichkeiten bezieht, die noch nicht fällig sind, die Wahl hat, ob er den Gläubiger von der Verbindlichkeit befreien oder stattdessen Sicherheit leisten möchte. Ein Befreiungsanspruch ist vor Fälligkeit der Verbindlichkeit, auf die er sich bezieht, demnach dahingehend modifiziert, dass der Gläubiger keine vollständige Befreiung verlangen kann; der Befreiungsanspruch ist aber jedenfalls im Hinblick auf eine Sicherheitsleistung sofort fällig und durchsetzbar.

Dem Schuldner des Befreiungsanspruchs wird für den Zeitraum zwischen dem Eintritt der Fälligkeit des Befreiungsanspruchs und dem Eintritt der Fälligkeit der Verbindlichkeit, auf die der Befreiungsanspruch sich bezieht, die zusätzliche Option gewährt, statt der tatsächlichen Befreiung von einer Verbindlichkeit, eine Sicherheit für den Be-

freiungsanspruch zu bestellen. Dies kann für den Schuldner des Befreiungsanspruchs beispielsweise von Vorteil sein, wenn die vorzeitige Ablösung einer noch nicht fälligen Verbindlichkeit, auf die der Befreiungsanspruch sich bezieht, zusätzliche Kosten verursachen würde, etwa wegen anfallender Vorfälligkeitsentschädigungen. Diese Wahlmöglichkeit des Schuldners des Befreiungsanspruchs hinsichtlich der Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber dem Gläubiger des Befreiungsanspruchs hat jedoch keine Auswirkungen auf den sofortigen und von der Fälligkeit der Verbindlichkeit, auf die der Befreiungsanspruch sich bezieht, unabhängigen Eintritt der Fälligkeit des Befreiungsanspruchs selbst.⁵⁸⁶

Übertragen auf den Anspruch auf Befreiung von Sicherheiten bedeutet das, dass der Befreiungsanspruch des Bürgen unabhängig von dem Stadium, in dem die gesicherte Verbindlichkeit sich befindet, sofort fällig wird und geltend gemacht werden kann.⁵⁸⁷ Für die Fälligkeit des Anspruchs eines Bürgen auf Befreiung von seinen Einstandspflichten für Verbindlichkeiten des Hauptschuldners kommt es daher nicht auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Einstandspflicht des Bürgen an, die erst mit dem Sicherungsfall eintritt.

b) Fälligkeit vertraglicher Befreiungsansprüche

Vertraglich vereinbarte Befreiungs- beziehungsweise Freistellungsansprüche sind anders als die gesetzlichen Ansprüche nicht ohne Weiteres sofort fällig.⁵⁸⁸ Es kommt vielmehr darauf an, was die Vertragsparteien diesbezüglich vereinbart haben. Wenn Befreiungsansprüche im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gewonnen wurden, existiert keine ausdrückliche Fälligkeitsvereinbarung zwischen den Vertragsparteien, so dass diesbezüglich auf den hypothetischen Parteiwillen abgestellt werden muss. Sofern keine außergewöhnliche Interessenlage besteht, ist hierfür auf die gesetzliche Wertung des § 271 Abs. 1 BGB abzustellen und von einer sofortigen Fälligkeit auszugehen. Entspre-

⁵⁸⁶ BGH, NJW 1984, 2151, 2152 f.; Görmer, JuS 2009, 7, 10.

⁵⁸⁷ RGZ 132, 29, 32.

⁵⁸⁸ BGH, NJW-RR 2006, 1718, 1719; 1984, 2151, 2152 f.; differenzierend Görmer, JuS 2009, 7, 10.

chend der gesetzlichen Regelungen zu den gesetzlichen Befreiungsansprüche in §§ 257 S. 2, 775 Abs. 2 BGB und § 738 Abs. 1 S. 3 BGB ist auch hier eine Modifizierungen des Befreiungsanspruchs dahingehend vorzunehmen, dass der Schuldner vor Fälligkeit der Verbindlichkeit, auf die der Befreiungsanspruch sich bezieht, statt einer vollständigen Befreiung auch Sicherheit leisten kann.

II. Anwendungsbereich und Voraussetzungen von Befreiungsansprüchen

Je nach Art und Ausgestaltung des bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnisses zwischen dem Bürgen und dem Hauptshuldner können dem Bürgen unterschiedliche gesetzliche und vertragliche Ansprüche auf Befreiung von bereits entstandenen Einstandspflichten für Verbindlichkeiten des Hauptshuldners zustehen. Im Folgenden werden zunächst Anwendungsbereich und Reichweite des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB erläutert (hierzu unter 1.) sowie die Bedeutung des auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß §§ 670, 662, 257 BGB als Auffangtatbestand für den Fall, dass dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zugrunde liegende Auftragsverhältnisse bereits beendet sind (hierzu unter 2.). Es folgt eine Diskussion zu Anwendungsbereich und Reichweite des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB (hierzu unter 3.). Im Anschluss werden vertragliche Befreiungsansprüche dargestellt, die sich bei fehlender ausdrücklicher Regelung aus ergänzender Vertragsauslegung ergeben können (hierzu unter 4.).

1. Bürgschaftsrechtlicher Anspruch des Bürgen auf Befreiung von Einstandspflichten gemäß § 775 Abs. 1 BGB

In Bürgschaftsverhältnissen kann dem Bürgen ein bürgschaftsrechtlicher Befreiungsanspruch gegen den Hauptshuldner gemäß § 775 Abs. 1 BGB zustehen, sofern der Anwendungsbereich eröffnet ist (hierzu unter a)) und dessen weitere Voraussetzungen vorliegen (hier-

zu unter b)aa)). Der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch ist wirtschaftlich jedoch zumeist wertlos und seine praktische Relevanz daher gering (hierzu unter b)bb)).

a) Anwendungsbereich des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs

Der Anwendungsbereich des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 BGB ist eröffnet, wenn dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner ein Auftragsverhältnis zugrunde liegt (hierzu unter aa)) oder dem Bürgen über Verweisnormen die Rechte eines Beauftragten zustehen (hierzu unter bb)).

aa) Vorliegen eines Auftragsverhältnisses zwischen Bürgen und Hauptschuldner

Das bürgschaftsrechtliche Innenverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner ist besonders häufig als Auftragsverhältnis ausgestaltet. Die Bestellung einer Bürgschaft im privaten Umfeld und ohne Vergütungsabreden zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner ist häufig als unentgeltlicher Auftrag im Sinne der §§ 662 ff. BGB zu klassifizieren (hierzu unter (1)). Das bürgschaftsrechtliche Innenverhältnis zwischen Ehepartnern, von denen der eine Verbindlichkeiten des anderen durch Bürgschaft besichert hat, ist im Regelfall ebenfalls als unentgeltliches Auftragsverhältnis zu behandeln, wobei dieses aber durch familienrechtliche Grundsätze überformt wird (hierzu unter (2)).

(1) Bürgschaftsrechtliches Innenverhältnis als unentgeltlicher Auftrag

Die Bestellung einer Bürgschaft ist häufig als unentgeltlicher Auftrag im Sinne der §§ 662 ff. BGB zu klassifizieren. Ein unentgeltlicher Auftrag gemäß § 662 BGB liegt vor, wenn eine Person sich verpflichtet, ein von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen. Die Vereinbarung eines Auftragsverhältnisses, das sich auf die Übernahme einer Bürgschaft bezieht, erfolgt in vielen Fällen

nicht ausdrücklich. Das Angebot zum Vertragsschluss geht entweder vom Hauptschuldner aus, wenn dieser den potentiellen Bürgen bittet, eine Sicherheit für ihn zu bestellen oder vom Bürgen, wenn dieser un aufgefordert die Bestellung einer Sicherheit anbietet, nachdem ihm die Notlage des Hauptschuldners zur Kenntnis gekommen ist. Die Annahme des Angebots zur Vereinbarung eines Auftrags erfolgt ausdrücklich oder konkludent durch die tatsächliche Absprache mit dem Gläubiger und Bestellung der Sicherheit.

Der Sicherheitenbestellung liegt ein Auftragsverhältnis zugrunde, wenn sie als unentgeltliche Geschäftsbesorgung für einen anderen ver einbart wurde, was Uneigennützigkeit voraussetzt. Voraussetzung eines Auftragsverhältnisses zwischen Sicherungsgeber und Hauptschuldner ist daher, dass der Sicherungsgeber nicht in das gesicherte Vertragsverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dessen Gläubiger involviert ist. Diese Voraussetzung ist im bürgschaftsrechtlichen Dreiecksverhältnis üblicherweise erfüllt, da eine Bürgschaft ohnehin nur von Dritten abgegeben werden kann, die außerhalb des zu besichernden Vertragsverhältnisses stehen.

Schließlich darf auch keine über den Ersatz von Aufwendungen hinausgehende Vergütung des Auftragnehmers vereinbart sein. Diese Voraussetzung ist bei der Bürgschaftsbestellung im privaten Umfeld ganz regelmäßig erfüllt. Ein Bürge ist zur Bestellung einer Bürgschaft häufig allein aufgrund einer persönlichen Verbundenheit mit dem Hauptschuldner bereit. Eine Vergütung erhält der Bürge in solchen Konstellationen üblicherweise nicht.

Bei einer unentgeltlichen Bürgschaftsbestellung liegt dieser, sofern keine spezielleren Regelungen eingreifen, regelmäßig ein Auftragsverhältnis gemäß §§ 662 ff. BGB zugrunde.

(2) Bürgschaftsrechtliches Innenverhältnis bei Ehegattenbürgschaft

Die Bestellung von Sicherheiten durch einen Ehepartner für Verbindlichkeiten des anderen Ehepartners begründet in der Regel keine konkludente Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Es kann zwar auch ohne ausdrückliche Regelung hierüber zwischen Ehepartnern – zusätzlich zur Ehe – ein stillschweigend abgeschlossener Ver-

trag zur Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehen.⁵⁸⁹ Dafür müssen die Ehepartner aber durch ihre beiderseitigen Leistungen einen über den typischen Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgt haben.⁵⁹⁰ Für einen solchen gemeinsamen Zweck reicht es nicht aus, wenn der eine Ehepartner dem anderen Ehepartner Finanzmittel oder Sicherheiten – beispielsweise eine Bürgschaft – zur Verfügung stellt, damit dieser ohne jegliche Mitwirkung des sichernden Ehepartners eine Geschäftstätigkeit aufbauen oder ausüben kann.⁵⁹¹ Dies gilt insbesondere, wenn ein Kreditinstitut eine Bürgschaft des Ehepartners zur Verhinderung von Vermögensverschiebungen verlangt hat und nicht deshalb, weil der bürgende Ehepartner ebenfalls geschäftstätig ist.

Sofern die hohen Anforderungen an eine Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwischen Ehepartnern nicht erfüllt sind, besteht im Normalfall ein stillschweigend vereinbartes familienrechtlich begründetes besonderes Schuldverhältnis, das wie ein Auftragsverhältnis zu behandeln ist.⁵⁹²

Das familienrechtliche Schuldverhältnis zwischen zwei Ehepartnern begründet einen auftragsrechtlichen Befreiungsanspruch des einen Ehepartners gegenüber dem anderen Ehepartner.⁵⁹³ Die Sicherheitenbestellung durch einen Ehepartner ist allerdings im Kontext der familienrechtlichen Verbindung zum anderen Ehepartner zu sehen. Das Auftragsrecht ist in Bezug auf familienrechtliche Schuldverhältnisse daher in mehrfacher Hinsicht zu modifizieren, um der speziellen Interessenlage einer Sicherheitenbestellung in Eheverhältnissen gerecht zu werden.⁵⁹⁴ Insbesondere sind bis zu dem Zeitpunkt, in dem

589 Zur Möglichkeit des Abschlusses eines GbR-Vertrages zwischen Ehepartnern, wenn über die Ehe hinaus weitere gemeinsame Zwecke vorliegen, vgl. MünchHdb. GesR I-Schücking, § 2 GbR Rn. 18 f.

590 BGH, NJW 1999, 2962, 2964, 2966 mwN.

591 BGH, WM 1972, 661, 661; NJW 1999, 2962, 2964.

592 BGH, NJW 1989, 1920, 1921 f.; WM 1972, 661, 661; 1955, 377, 380; OLG Bremen, NJW-RR 2001, 1627, 1627; *Derleder/Bartels*, FuR 1995, 224, 227.

593 BGH, NJW 1989, 1920, 1922; WM 1955, 377, 380; OLG Bremen, NJW-RR 2001, 1627, 1627; Soergel-Gröschler, § 775 Rn. 4; *Derleder/Bartels*, FuR 1995, 224, 227; einen generellen Befreiungsanspruch ablehnend OLG Köln, NJW-RR 1994, 52,

592.

594 Dazu ausführlich BGH, WM 1955, 377, 380; NJW 1989, 1920, 1922.

ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung des familienrechtlichen Schuldverhältnisses gemäß § 671 Abs. 2 BGB vorliegt, die auftragsrechtlichen Ansprüche des belasteten Ehepartners gegenüber dem anderen Ehepartner abbedungen.⁵⁹⁵

bb) Anwendbarkeit des Auftragsrechts über Verweisnormen

Der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB hat einen über Auftragsverhältnisse hinaus reichenden Anwendungsbereich, sofern der Bürge die Rechte eines Beauftragten geltend machen kann. Im Ergebnis gilt dieser daher in den meisten Bürgschaftskonstellationen.

Der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB ist anwendbar im Falle einer Geschäftsführung ohne Auftrag, da der Geschäftsführer gemäß § 683 S. 1 BGB seine Aufwendungen wie ein Beauftragter geltend machen kann.

Wenn ein Bürge die Bürgschaft für Verbindlichkeiten des Hauptschuldners nicht unentgeltlich sondern aufgrund einer Vergütungsabrede bestellt, liegt regelmäßig ein Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß §§ 675 ff. BGB vor. Auch in diesem Fall ist der Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB anwendbar, da dem Geschäftsbesorger gemäß § 675 Abs. 1 BGB wesentliche Rechte eines Beauftragten zustehen. Solche Geschäftsbesorgungsverträge werden häufig im Zusammenhang mit Bürgschaften von Kreditinstituten abgeschlossen, die insbesondere bei der Nutzung von Avalllinien relevant werden.

b) Voraussetzungen und praktische Relevanz des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs

Im Folgenden werden zunächst die Voraussetzungen des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs dargestellt (hierzu unter **aa)**) und im Anschluss dessen geringe praktischen Relevanz diskutiert (hierzu unter **bb)**).

⁵⁹⁵ Vgl. BGH, NJW 1989, 1920, 1922.

aa) Vorliegen eines Befreiungsgrundes

Wenn der Anwendungsbereich des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB eröffnet ist, muss als Voraussetzung für die Entstehung eines Befreiungsanspruchs des Bürgen dessen Regressanspruch gegen den Hauptschuldner gemäß § 774 Abs. 1 BGB, nach dem die Hauptforderung des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner, soweit der Bürge den Bürgschaftsgläubiger befriedigt, auf den Bürgen übergeht, durch das Vorliegen eines der in § 775 Abs. 1 Nr. 1-4 BGB abschließend⁵⁹⁶ aufgezählten Befreiungsgründe gefährdet sein.

Ein Befreiungsgrund liegt vor

- gemäß § 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB, wenn eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners eingetreten ist,
- gemäß § 775 Abs. 1 Nr. 2 BGB, bei einer wesentlichen Erschwerung der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner,
- gemäß § 775 Abs. 1 Nr. 3 BGB, wenn der Hauptschuldner hinsichtlich der Erfüllung der gesicherten Verbindlichkeit in Verzug gerät,
- gemäß § 775 Abs. 1 Nr. 4 BGB, beim Vorliegen eines vollstreckbaren Erfüllungsurteils des Bürgschaftsgläubigers gegen den Bürgen.

Sofern die engen Voraussetzungen des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs vorliegen, ist dieser auch bei Bürgschaften aus persönlicher Verbundenheit ohne Vergütungsabreden nicht ohne Weiteres ausgeschlossen. Aus der fehlenden Vereinbarung einer Vergütungspflicht kann bei einer Bürgschaft aus persönlicher Verbundenheit ohne das Vorliegen besonderer Umstände nicht geschlossen werden, dass Befreiungs- oder Regressansprüche des Bürgen gegen den Hauptschuldner für den Fall der Inanspruchnahme des Bürgen durch den

⁵⁹⁶ Staudinger-Horn, § 775 Rn. 8; Prütting/Wegen/Weinreich-Brödermann, § 775 Rn. 8; Planck-Oegg, § 775 Rn. 2; aA MünchKommBGB-Habersack, § 775 Rn. 10. Es spricht viel dafür, dass die gesetzlichen Befreiungsgründe abschließend sind, da in den Gesetzesmaterialien mehrfach erwähnt wird, dass neben diesen auch vertragliche Regelungen möglich sind, nicht aber von anderen möglichen unbenannten gesetzlichen Befreiungsgründen die Rede ist (vgl. Jakobs/Schubert-Jakobs, § 775 Rn. AI (Prot I 2560); Motive II, S. 677 f.).

Bürgschaftsgläubiger abbedungen sind.⁵⁹⁷ Dass der Bürge bereit ist, das Bürgschaftsrisiko – so wie es sich zum Zeitpunkt des Vertragschlusses darstellt – unentgeltlich zu tragen, bedeutet keineswegs, dass er dies auch bei einer Änderung der äußereren Umstände möchte, die eine Befreiung rechtfertigen würden und dass er ohne eine Möglichkeit zum Regress beim Hauptschuldner alle Aufwendungen tragen will, wenn das Bürgschaftsrisiko sich realisiert.

bb) Geringe praktische Relevanz des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs

Die engen Voraussetzungen des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruches gemäß § 775 Abs. 1 BGB führen in der Praxis dazu, dass dieser für den Bürgen weitgehend wertlos ist.⁵⁹⁸ Seine praktische Bedeutung ist daher gering.⁵⁹⁹ Die Befreiungsgründe gemäß § 775 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 BGB setzen jeweils Umstände voraus, die in der Regel erst bei Vorliegen nachhaltiger Liquiditätsprobleme beim Hauptschuldner eintreten. Häufig wird der Hauptschuldner daher zu dem Zeitpunkt, in dem der Bürge vom Vorliegen der Voraussetzungen des Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB erfährt, keine Befreiung des Bürgen mehr bewirken können. Wenn der Hauptschuldner bereits Liquiditätsprobleme hat, ist er regelmäßig nicht mehr in der Lage die gesicherte Hauptforderung vorzeitig zu erfüllen und damit das Erlöschen der akzessorischen Bürgschaft zu erreichen oder den Bürgschaftsgläubiger durch die Bestellung neuer Sicherheiten zum Erlass der Einstandspflichten des Bürgen zu bewegen.

Der Bürge müsste die finanziellen Probleme des Hauptschuldners und damit das Vorliegen des Befreiungsgrundes im Sinne des § 775 Abs. 1 BGB sehr früh erkennen, damit er seinen bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch gegebenenfalls noch vor dem endgültigen Vermögensverfall des Hauptschuldners gerichtlich geltend machen kann. Dies wird zumindest einem Bürgen, der nicht beispielweise aufgrund einer Geschäftsführerstellung umfassend über die Vorgänge beim Hauptschuldner informiert ist, nur selten gelingen. Üblicher-

⁵⁹⁷ BGH, Urteil v. 16. März 2000, Az. IX ZR 10/99, Rn. 12 zitiert nach juris.

⁵⁹⁸ Vgl. Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 27 Rn. 82.

⁵⁹⁹ E/B/J/S-Füller, Rn. IV 611.

weise wird der Bürge von den Liquiditätsproblemen des Hauptschuldners erst erfahren, wenn der Bürgschaftsgläubiger ihn selbst in Anspruch nimmt, was gerade im Falle einer Besicherung von Darlehensverbindlichkeiten erst nach deren Kündigung geschieht und damit erst am Ende des finanziellen Niedergangs des Hauptschuldners.

In den meisten Fällen wird der Bürge den bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner daher nicht mehr durchsetzen können.

2. Bedeutung des auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß §§ 670, 662, 257 BGB als Auffangtatbestand

Für die Sachverhaltskonstellation, in der ein Bürge aufgrund eines bestehenden Auftragsverhältnisses – oder eines gleichgestellten Vertragsverhältnisses – zwischen ihm und dem Hauptschuldner eine Bürgschaft zugunsten des Bürgschaftsgläubigers bestellt, verdrängt der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB den auftragsrechtlichen Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB. Der vorliegende Normenkonflikt wird in diesem Fall über die zentrale Regel zur Bewältigung des Zusammentreffens von sich überschneidenden Normen aufgelöst, die besagt, dass die Spezialnorm die allgemeine Norm derogiert (*lex specialis derogat legi generali*)⁶⁰⁰ (hierzu unter a)).

Für Sachverhaltskonstellationen, in denen ein unentgeltliches Auftragsverhältnis zwischen dem Bürgen/Auftragnehmer und dem Hauptschuldner/Auftraggeber nach Bestellung der Bürgschaft wirksam beendet worden ist, eine Anwendungsvoraussetzung des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB also nachträglich weggefallen ist, stellt sich die Frage, ob weiterhin der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB anwendbar bleibt oder stattdessen der auftragsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB wieder auflebt. Für den Bürgen/Auftragnehmer wäre es sehr vorteilhaft, wenn der auftragsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB anwendbar wäre, da dieser im Kontrast zu den engen Voraussetzungen des bürg-

⁶⁰⁰ Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 197.

schaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB lediglich voraussetzt, dass ein Beauftragter zum Zwecke der Ausführung eines Auftrags Verbindlichkeiten eingegangen ist, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte.

Es folgt zunächst ein Überblick darüber, welche Lösungsansätze in der Rechtsprechung und der Rechtslehre für den Fall vertreten werden, dass ein im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis vereinbarter Auftrag nach Bestellung der Bürgschaft wirksam beendet worden ist (hierzu unter **b**)). Im Anschluss wird dargestellt, dass der Anwendungsbereich des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB bei einer wirksamen Beendigung des Auftragsverhältnisses zwischen dem Bürgen/Auftragnehmer und dem Hauptschuldner/Auftraggeber nach Bestellung der Bürgschaft nicht eröffnet ist und daher nach allgemeinen Spezialitätsgrundsätzen auf den auftragsrechtlichen Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB zurückgegriffen werden kann, der auch nach Beendigung des relevanten Auftragsverhältnisses weiterhin anwendbar bleibt (hierzu unter **c**)). Im Anschluss werden etwaige Einschränkungen für eine Geltendmachung des allgemeinen auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß §§ 670, 662, 257 BGB im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis diskutiert (hierzu unter **d**)). Es folgt eine Darstellung der Voraussetzungen einer einseitigen Beendigung des Bürgschaftsauftrags durch Kündigung des Bürgen/Auftragnehmers (hierzu unter **e**)).

Abschließend wird erörtert, inwieweit für einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag modifizierte Maßstäbe hinsichtlich der Anwendbarkeit des auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß §§ 670, 662, 257 BGB und der Voraussetzungen für eine Beendigung durch Kündigung gelten (hierzu unter **f**)).

a) Bürgschaftsrechtlicher Befreiungsanspruch als lex specialis

Der auftragsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB gewährt einem Auftragnehmer bereits einen Befreiungsanspruch, wenn er zur Erfüllung seines Auftrags eine Verbindlichkeit eingeht. § 775 BGB regelt demgegenüber einen bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch für den Fall, dass ein Beauftragter zur Erfüllung

seines Auftrags eine Bürgschaft bestellt.⁶⁰¹ Der auftragsrechtliche Befreiungsanspruch und der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch haben sich überschneidende Anwendungsbereiche, da die Bestellung einer Bürgschaft für den Bürgen immer eine Verbindlichkeit begründet, die dieser zur Erfüllung des bestehenden Auftragsverhältnisses eingeht. Diese Überschneidung führt zu einem Normenkonflikt, der nicht durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen aufgelöst wird.

Ein Normenkonflikt liegt in einer Situation vor, in der zwei Normen gelten, von denen die eine ein bestimmtes Verhalten, die andere ein mit diesem Verhalten unvereinbares Verhalten vorschreibt⁶⁰² oder zwei Normen im zentralen Anwendungsbereich ihrer Tatbestände für den gleichen Sachverhalt sich gegenseitig ausschließende Rechtsfolgen anordnen⁶⁰³. Der auftragsrechtliche Befreiungsanspruch gewährt einen voraussetzungslosen Befreiungsanspruch für den Fall, dass ein Beauftragter zur Erfüllung seines Auftrags Verbindlichkeiten eingeht, während der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch sehr enge Voraussetzungen hat, die nur in spezifischen Sonderkonstellationen vorliegen. Die Rechtsfolgen der beiden Normen schließen sich daher in vielen Sachverhaltskonstellationen gegenseitig aus, wenn die eine Norm einen Befreiungsanspruch gewährt, die engeren Voraussetzungen der anderen Norm aber nicht erfüllt sind, und diese daher keinen Befreiungsanspruch gewährt.

Im Falle eines Normenkonflikts ist, sofern die Rechtsordnung keine ausdrückliche Regelung vorsieht, der adäquate Konfliktlösungsmechanismus durch Interpretation der positiven Rechtsvorschriften zu ermitteln.⁶⁰⁴ Als Lösungsmechanismus kommt hierbei insbesondere das tradierte Prinzip der *lex-specialis*-Regel in Betracht.⁶⁰⁵ Das Normenstrukturverhältnis der einseitigen Spezialität beruht darauf, dass der Tatbestand der einen Norm, der im Übrigen auch die Vorausset-

601 Motive II, S. 677; RGZ 59, 10, 11 f.; Staudinger-Horn, § 775 Rn. 1; Münch-KommBGB-Krüger, § 257 Rn. 2; MünchKommBGB-Habersack, § 775 Rn. 1; Prütting/Wegen/Weinreich-Brödermann, § 775 Rn. 7; Palandt-Sprau, § 775 Rn. 1; bzgl. der Vorschusspflicht gemäß § 669 BGB, vgl. Protokolle VI, S. 385.

602 Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 209; Potacs, Rechtstheorie, S. 123.

603 Ott, Methode der Rechtsanwendung, S. 203.

604 Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 210; Ott, Methode der Rechtsanwendung, S. 198; Potacs, Rechtstheorie, S. 124 f.

605 Potacs, Rechtstheorie, S. 125.

zungen der anderen Norm enthält, variable Momente der von der anderen Norm erfassten Sachverhalte zum Tatbestandsmerkmal erhebt, ohne dass dies umgekehrt der Fall ist.⁶⁰⁶ Dies kann dadurch geschehen, dass engere Begriffe verwendet werden oder ein Sachverhaltsmoment als Merkmal eingeführt wird, das in Bezug auf die andere Norm ein nicht außergewöhnliches Zusatzmoment darstellt.⁶⁰⁷ Damit ist der Anwendungsbereich der ersten Norm auf diejenigen Fälle beschränkt, die das oder die speziellen Momente aufweisen, wogegen die andere Norm noch einen zusätzlichen Anwendungsbereich besitzt.⁶⁰⁸ Die erste Norm kann als die speziellere, die letztere als allgemeinere Vorschrift bezeichnet werden.⁶⁰⁹ Spezialität liegt hierbei jedenfalls vor, wenn eine Norm alle Merkmale einer anderen und darüber hinaus mindestens ein zusätzliches enthält.⁶¹⁰ In den Fällen der einseitigen Spezialität gebürtig der spezielleren Norm der Vorrang.⁶¹¹

Der auftragsrechtliche Befreiungsanspruch und der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch stehen in einem einseitigen Spezialitätsverhältnis zueinander. Der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch setzt wie der auftragsrechtliche Befreiungsanspruch das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses voraus, postuliert als zusätzliches Tatbestandsmerkmal aber, dass zur Erfüllung des Auftrags nicht nur irgend eine Verbindlichkeit eingegangen worden ist, sondern dass eine Bürgschaft bestellt wurde.

Rechtsfolge eines Spezialitätsverhältnisses zwischen zwei konfligierenden Rechtsnormen ist die Derogation, das heißt Unanwendbarkeit der generellen Norm.⁶¹² Die Generalnorm wird also nicht ungültig, sie tritt im Anwendungsbereich der Spezialnorm lediglich außer Anwendung.⁶¹³ Im Übrigen bleibt sie ohne Weiteres anwendbar.⁶¹⁴ Für den Fall, dass die Spezialnorm ein zusätzliches Merkmal hat, das erfüllt ist, wird daher die Spezialnorm angewendet und wenn das zusätzliche

⁶⁰⁶ Ott, Methode der Rechtsanwendung, S. 195.

⁶⁰⁷ Ott, aaO (Fn. 606).

⁶⁰⁸ Ott, aaO (Fn. 606).

⁶⁰⁹ Ott, aaO (Fn. 606).

⁶¹⁰ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 88 f.

⁶¹¹ Ott, Methode der Rechtsanwendung, S. 207.

⁶¹² Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 205.

⁶¹³ Reimer, aaO (Fn. 612).

⁶¹⁴ Reimer, aaO (Fn. 612).

Merkmal nicht erfüllt ist, bleibt es bei der Anwendbarkeit der Generalnorm.⁶¹⁵

Wenn einer Bürgschaft im Innenverhältnis ein Auftrag zugrunde liegt und der Anwendungsbereich des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB damit eröffnet ist, führt dies nach den dargestellten Spezialitätsgrundsätzen dazu, dass ein Rückgriff auf den allgemeinen auftragsrechtlichen Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB bei Nichtvorliegen der engen Voraussetzungen des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs nicht zulässig ist.

Die spezialgesetzliche Regelung ist erforderlich, um den Besonderheiten eines Auftragsverhältnisses zwischen Bürge und Hauptschuldner gerecht zu werden. Ein Gläubiger verlangt vom Hauptschuldner üblicherweise nur die Bestellung einer Bürgschaft als Sicherheit, wenn die gesicherte Hauptforderung einen relevanten Umfang hat und dieser ein Vertragsverhältnis zugrunde liegt, das auf eine gewisse Langfristigkeit angelegt ist. Der Hauptschuldner ist daher davon abhängig, dass ein Bürge, wenn dieser sich auf die Bestellung der Bürgschaft einlässt, dieses Zugeständnis an den Hauptschuldner nicht jederzeit rückgängig machen kann, mit der Folge, dass der Hauptschuldner den Bürgen von seinen Einstandspflichten befreien muss. Der Hauptschuldner selbst hat regelmäßig keine hinreichende Liquidität, um die gesicherte Hauptforderung sofort zu erfüllen oder anderweitig zu besichern – ansonsten wäre die Bürgschaft von vornherein nicht erforderlich gewesen. Ein voraussetzungsloser Befreiungsanspruch des Bürgen, wie im Auftragsrecht vorgesehen, wäre in einem Bürgschaftsverhältnis daher nicht interessengerecht.

Solange zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen ein wirk-sames Auftragsverhältnis oder ein anderer Vertrag besteht, aus dem der Bürge auftragsrechtliche Ansprüche herleiten kann, derogiert der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB als *lex specialis* den auftragsrechtlichen Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB.

⁶¹⁵ Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 206.

b) Darstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre

Bei näherer Betrachtung stellt sich die Frage, ob eine rigide Anwendung des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB auch geboten und angemessen ist, wenn ein im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis vereinbarter Auftrag nach Bestellung einer Bürgschaft wirksam beendet worden ist. In der Rechtsprechung und der Rechtslehre werden – unabhängig von der Erfüllung der engen Voraussetzungen des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB und zumeist ohne gesonderte Herleitung – vereinzelt besondere Befreiungsansprüche des Bürgen anerkannt. Besondere Befreiungsansprüche werden im Zusammenhang mit Bürgschaften diskutiert, denen ein befristetes Auftragsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner zugrunde liegt (hierzu unter **aa**) oder in Sachverhaltskonstellationen, in denen der Bürge im Verhältnis zum Bürgschaftsgläubiger berechtigt ist, das Bürgschaftsverhältnis zu kündigen (hierzu unter **bb**)).

aa) Befristetes Auftragsverhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner

Die erste Konstellation, in der ein besonderer Befreiungsanspruch des Bürgen anerkannt wird, betrifft den Fall, in dem einer Bürgschaft im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner ein befristetes Auftragsverhältnis zugrunde liegt, das durch Zeitablauf beendet ist.⁶¹⁶ Eine ausdrückliche Herleitung dieser Befreiungsansprüche erfolgt hierbei nicht. Es wird vielmehr in allgemeiner Weise darauf abgestellt, dass der Befreiungsanspruch sich aus dem Auftragsverhältnis ergebe. In der Rechtslehre wird von *Füller* vertreten, dass dieser Grundsatz auf Avalbürgschaften zu erstrecken sei,⁶¹⁷ denen im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner üblicherweise kein unentgeltlicher Auftrag, sondern ein Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde liegt⁶¹⁸.

⁶¹⁶ OLG Karlsruhe, WM 1970, 647, 647; Staudinger-Horn, § 775 Rn. 12; Münch-KommBGB-Habersack, § 775 Rn. 4; Soergel-Gröschler, § 775 Rn. 4; Scholz/Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, S. 315.

⁶¹⁷ Vgl. E/B/J/S-*Füller*, Rn. IV612.

⁶¹⁸ Vgl. Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, § 91 Rn. 9.

Noch etwas weitergehend wird von *Habersack* vertreten, dass bei der Beendigung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung immer ein Befreiungsanspruch des Bürgen besteht, unabhängig davon, ob das Auftragsverhältnis befristet war und unabhängig von den Umständen der Beendigung.⁶¹⁹

bb) Kündigungsrecht des Bürgen im Bürgschaftsverhältnis

Die zweite Konstellation, in der ein besonderer Befreiungsanspruch des Bürgen anerkannt wird, betrifft Sachverhalte, in denen der Bürge im Verhältnis zum Bürgschaftsgläubiger berechtigt ist, das Bürgschaftsverhältnis zu kündigen. Es wird dabei ein Zusammenhang hergestellt zwischen dem Bürgschaftsverhältnis des Bürgen mit dem Bürgschaftsgläubiger und dem diesem zugrunde liegenden bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis des Bürgen mit dem Hauptschuldner. Für den Fall einer Bürgschaft für Verbindlichkeiten aus einem Kontokorrentverhältnis auf unbestimmte Zeit wird sowohl in der älteren Rechtsprechung⁶²⁰ als auch in der neueren Rechtslehre⁶²¹ vertreten, dass ein Bürge aus denselben Gründen die Befreiung von der Bürgschaftsschuld vom Hauptschuldner verlangen kann, die ihn zur Kündigung gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger berechtigen. Eine normative Herleitung des Befreiungsanspruchs erfolgt nicht.

c) Nichtanwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen und Wiederaufleben des auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs in beendeten Auftragsverhältnissen

Der oben unter **b)** dargestellten Rechtsprechung und Rechtslehre ist im Ergebnis zuzustimmen. Nach Beendigung eines befristeten Auftrages zur Bürgschaftsübernahme durch Zeitablauf muss dem Bürgen/Auftragnehmer ein voraussetzungsloser Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner/Auftraggeber zustehen. In der zweiten dargestell-

619 MünchKommBGB-Habersack, § 775 Rn. 10.

620 OLG Köln, OLGE 28, 227, 227 f.; OLG Breslau, HRR 1936, Nr. 1212.

621 Staudinger-Horn, § 775 Rn. 12; im Hinblick auf Avalbürgschaften vgl. auch E/B/J/S-Füller, Rn. IV 612.

ten Sachverhaltskonstellation gehen die obergerichtliche Rechtsprechung und die relevanten Autoren davon aus, dass ein Recht zur Kündigung des Bürgschaftsverhältnisses auch einen Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner begründet. Diese Ansicht ist ebenfalls begrüßenswert. Ein Befreiungsanspruch setzt allerdings voraus, dass der wichtige Grund, der den Bürgen zur Kündigung des Bürgschaftsverhältnisses berechtigt, ihm auch im Innenverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner gleichzeitig eine außerordentlichen Kündigung des zugrundeliegenden Auftragsverhältnisses ermöglicht, was im Einzelfall zu prüfen ist. Im Falle einer Beendigung des bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnisses durch Kündigung steht dem Bürgen/Auftragnehmer – ebenso wie bei einem durch Zeitablauf beendeten Auftragsverhältnis – ein voraussetzungsloser Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner/Auftraggeber zu.

Die dargestellten Sachverhalte sind überdies – wie von *Habersack* vertreten⁶²² – verallgemeinerungsfähig. Es gilt der Grundsatz, dass der Bürge, der eine Bürgschaft aufgrund eines unentgeltlichen Auftragsverhältnisses zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestellt hat, bei Beendigung dieses Auftragsverhältnisses immer einen voraussetzunglosen Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner geltend machen kann. Hierbei kann es Konstellationen geben, in denen die Durchsetzung des bestehenden Befreiungsanspruchs im Hinblick auf die Rahmenbedingungen des Auftragsverhältnisses eingeschränkt ist.

Im Folgenden erfolgt zunächst eine rechtliche Herleitung des von Rechtsprechung und Rechtslehre vorausgesetzten Befreiungsanspruchs, der nach Beendigung des im Innenverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen vorliegenden unentgeltlichen Auftragsverhältnisses besteht. Hierfür ist zunächst zu untersuchen, ob gesetzliche Anspruchsgrundlagen – vorausgesetzt vertragliche Regelungen fehlen – einschlägig sind oder ob auf das Instrument der ergänzenden Vertragsauslegung zurückgegriffen werden kann und muss.

Es steht dem Bürgen und dem Hauptschuldner grundsätzlich frei, im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis vertragliche Befreiungsansprüche zu vereinbaren.⁶²³ Die gesetzlichen Befreiungsansprüche sind

⁶²² MünchKommBGB-*Habersack*, § 775 Rn. 10.

⁶²³ E/B/J/S-*Füller*, Rn. IV 612.

regelmäßig dispositiv und können daher vertraglich ausgeschlossen, ergänzt oder überformt werden.

Sofern die Parteien den Anwendungsbereich und Umfang etwaiger Befreiungsrechte für den Fall der Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung vertraglich nicht geregelt haben, greift der allgemeine Grundsatz ein, dass vertragliche Regelungslücken durch die Heranziehung dispositiven Rechts zu schließen sind, sofern dies möglich ist.⁶²⁴ Die Funktion des dispositiven Rechts besteht gerade darin, dass Vertragsparteien nicht jede Eventualität vertraglich regeln müssen, sondern für gängige Sachverhaltskonstellationen allgemeine interessenneutrale Normen existieren, die immer eingreifen, wenn nichts Abweichendes für den konkreten Einzelfall vereinbart ist.⁶²⁵ Es gilt daher die Vermutung, dass bei Fehlen vertraglicher Regelungen zwischen Vertragsparteien im Zweifel die gesetzlichen Vorschriften gelten sollten.⁶²⁶ Sofern in einem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner ein gesetzlicher Befreiungsanspruch besteht, erfordert eine ergänzende Vertragsauslegung trotz der Existenz einer dispositiven gesetzlichen Regelung für den in Frage stehenden Tatsachenkomplex demnach besondere Umstände.⁶²⁷

Für die infrage stehende Sachverhaltskonstellation, in der das bürgschaftsrechtliche Innenverhältnis als Auftrag ausgestaltet und vor Erlöschen der Bürgschaft wirksam beendet worden ist, ist somit zu untersuchen, ob der Anwendungsbereich gesetzlicher Befreiungsansprüche eröffnet ist.

Im Folgenden wird zunächst dargestellt, dass der Schutzgedanke, der den Gesetzgeber dazu bewogen hat, den bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch als spezialgesetzliche Regelung zu schaffen, im Falle eines beendeten Bürgschaftsauftrags nicht mehr trägt und eine Anwendung desselben folglich nicht erforderlich ist (hierzu unter aa)). Die Nichtanwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsan-

⁶²⁴ Bork, BGB AT, Rn. 534.

⁶²⁵ Larenz, Schuldrecht AT, S. 77.

⁶²⁶ BGH, NJW 1975, 1116, 1117; 1963, 637, 639; 40, 91, 103.

⁶²⁷ Gegen eine ergänzende Auslegung auf Grundlage eines hypothetischen Parteiwillens sind *Fikentscher/Heinemann* (Schuldrecht, S. 95 f.), die bei einem nicht ermittelbaren Parteiwillen und fehlenden dispositiven Normen statt einer Auslegung im eigentlichen Sinne eine Anpassung des Vertrages nach den Grundsätzen von § 242 BGB und § 313 BGB favorisieren.

spruchs führt zu einem Aufleben des allgemeinen auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß §§ 670, 662, 257 BGB (hierzu unter **bb**)).

aa) Nichtanwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs in beendeten Auftragsverhältnissen

Bei einer Ausgestaltung des bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnisses als Auftrag ist im Regelfall der Anwendungsbereich des speziellen bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB eröffnet,⁶²⁸ der den allgemeinen auftragsrechtlichen Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB derogiert⁶²⁹.

Wenn der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB auch für den Fall anwendbar wäre, dass der im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis vereinbarte Auftrag wirksam beendet worden ist, hätte dies zur Folge, dass dem Bürgen/Auftragnehmer ein Befreiungsanspruch nur bei Vorliegen von dessen engen Tatbestandsvoraussetzungen zustehen würde. Dies ist regelmäßig erst der Fall, wenn der Hauptschuldner sich bereits im Vermögensverfall befindet, so dass der Befreiungsanspruch für den Bürgen damit wirtschaftlich weitgehend wertlos wäre.⁶³⁰

Bei einer Nichtanwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB für den Fall, dass der im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis vereinbarte Auftrag wirksam beendet worden ist, hätte dies zur Folge, dass der allgemeine auftragsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB nicht mehr durch die Spezialnorm derogiert wäre und somit uneingeschränkt zur Anwendung käme. Der auftragsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB kann nach Beendigung des Auftragsverhältnisses noch geltend gemacht werden. Die Beendigung des Auftragsverhältnisses betrifft vornehmlich die Hauptleistungspflichten der Parteien. Die Ansprüche des Auftragnehmers auf Ersatz für getätigte Aufwendungen sind als Nebenansprüche gerade im Abwicklungsverhältnis nach Beendigung des Auftragsverhältnisses relevant. Für

⁶²⁸ Siehe oben unter **II.1.a).**

⁶²⁹ Siehe oben unter **II.2.a).**

⁶³⁰ Siehe oben unter **II.1.b)bb).**

den Bürgen/Auftragnehmer wäre es sehr vorteilhaft, wenn anstatt des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB der auftragsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB anwendbar wäre, da dieser lediglich voraussetzt, dass ein Beauftragter zum Zwecke der Ausführung eines Auftrags Verbindlichkeiten eingegangen ist, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte.

Fraglich ist daher, ob der Anwendungsbereich des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB auch dann noch eröffnet ist, wenn der im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis vereinbarte Auftrag wirksam beendet worden ist.

In § 775 Abs. 1 BGB heißt es:

„Hat sich der Bürge im Auftrag des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zu, so kann er von diesem Befreiung von der Bürgschaft verlangen:

1. wenn [...]“

§ 775 Abs. 1 BGB ist auslegungsbedürftig, da die Norm nicht ausdrücklich festlegt, ob das der Bürgschaft im Innenverhältnis zugrundeliegende Auftragsverhältnis für eine Anwendung des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs nur zu dem Zeitpunkt des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages bestanden haben muss oder ob ein Fortbestand bis zum Zeitpunkt der Geltendmachung etwaiger Befreiungsansprüche erforderlich ist. Diesbezüglich ist die Regelung in § 775 Abs. 1 BGB lückenhaft und daher durch eine ergänzende Auslegung zu schließen. Die Auslegung muss im Hinblick auf den Wortsinn (hierzu unter (1)), Historie und Systematik (hierzu unter (2)), den Sinn und Zweck der Norm (hierzu unter (3)) sowie im Lichte des Verfassungsrechts erfolgen.⁶³¹

⁶³¹ Vgl. zu den einzelnen Auslegungskriterien Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 141 ff.

(1) Wortlautauslegung

In § 775 Abs. 1 BGB heißt es „Hat sich der Bürge im Auftrag des Hauptschuldners verbürgt [...], so kann er von diesem Befreiung von der Bürgschaft verlangen: [...] wenn [...].“ Der Gesetzestext regelt ausdrücklich, dass § 775 Abs. 1 BGB nur Anwendung finden soll, wenn Bürge und Hauptschuldner ein Auftragsverhältnis vereinbart haben. Solange dieses Auftragsverhältnis Bestand hat, ist der Anwendungsbereich von § 775 Abs. 1 BGB somit unzweifelhaft eröffnet. Aus dem Gesetzestext ergibt sich jedoch nicht, ob ein Bürgschaftsauftrag zum Zeitpunkt der Geltendmachung des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs noch bestehen muss und bietet diesbezüglich daher keine Anhaltspunkte für die Auslegung.

(2) Historische und systematische Auslegung

Entstehungsgeschichte und Gesetzesystematik lassen bezüglich der hier interessierenden Frage keine Rückschlüsse zu.

Im Hinblick auf die fehlende Ergiebigkeit der am Wortlaut orientierten, der historischen und der systematischen Auslegung, muss die ergänzende Auslegung des § 775 Abs. 1 BGB sich daher im Wesentlichen am Telos des Gesetzes orientieren, im Zusammenspiel mit den verfassungsrechtlichen Wertungen.

(3) Teleologische Auslegung

Der Zweck, den der Gesetzgeber bei Schaffung eines Gesetzes verfolgt hat, ist in der Regel nicht subjektiv auf dessen Willen bezogen, sondern objektiv bestimmbar.⁶³² Für die Auslegung darf dem Gesetzgeber unterstellt werden, dass er eine sachgerechte und im Einzelfall angemessene Lösung finden wollte.⁶³³

Im Folgenden wird zunächst der gesetzgeberische Schutzgedanke erläutert, der zur Schaffung des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB geführt hat (hierzu unter (a)). Im

⁶³² Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 153.

⁶³³ Larenz/Canaris, aaO (Fn. 338).

Anschluss wird dargelegt, dass der vom Gesetzgeber für den bürgerrechtlichen Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Sachverhalt nach Beendigung des Bürgschaftsauftrags nicht mehr vorliegt und eine Nichtanwendung daher interessengerecht ist (hierzu unter (b)).

(a) Schutzbereich des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs

Der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB wurde vom Gesetzgeber eingeführt, da es der „*bona fides*“ widerspräche, wenn der beauftragte Bürge, der sich zur Bestellung einer Bürgschaft bereit erklärt hat, im Anschluss die jederzeitige Befreiung von der bestellten Sicherheit verlangen könnte.⁶³⁴ Die wörtliche Bedeutung von „*bona fides*“ ist „guter Glaube“. In dem damaligen Zusammenhang ist „*bona fides*“ jedoch nicht mit „Guter Glaube“ im heutigen Rechtssinne zu übersetzen, sondern entsprechend dem römischen Recht⁶³⁵ ganz allgemein mit redlichem und zuverlässigem Handeln im Rechtsverkehr, also dem was in der heutigen deutschen Rechtssprache gemeinhin mit dem Begriff „Treu und Glauben“ erfasst wird. § 775 Abs. 1 BGB sollte also für Bürgschaftsverhältnisse die im Auftragsrecht bestehenden Ansprüche des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber auf Vorschusszahlungen auf oder die Freistellung von im Zusammenhang mit dem Auftragsverhältnis übernommenen Verbindlichkeiten einschränken, da diese dem Sinn einer Bürgschaft zuwiderlaufen.⁶³⁶

Auch nach dem heutigen Verständnis von Treu und Glauben wäre die Geltendmachung eines Anspruch auf Befreiung von dem übernommenen Bürgschaftsrisiko durch Hinterlegung der Bürgschaftssumme oder gar Tilgung der besicherten Forderung direkt nach der

⁶³⁴ Dies ergibt sich aus den Motiven (II, S. 677), in denen auf ein Urteil des *Reichsoberhandelgerichts zu Leipzig* (Seuffert's Archiv 31, Nr. 133 S. 173) verwiesen wird. Dort heißt es: „Allerdings kann derjenige (Beauftragte), welcher ohne vorher Deckung zu verlangen, intercedirt [sic; = sich verbürgt], nicht sofort, nachdem er intercedirt, nachträglich Deckung fordern; es fehlt dazu an einem Rechtsgrunde; ein solcher Anspruch würde mit der Intention der Beteiligten, mit der *bona fides* in Widerspruch treten, [...].“

⁶³⁵ *Honsell*, Römisches Recht, S. 86.

⁶³⁶ Vgl. *Staudinger-Horn*, § 775 Rn. 1.

Bestellung einer Bürgschaft unbillig. Ein solches Verhalten wäre widersprüchlich, da der Auftrag zur Bürgschaftsbestellung nicht nur isoliert den Akt der Bürgschaftsbestellung als solchen umfasst, sondern auch deren Aufrechterhaltung sowie die tatsächliche wirtschaftliche Übernahme des Bürgschaftsrisikos ohne die eine Bürgschaft für den Hauptschuldner nutzlos wäre. Der Hauptschuldner muss sich nach der Bestellung einer Bürgschaft darauf verlassen können, dass der Bürge die bestellte Bürgschaft aufrecht erhält, da die Sicherheitenbestellung üblicherweise die Voraussetzung für umfangreiche finanzielle Dispositionen des Hauptschuldners ist, die – wenn überhaupt – jedenfalls nicht problemlos rückabgewickelt werden können.

(b) Nichteröffnung des Schutzbereichs bei Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung

Die Treu-und-Glauben-Erwägungen, die den Gesetzgeber zur Schaffung des § 775 Abs. 1 BGB bewogen haben, betreffen jedoch nur den Fall, in dem das der Bürgschaft zugrundeliegende Auftragsverhältnis auch tatsächlich noch besteht. Sobald das Auftragsverhältnis zur Bestellung einer Bürgschaft zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner im Innenverhältnis wirksam beendet ist, ist der Bürge dem Hauptschuldner gegenüber nicht mehr verpflichtet, dessen Verbindlichkeiten zu besichern. Das Versprechen des Bürgen zur Bestellung und Aufrechterhaltung der Bürgschaft zugunsten des Hauptschuldners entfällt mit der Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung, so dass es von diesem Zeitpunkt an auch nicht mehr widersprüchlich ist, wenn der Bürge/Auftragnehmer von dem Hauptschuldner/Auftraggeber die Übernahme beziehungsweise Aufhebung des Bürgschaftsrisikos verlangt.

Nach wirksamer Beendigung eines Bürgschaftsauftrags entspricht die Nichtanwendung des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB und das damit einhergehende Aufleben des allgemeinen und voraussetzungslosen auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß §§ 670, 662, 257 BGB der typischen Interessenlage der Parteien.

Im Folgenden werden zunächst die berücksichtigungsfähigen Interessen der Parteien des als Auftrag ausgestalteten bürgschaftsrechtli-

chen Innenverhältnisses dargestellt (hierzu unter (aa)). Anschließend folgt eine Abwägung der betroffenen Interessen für den Fall einer einvernehmlichen Beendigung des einer Bürgschaft zugrundeliegenden Auftragsverhältnisses durch Befristung oder Aufhebungsvertrag (hierzu unter (bb)) sowie für den Fall einer einseitigen Beendigung durch Kündigung (hierzu unter (cc)).

(aa) Berücksichtigungsfähige Interessen

Der Bürge/Auftragnehmer hat zum einen ein Interesse daran, dass die von ihm übernommene Verpflichtung zur Bestellung einer Bürgschaft umfangmäßig begrenzt ist und nicht ohne sein Zutun ausgeweitet werden kann. Zum anderen hat er ein Interesse daran, dass seine Verpflichtung zu einem möglichst frühen Zeitpunkt endet.

Der Hauptschuldner/Auftraggeber hat demgegenüber ein Interesse daran, dass die Verpflichtung des Bürgen/Auftragnehmers möglichst umfassend ist und möglichst lange bestehen bleibt.

(bb) Einvernehmliche Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung

Für den Zeitraum, in dem die Verpflichtung des Bürgen/Auftragnehmers zur Bestellung und Aufrechterhaltung einer Bürgschaft wirksam besteht, überwiegt das Interesse des Hauptschuldners/Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Bürgschaftsversprechens gegenüber etwaigen Befreiungsinteressen des Bürgen/Auftragnehmers, da eine Bürgschaftsbestellung regelmäßig zur Sicherung relevanter Dispositionen des Hauptschuldners erfolgt, die nicht ohne Weiteres rückabgewickelt werden können. Dieser Wertung hat der Gesetzgeber durch die Schaffung des spezialgesetzlichen bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB Rechnung getragen, der den Hauptschuldner/Auftraggeber vor der willkürlichen Geltendmachung von Befreiungsansprüchen schützen und den Bürgen/Auftragnehmer an sein vor Eingehung der gesicherten Verbindlichkeiten gemachtes Bürgschaftsversprechen binden soll.

Nach der wirksamen Beendigung des Bürgschaftsauftrags überwiegt jedoch das Interesse des Bürgen/Auftragnehmers an einer Be-

grenzung und Reduzierung der gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger bestehenden Einstandspflichten und damit sein Interesse an einer Befreiung von den eingegangenen Verbindlichkeiten durch den Hauptschuldner/Auftraggeber. Bei einer einvernehmlichen Beendigung eines auf Bürgschaftsbestellung gerichteten Auftragsverhältnisses zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner durch Aufhebung oder Befristung ergibt sich dies bereits aus der Einigung selbst, da die Parteien bei Vereinbarung der Befristung oder der Aufhebung ein gemeinsames Verständnis darüber dokumentieren, dass die Solidaritätspflicht des Bürgen für den Hauptschuldner zu einem bestimmten Zeitpunkt enden soll. Das Ende dieser Solidaritätspflicht bezieht sich dabei nicht lediglich auf zukünftig entstehende Einstandspflichten für Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, sondern setzt auch eine Befreiung von bereits entstandenen Einstandspflichten voraus.

Anders als eine Bürgschaftskündigung, die vor allem die Ausweitung von Bürgschaftsverpflichtungen auf neu entstehende Verbindlichkeiten des Hauptschuldners verhindern soll, betrifft die Beendigung des bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnisses nicht lediglich die Leistungsbereitschaft des Bürgen, für zukünftig entstehende Verbindlichkeiten des Hauptschuldners einzustehen. Im Bürgschaftsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Bürgschaftsgläubiger besteht aufgrund des hohen Stellenwertes des Sicherungsinteresses des Bürgschaftsgläubigers, der Dispositionen zugunsten des Hauptschuldners allein aufgrund der Bereitschaft des Bürgen trifft, für Verbindlichkeiten des Hauptschuldners einzustehen, eine spezifische Interessenlage zwischen den Parteien, die in aller Regel nur eine zukunftsgerichtete Beendigung der Bürgschaft dergestalt rechtfertigt, dass neu entstehende Verbindlichkeiten nicht mehr vom Bürgschaftsversprechen erfasst sind. Einen auf die Vergangenheit gerichteten allgemeinen Anspruch auf Erlass entstandener Einstandspflichten gibt es – ohne ausdrückliche Vereinbarung einer Zeitbürgschaft – nicht. Der Bürgschaftsgläubiger wäre ansonsten ständig in Gefahr, aus Gründen, die nicht seiner, sondern vielmehr der Risikosphäre des Bürgen entspringen, in Bezug auf die von ihm getroffenen Dispositionen rückwirkend ungesichert zu sein. Eine Beendigung des bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnisses basiert demgegenüber auf Gegebenheiten, die nicht aus einem Drittverhältnis, sondern aus der Vertragsbeziehung zwischen den betroffenen Parteien

entspringen. Der Hauptschuldner/Auftraggeber hat es schließlich selbst in der Hand, ob er eine Befristung vereinbart oder einen Aufhebungsvertrag abschließt. Außerdem handelt ein Bürge, der sich aufgrund eines unentgeltlichen Auftrags verpflichtet, regelmäßig aus altruistischen Motiven. Es ist daher grundsätzlich davon auszugehen, dass dieser möglichst wenig belastet werden soll. Die Vereinbarung einer Befristung oder Aufhebung des Bürgschaftsauftrags hat für den Bürgen/Auftragnehmer häufig nur einen wirtschaftlichen Wert, wenn damit auch eine Befreiung von bereits entstandenen Einstandspflichten einhergeht, da dieser ansonsten möglicherweise noch viele Jahre weiterhin einstandspflichtig bleibt, obwohl die zwischen ihm und dem Hauptschuldner vereinbarte Solidaritätspflicht zu einem bestimmten Zeitpunkt einvernehmlich enden sollte. Bei fehlender vertraglicher Klarstellung ist daher von einem dahingehenden hypothetischen Parteilullen auszugehen, dass dem Bürgen/Auftragnehmer bei Beendigung des Vertragsverhältnisses auch ein Befreiungsanspruch für bereits entstandene Einstandspflichten zustehen sollte.⁶³⁷

(cc) Einseitige Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung

Auch für den Fall einer einseitigen Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung durch Kündigung entspricht es der typischen Interessenlage zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen, dass dem Bürgen nach wirksamer Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung ein Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner für bereits entstandene Einstandspflichten des Bürgen zustehen soll.

Das Interesse des Hauptschuldners an der Aufrechterhaltung der vom Bürgen bestellten Sicherheiten muss auch im Falle einer einseitigen Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung durch Kündigung hinter dem Befreiungsinteresse des Bürgen zurückstehen. Die Gründe für eine Beendigung des Bürgschaftsauftrags entspringen im Falle einer außerordentlichen Kündigung regelmäßig aus Veränderungen des persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisses zwischen dem

⁶³⁷ So im Ergebnis auch OLG Karlsruhe, WM 1970, 647, 647; MünchKommBGB-Habersack, § 775 Rn. 10; Soergel-Gröschler, § 775 Rn. 4; Scholz/Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, S. 315; ähnlich auch E/B/J/S-Füller, Rn. IV612.

Hauptschuldner/Auftraggeber und dem Bürgen/Auftragnehmer und somit der Risikosphäre der selbigen. Der Hauptschuldner ist anders als der Bürgschaftsgläubiger kein unbeteiligter Dritter, der mit den Folgen veränderter Lebensumstände nicht belastet werden darf. Auch bei der einseitigen Beendigung des Bürgschaftsauftrags bleibt es bei der Wertung, dass ein aufgrund eines unentgeltlichen Auftrags zur Verfügung stehender Bürge aus altruistischen Motiven handelt und daher von einem dahingehenden hypothetischen Willen der Parteien auszugehen ist, dass der Bürge möglichst wenig belastet werden soll.

Mit dem Auftrag zur Bürgschaftsbestellung endet auch die Pflicht des Bürgen, bereits entstandene Einstandspflichten für Verbindlichkeiten des Hauptschuldners aufrecht zu erhalten. Die berechtigten Interessen des Hauptschuldners/Auftraggebers an einer Aufrechterhaltung der Pflichten des Bürgen/Auftragnehmers sind vielmehr bei der Bestimmung der Voraussetzungen zu beachten, die eine Lösung des Bürgen/Auftragnehmers von einem Auftrag zur Bürgschaftsbestellung durch Kündigung überhaupt erst ermöglichen. Bei der außerordentlichen Kündigung müssen die Interessen des Hauptschuldners/Auftraggebers bei der Prüfung eines wichtigen Grundes berücksichtigt werden und bei der ordentlichen Kündigung bei der Bemessung einer etwaigen Ausschluss- oder Kündigungsfrist.

bb) Wiederaufleben des allgemeinen auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs

Sobald das im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis bestehende Auftragsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner einvernehmlich oder einseitig beendet ist, greifen die Treu-und-Glauben-Erwägungen, die den Gesetzgeber zur Schaffung des § 775 Abs. 1 BGB bewogen haben, nicht mehr ein. Von diesem Zeitpunkt an ist es nicht mehr widersprüchlich, wenn der Bürge/Auftragnehmer von dem Hauptschuldner/Auftraggeber die Übernahme beziehungsweise Aufhebung des Bürgschaftsriskos verlangt. Die Interessenlage zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner erfordert es nach Beendigung des im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis bestehenden Auftragsverhältnisses nicht mehr, den Hauptschuldner vor Befreiungsansprüchen des Bürgen zu schützen, sondern gebietet es vielmehr, dem Bür-

gen eine Befreiung von den bereits entstandenen Einstandspflichten aus dem Bürgschaftsverhältnis zu ermöglichen.

Mit Beendigung eines im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis bestehenden Auftragsverhältnisses ist der Anwendungsbereich des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB nicht mehr eröffnet. Mit Wegfall der Derogation lebt der allgemeine auftragsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB wieder auf.

d) Einschränkung des auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis

Nach der Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung hat der Bürge/Auftragnehmer gegen den Hauptschuldner/Auftraggeber gemäß §§ 670, 662, 257 BGB einen Anspruch auf die Befreiung von entstandenen Einstandspflichten aus dem Bürgschaftsverhältnis. Nachvertragliche Treuepflichten des Bürgen/Auftragnehmers gemäß § 242 BGB führen jedoch in vielen Fällen dazu, dass der Bürge/Auftragnehmer die Befreiung von den bestellten Sicherheiten nur insoweit geltend machen kann, als dies die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners/Auftraggebers nicht wesentlich übersteigt. Eine Pflicht des Bürgen/Auftragnehmers als Sicherungsgeber zur Rücksichtnahme auf die Belange des Hauptschuldners/Auftraggebers besteht als nachvertragliche Nebenpflicht auch noch nach dem Ende des Auftragsverhältnisses fort.⁶³⁸

Die Anerkennung nachvertraglicher Rücksichtnahme- und Treuepflichten darf aber nicht undifferenziert zu einer faktischen Aufrechterhaltung des beendeten Vertragsverhältnisses führen. Nachvertragliche Rücksichtnahmepflichten können lediglich die Art und Weise der Vertragsabwicklung und damit die Durchsetzbarkeit etwaiger Befreiungsansprüche betreffen. Dem Hauptschuldner/Auftraggeber sind bei der Abwicklung des beendeten Auftrags zur Bürgschaftsbestellung erhebliche Bemühungen abzuverlangen. Eine Einschränkung der Geltendmachung auftragsrechtlicher Befreiungsansprüche bedarf immer

⁶³⁸ Vgl. zum zeitlichen Wirkungsbereich von Nebenpflichten Palandt-Grüneberg, § 242 Rn. 26.

einer Einzelfallprüfung und kann keinesfalls der Regelfall sein. Je nach Umfang des Befreiungsanspruchs wird ein Bürge/Auftragnehmer sich aber möglicherweise auf eine sinnvoll gestaltete ratenweise Befreiung einlassen müssen. Ein vollständiger Ausschluss der Geltendmachung von Befreiungsansprüchen kann im Falle einer wirksamen Beendigung des dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zugrundeliegenden Auftragsverhältnisses nur kurzfristig und nur in engen Grenzen zulässig sein.

Insbesondere in den Fällen, in denen der Hauptschuldner/Auftraggeber und der Bürge/Auftragnehmer Eheleute sind und der Grund für die Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung die Ehescheidung ist, bestehen nach Vertragsende Rücksichtnahmepflichten der Ehepartner füreinander. Der Solidaritätsgedanke ist in der Ehe besonders ausgeprägt und führt auch nach der Scheidung häufig zu einer Einschränkung der Geltendmachung von Befreiungsansprüchen gemäß § 242 BGB, sofern und soweit der Hauptschuldner/Auftraggeber nicht hinreichend leistungsfähig ist, um eine Befreiung des Bürgen/Auftragnehmers in einem Stück zu bewältigen.⁶³⁹ Es dürfen dem Hauptschuldner/Auftraggeber aber auch hier einige Mühen und Einschränkungen abverlangt werden, da einer Scheidung in aller Regel schwere Zerwürfnisse zugrunde liegen, aufgrund derer ein Ehegattenbürgte regelmäßig ein besonders großes Interesse an einer möglichst zeitnahen Auflösung der finanziellen Verflechtungen mit dem Ex-Partner hat.

Auch bei der Beendigung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung durch den Arbeitnehmer können hinsichtlich der Geltendmachung des Befreiungsanspruchs Einschränkungen gelten. Die persönliche Bindung im Verhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber kann unter Umständen sehr eng sein, ist aber jedenfalls im Vergleich zu einer Ehe weit weniger ausgeprägt. Bei einer Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung durch einen Arbeitnehmer sind die Anforderungen an eine Einschränkung der Geltendmachung von Befreiungsansprüchen daher tendenziell höher als bei Ehegattenbürgschaften.

⁶³⁹ BGH, NJW 1989, 1920, 1922; zustimmend *Derleder/Bartels*, FuR 1995, 224, 227; vgl. hierzu auch MünchKommBGB-Roth (5. Aufl.), § 313 Rn. 249.

e) Voraussetzung der Kündigung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung

Es entspricht dem Wesen eines Auftrages zur Sicherheitenbestellung, dass der Sicherungsgeber dem Hauptschuldner die Sicherheit in der Art und Weise zur Verfügung stellt, wie dies die normale Abwicklung des gesicherten Vertragsverhältnisses gebietet.⁶⁴⁰ Aus diesem Grund ist die voraussetzunglose Kündigung des Auftragsverhältnisses gemäß § 671 BGB im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis ausgeschlossen. Zulässig sind aber eine außerordentliche Kündigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung gemäß § 314 BGB (hierzu unter **aa**) und, unter bestimmten Voraussetzungen, eine ordentliche Kündigung nach den Grundsätzen des § 242 BGB (hierzu unter **bb**)).

aa) Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung

Der Auftrag zur Bürgschaftsbestellung ist ein Dauerschuldverhältnis und kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes daher gemäß § 314 BGB außerordentlich gekündigt werden.⁶⁴¹

Für Auftragsverhältnisse kann keine allgemeine Einordnung als vorübergehendes Schuldverhältnis oder als Dauerschuldverhältnis vorgenommen werden, da die Leistungspflichten des Auftragnehmers je nach Art der geschuldeten Geschäftsbesorgung sehr unterschiedlich ausgestaltet sein können. Für die Einordnung als Dauerschuldverhältnis kommt es daher entscheidend auf den konkreten Inhalt des infrage stehenden Auftragsverhältnisses an.⁶⁴² Wenn die im Rahmen des Auftragsverhältnisses geschuldete Geschäftsbesorgung ein Dauerschuldverhältnis ist, muss der Auftrag selbst ebenfalls als solches zu klassifizieren sein. Ein Auftrag zur Bestellung einer Bürgschaft ist ein Dauerschuldverhältnis, da die Bürgschaftsbestellung, die Gegenstand des Auftrags ist, selbst regelmäßig ein Dauerschuldverhältnis ist⁶⁴³. Bei

⁶⁴⁰ Vgl. Motive II, S. 677; bezüglich Grundpfandrechtbestellung, vgl. OLG Karlsruhe, Urteil v. 29. November 1989, Az. 1 U 167/89, Rn. 43 zitiert nach juris.

⁶⁴¹ MünchKommBGB-Habersack, § 775 Rn. 10; ähnlich auch OLG Karlsruhe, Urteil v. 29. November 1989, Az. 1 U 167/89, Rn. 43 zitiert nach juris.

⁶⁴² Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 161.

⁶⁴³ Siehe oben **Kapitel 1 A.II**.

einem Auftrag zur Bürgschaftsbestellung besteht die Leistungspflicht des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner darin, eine Bürgschaft zu bestellen und über einen gewissen Zeitraum aufrecht zu erhalten. Das Ausmaß dieser Leistungspflicht bemisst sich nach dem Umfang der übernommenen Bürgschaftsverpflichtung, der von dem Faktor Zeit abhängig ist. Je länger ein Bürge die Bürgschaft in Erfüllung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung aufrechterhält, desto größer ist der Leistungsumfang des Bürgen in dem Bürgschaftsverhältnis und spiegelbildlich auch der Umfang der Leistung im Rahmen des korrespondierenden Auftrags zur Bürgschaftsbestellung.

Die Einschränkungen des Auftragsrechts durch die Geltung von § 775 Abs. 1 BGB, der *lex specialis* zu den meisten auftragsrechtlichen Ansprüchen des Bürgen ist und diese somit ausschließt, gelten zwar im Hinblick auf die ordentliche Kündigung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung, nicht aber hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung. Eine außerordentliche Kündigung gemäß § 314 BGB setzt das Vorliegen eines wichtigen Grundes voraus, der dem Auftragnehmer das Festhalten am Vertrag unzumutbar macht.⁶⁴⁴ Das Vorliegen eines solchen wichtigen Grundes ist im Wege einer Interessenabwägung zu bestimmen. Abwägungsgegenstand sind dabei das Interesse des Hauptschuldners/Auftraggebers am Fortbestand der Verpflichtung des Bürgen/Auftragnehmers zur Besicherung der Hauptschuld und das Interesse des Bürgen/Auftragnehmers daran, die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Bürgschaftsbestellung und gegebenenfalls zur Besicherung zukünftiger Forderungen zu beenden.

Im Folgenden werden zunächst die schwerwiegenden Folgen einer wirksamen Beendigung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung für den Hauptschuldner/Auftraggeber dargestellt (hierzu unter (1)) sowie die typische Interessenslage des Bürgen/Auftragnehmers (hierzu unter (2)). Anschließend werden unter Abwägung der beiderseitigen Interessen Parameter für die Prüfung eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 314 BGB bestimmt (hierzu unter (3)).

644 Staudinger-Martinek, § 671 Rn. 2.

(1) Interesse des Hauptschuldners/Auftraggebers an der Aufrechterhaltung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung

Der Hauptschuldner/Auftraggeber hat im Hinblick auf die Bürgschaftsbestellung durch den Bürgen/Auftragnehmer in der Regel erhebliche Dispositionen getroffen, beispielsweise den Abschluss eines Miet- oder Darlehensvertrags.

Der Hauptschuldner/Auftraggeber ist bei einer Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung in zweierlei Hinsicht stark betroffen:

Zum einen ist der Bürgen bei Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung nicht mehr verpflichtet, das Bürgschaftsverhältnis gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger aufrecht zu erhalten und darf daher – sofern die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen – das Bürgschaftsverhältnis gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger kündigen. Der Wegfall von Sicherheiten stellt in vielen Vertragsverhältnissen einen Kündigungsgrund dar. Die Beendigung der Bürgschaft durch den Bürgen gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger, die nach der Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung gegenüber dem Hauptschuldner/Auftraggeber keine Vertragspflichtverletzung mehr darstellt, kann daher schwerwiegende Auswirkungen haben. Sofern der Hauptschuldner/Auftraggeber keine Ersatzsicherheiten beschaffen kann, führt die Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung bei gleichzeitiger Beendigung des Bürgschaftsverhältnisses möglicherweise zu einer Beendigung des nunmehr ungesicherten Vertragsverhältnisses durch den Bürgschaftsgläubiger. In diesem Fall können bei Darlehensverträgen hohe Rückzahlungsansprüche entstehen oder bei Mietverträgen ein Verlust der Wohnung/Geschäftsräume drohen.

Zum anderen kann der Bürgen/Auftragnehmer bei der Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung normalerweise die Befreiung von der Bürgschaftsschuld verlangen, die er gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger eingegangen ist. Diese Ansprüche des Bürgen/Auftragnehmers auf Befreiung, die üblicherweise entweder auf Tilgung der Hauptschuld im Verhältnis zum Bürgschaftsgläubiger oder auf Sicherheitenbestellung zugunsten des Bürgen/Auftragnehmers in Höhe der Bürgschaftsschuld gerichtet sind, können für den Hauptschuldner/Auftraggeber je nach Umfang zu einer Überschuldungssi-

tuation führen und im schlimmsten Fall in die Insolvenz münden. Gerade im Hinblick darauf, dass der Hauptschuldner/Auftraggeber die Verbindlichkeiten gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger in der Regel nur eingegangen ist (oder eingehen konnte), weil der Bürge/Auftragnehmer die Sicherheitenbestellung zugesagt hat, ist seinem Interesse am Fortbestand der Sicherheit ein hohes Gewicht beizumessen.

(2) Interesse des Bürgen/Auftragnehmers an der Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung

Bei einem unentgeltlichen Auftrag spielt die persönliche Beziehung des Auftragnehmers zum Auftraggeber eine wichtige Rolle. Personale Elemente sind in aller Regel die Triebfeder für den Abschluss des Auftragsverhältnisses, da die Auftragsübernahme dem Auftragnehmer selbst keine wesentlichen Vorteile bringt. Häufig wird ein solcher Auftrag aus altruistischen Motiven übernommen. Das ist insbesondere bei der unentgeltlichen Bestellung einer Bürgschaft der Fall, die für den Bürgen ganz regelmäßig nicht nur keine Vorteile bringt, sondern im Gegenteil sogar äußerst risikoreich ist.

Zum Zeitpunkt der Vereinbarung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung ist das Interesse des Bürgen/Auftragnehmers daher regelmäßig, den Hauptschuldner/Auftraggeber in seinem Geschäft mit dem Bürgschaftsgläubiger zu unterstützen. Bei nachhaltiger Veränderung auf der Beziehungsebene zwischen dem Bürgen/Auftragnehmer und dem Hauptschuldner/Auftraggeber hat der Bürge/Auftragnehmer demgegenüber ein großes Interesse an einer Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung, da diese Beziehung überhaupt erst Anlass und Grund für die Übernahme der Bürgschaft war.

(3) Parameter für die Bestimmung eines wichtigen Grundes zur Kündigung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung

Das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Kündigung ist im Wege einer Interessenabwägung zu bestimmen und bedarf immer einer Einzelfallentscheidung. Es lässt sich aber generalisierend feststellen, dass in bestimmten Fallgruppen häufig ein wichtiger Grund zur Kündigung

des Auftrags zur Bestellung einer Bürgschaft anzunehmen sein wird. Wenn die persönliche Beziehung zwischen Bürger/Auftragnehmer und Hauptschuldner/Auftraggeber wesentlicher Grund für die Vereinbarung des Auftragsverhältnisses war, ist dem Bürger/Auftragnehmer im Falle einer wesentlichen Änderung dieser Beziehung ein Festhalten am Auftrag zur Bestellung und Aufrechterhaltung einer Bürgschaft regelmäßig nicht mehr zumutbar (hierzu unter (a)). Etwaigen Härten für den Hauptschuldner/Auftraggeber ist nicht durch Verneinung des Kündigungsrechts oder Annahme etwaiger Auslauffristen zu begegnen, sondern gegebenenfalls auf der Ebene der Durchsetzbarkeit von Befreiungsansprüchen (hierzu unter (b)). Es besteht häufig ein Gleichlauf der Kündigungsrechte in dem Bürgschaftsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Bürgschaftsgläubiger und dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zwischen dem Bürger/Auftragnehmer und dem Hauptschuldner/Auftraggeber (hierzu unter (c)).

(a) Wichtiger Grund im Falle wesentlicher Veränderungen in der Beziehung zwischen Bürger/Auftragnehmer und Hauptschuldner/Auftraggeber

In einer Situation, in der die persönliche Beziehung zum Hauptschuldner/Auftraggeber die entscheidende Motivation für die Annahme des Auftrags zur Sicherheitenbestellung war, wird das Beendigungsinteresse des Bürgen/Auftragnehmers häufig gegenüber dem Interesse des Hauptschuldners/Auftraggebers, die Verpflichtung zur Bestellung einer Bürgschaft aufrechtzuerhalten, überwiegen, sobald die Verbindung zum Hauptschuldner sich endgültig und grundlegend verändert. Anders als im Bürgschaftsverhältnis, in dem das persönliche Verhältnis des Bürgen/Auftragnehmers zum Hauptschuldner/Auftraggeber für den Bürgschaftsgläubiger ein außerhalb des Vertragsverhältnisses stehender Aspekt ist, der allein dem Risikobereich des Bürgen zuzurechnen ist, wird das bürgschaftsrechtliche Innenverhältnis zwischen dem Bürger/Auftragnehmer und Hauptschuldner/Auftraggeber genau durch diese persönliche Beziehung maßgeblich geprägt. Das persönliche Verhältnis, das Grundlage für die Übernahme der Bürgschaftsschuld war, ist ein Umstand, der gleichermaßen in die Risikosphäre beider Parteien des bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnisses fällt. Bei einer grundlegenden Veränderung dieser persönlichen Beziehung ist

dem Bürgen/Auftragnehmer das Festhalten an der Verpflichtung zur Bürgschaftsbestellung aufgrund des damit einhergehenden hohen persönlichen Risikos bei einem Fehlen jedweder Gegenleistung daher häufig nicht mehr zumutbar. Gerade in einem durch persönliche Verbindung geprägten Vertragsverhältnis sind spiegelbildlich aber auch die nachvertraglichen Treuepflichten regelmäßig besonders ausgeprägt, so dass diese auch bei einem überwiegenden Interesse des Bürgen/Hauptschuldners an der Vertragsbeendigung nicht selten dazu führen werden, dass die Befreiung von den bestellten Sicherheiten nicht einschränkungslos verlangt werden kann, wenn dies die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners wesentlich übersteigen würde.⁶⁴⁵

Insbesondere bei einem Auftrag zur Bestellung einer Ehegattenbürgschaft liegt eine endgültige und grundlegende Veränderung der Beziehung zwischen dem Hauptschuldner/Auftraggeber und dem Bürgen/Auftragnehmer und damit auch ein wichtiger Grund für die Kündigung dieses Auftrags regelmäßig vor, sobald der Scheidungsantrag eingereicht ist.⁶⁴⁶ Dies gilt jedenfalls insoweit, als die Bürgschaft nicht im Rahmen der Geschäftstätigkeit des bürgenden Ehegatten abgeben wurde, sondern in der ehelichen Solidarität wurzelt.

Auch zugunsten von Arbeitnehmern, die im Rahmen eines Auftragsverhältnisses Sicherheiten für ihren Arbeitgeber bestellt haben, besteht nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis regelmäßig ein Befreiungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber.⁶⁴⁷ Dies gilt auch und insbesondere bei Bürgschaften.⁶⁴⁸ Der Geschäftsbesorgungsvertrag eines Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung steht einem Arbeitsverhältnis diesbezüglich gleich.

⁶⁴⁵ Siehe oben unter **d**).

⁶⁴⁶ Vgl. im Ergebnis auch das OLG Bremen (NJW-RR 2001, 1627, 1627) und *Derleder/Bartels* (FuR 1995, 224, 227), wobei letztere jedoch davon ausgehen, dass in solchen Ehe-Konstellationen ein allgemeiner Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB neben den gemäß § 775 Abs. 1 BGB tritt.

⁶⁴⁷ LAG Mannheim, BB 1969, 1269, 1269; Soergel-Gröschler, § 775 Rn. 4.

⁶⁴⁸ Vgl. LAG Mannheim (BB 1969, 1269, 1269), das allerdings eine analoge Anwendung des § 775 BGB vornimmt, da es den Befreiungsanspruch nicht aus dem Auftragsrecht herleitet.

(b) Härten für Hauptschuldner/Auftraggeber führen nicht zu Einschränkungen des Kündigungsrechts

Die nachvertraglichen Treuepflichten des Bürgen/Auftragnehmers haben Auswirkungen in Bezug auf die Art und Weise der Geltendmachung eines bestehenden Befreiungsanspruchs, begründen jedoch keinesfalls eine Ausnahme von der Fristlosigkeit der außerordentlichen Kündigung. Zwar wird eine solche „Auslauffrist“ von einigen Stimmen in der Rechtslehre im Falle einer außerordentlichen Bürgschaftskündigung befürwortet.⁶⁴⁹ Dies ist aber sowohl für die außerordentliche Bürgschaftskündigung als auch für die außerordentliche Kündigung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung generell abzulehnen, da in beiden Fällen die Interessenabwägung bei der Annahme eines wichtigen Grundes gerade ergeben hat, dass ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar ist. Bei wirksamer Kündigung tritt daher immer eine sofortige Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung ein, wobei etwaige Härten für den Hauptschuldner/Auftraggeber gegebenenfalls auf der Ebene der Durchsetzbarkeit abzumildern sind. Für den Bürgen/Auftragnehmer ist eine sofortige Beendigung des Bürgschaftsauftrags vor allem auch deshalb bedeutsam, weil dieser – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen im Bürgschaftsverhältnis – erst dadurch ohne die Verletzung von Pflichten aus dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis den Bürgschaftsvertrag gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger kündigen kann.

(c) Gleichlauf der Kündigungsrechte im Bürgschaftsverhältnis und im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis

Bei der Ehegatten- und der Arbeitnehmerbürgschaft ist die Trennung vom Hauptschuldner ein wichtiger Grund sowohl für die Bürgschaftskündigung als auch für die Kündigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung. Ein solcher Gleichlauf zwischen den möglichen wichtigen

⁶⁴⁹ NoKoBGB-Krebs/Jung, § 314 Rn. 56; Krebs, DB 2000, Beil. 14, 1, 14; Bamberger/Roth-Unberath, § 314 Rn. 24; Erman-Hohloch (12. Aufl.), § 314 Rn. 17, zustimmend Palandt-Grüneberg, § 314 Rn. 10; Horn, Überarbeitung des Schuldrechts, S. 551, 572, 639; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, S. 39; vgl. dazu oben Kapitel 1 C.I.d).

Gründen zur außerordentlichen Kündigung im Bürgschaftsverhältnis und dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis kann jedoch nicht generell auf andere Konstellationen übertragen werden. Das Auftragsverhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen und das Bürgschaftsverhältnis zwischen Bürge und Bürgschaftsgläubiger sind rechtlich zu trennen und müssen stets gesondert betrachtet werden. Nichtsdestotrotz sind das Bürgschaftsverhältnis und das bürgschaftsrechtliche Innenverhältnis in tatsächlicher Hinsicht eng miteinander verknüpft, so dass Umstände, die das Bürgschaftsverhältnis betreffen, häufig gleichzeitig auch im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis relevant sind und umgekehrt.

Änderungen in der persönlichen Beziehung zwischen dem Bürger/Auftragnehmer und dem Hauptschuldner/Auftraggeber führen häufig nicht nur im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis dazu, dass dem Bürger/Auftragnehmer das Festhalten an seiner Verpflichtung zur Bestellung und Aufrechterhaltung einer Bürgschaft nicht mehr zugemutet werden kann, sondern hat auch im Bürgschaftsverhältnis Bedeutung, da dem Bürgen in solchen Fällen auch dem Bürgschaftsgläubiger gegenüber häufig nicht mehr zugemutet werden kann, an seiner ursprünglich zugesagten Leistungsbereitschaft für die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners festzuhalten. Letztlich hängen fast alle anerkannten wichtigen Gründe für die außerordentliche Bürgschaftskündigung mit Änderungen in der Beziehung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner zusammen.⁶⁵⁰ Auch wenn sich Pauschalisierungen verbieten, kann dennoch von dem Grundsatz ausgegangen werden, dass dieselben Umstände, die den Bürgen im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zur Kündigung berechtigen, häufig auch dazu führen, dass ihm das Festhalten am Bürgschaftsvertrag nicht mehr zugemutet werden kann.

Diese Verknüpfung kann auch umgekehrt vorliegen. Umstände, die den Bürgen in dem Bürgschaftsverhältnis zur Kündigung berechtigen, werden regelmäßig auch die Unzumutbarkeit der Fortführung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung begründen. Es dürfte allerdings eher selten vorkommen, dass der Bürge ein Bürgschaftsverhältnis wegen Verfehlungen des Bürgschaftsgläubigers kündigen kann. Ange-

⁶⁵⁰ Vgl. dazu oben Kapitel 1 C.I.2.

sichts der wenigen Pflichten, die der Bürgschaftsgläubiger dem Bürgen gegenüber im Bürgschaftsverhältnis hat, ist dies praktisch nur bei erheblichen Verletzungen von Nebenpflichten des Bürgschaftsgläubigers, wie zum Beispiel der Schutz- und Auskunftspflichten denkbar. Wenn dies aber der Fall ist, wird eine Interessenabwägung betreffend das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Kündigung des Auftragsverhältnisses regelmäßig zugunsten des Bürgen ausfallen. Da in dieser Konstellation eine durch die Bürgschaftskündigung gegebenenfalls eintretende Untersicherung vom Bürgschaftsgläubiger verschuldetet wäre, dürfte diese im Verhältnis zum Hauptschuldner weder Kündigungsrechte noch Nachbesicherungsansprüche auslösen. Eine Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung zwischen Bürge/Auftragnehmer und Hauptschuldner/Auftraggeber hat daher keine negativen Auswirkungen auf den Hauptschuldner/Auftraggeber und ist schon aus diesem Grund interessengerecht.

bb) Voraussetzungen der ordentlichen Kündigung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung

Das voraussetzungslose Kündigungsrecht gemäß § 671 Abs. 1 BGB wird für das bürgschaftsrechtliche Innenverhältnis durch den spezialgesetzlichen bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, so dass in diesem grundsätzlich kein ordentliches Kündigungsrecht besteht, sofern die Parteien dies nicht individualvertraglich vereinbart haben.⁶⁵¹ Andererseits ist allgemein anerkannt, dass für Verträge, die unbefristet sind und potentiell ewig dauern können, eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit aus Treu- und-Glauben-Erwägungen hergeleitet werden kann.⁶⁵² Dies muss auch für Bürgschaftsaufträge gelten und führt bei einer wirksamen Beendigung zur Entstehung eines Befreiungsanspruchs des Bürgen/Auftragnehmers.⁶⁵³ Die Notwendigkeit einer Möglichkeit zur ordentlichen

⁶⁵¹ Vgl. Erman-Herrmann, § 775 Rn. 1 mwN.

⁶⁵² Siehe oben Kapitel 1 C.II.1.a).

⁶⁵³ OLG Köln, OLGE 28, 227, 227 f.; OLG Breslau, HRR 1936, Nr. 1212; Münch-KommBGB-Habersack, § 775 Rn. 10; Scholz/Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, S. 315; etwas vage LAG Mannheim, BB 1969, 1269, 1269.

Kündigung beruht dabei im Wesentlichen darauf, dass eine unlösliche Dauerverbindung die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Teilnehmer des Rechtsverkehrs über das vertretbare Maß hinaus einschränken würde.⁶⁵⁴

Eine generelle Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung besteht aber nur unter bestimmten Rahmenbedingungen (hierzu unter (1)) und ist auch bei deren Vorliegen häufig nicht uneingeschränkt möglich (hierzu unter (2)). Anders als bei einem Recht zur außerordentlichen Kündigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung, das häufig parallel läuft mit einem Recht zur außerordentlichen Kündigung im Bürgschaftsverhältnis, sind Existenz und Voraussetzungen eines Rechts zur ordentlichen Kündigung im Bürgschaftsverhältnis und im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis häufig unterschiedlich zu beurteilen (hierzu unter (3)). Bei der ordentlichen Kündigung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung ist eine Kündigungsfrist einzuhalten (hierzu unter (4)).

(1) Zulässigkeit der ordentlichen Kündigung

Nach Treu-und-Glauben-Grundsätzen ist für Dauerschuldverhältnisse nur ein ungeschriebenes Recht zur ordentlichen Kündigung gemäß § 242 BGB anzuerkennen, wenn einer der Vertragspartner sich ohne ein solches bei Vertragsschluss potentiell ewig bindet. Wenn Bürge/Auftragnehmer und Hauptschuldner/Auftraggeber sich trotz einer potentiell ewigen Vertragsdauer weder bei Vertragsschluss noch später über das Bestehen beziehungsweise die Voraussetzungen eines ordentlichen Kündigungsrechts des Bürgen/Auftragnehmers geeinigt haben, ist im Streitfall eine diesbezügliche Auslegung des Vertrages gemäß §§ 133, 157 BGB erforderlich. Wenn es an Indizien, die auf den tatsächlichen Parteiwillen bei Vertragsschluss schließen lassen, fehlt und eine Auslegung des Vertrages daher nicht möglich ist, sind Regelungslücken entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu schließen.⁶⁵⁵ Hierbei ist darauf abzustellen,

⁶⁵⁴ Vgl. Larenz, Schuldrecht AT, S. 30.

⁶⁵⁵ Vgl. Prütting/Wegen/Weinreich-Brinkmann, § 157 Rn. 15, 24, 26 mwN; siehe auch Bork, BGB AT, Rn. 532 ff.

welche Regelung die Parteien im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten.⁶⁵⁶ Im Falle einer potentiell ewigen Verpflichtung ist davon auszugehen, dass ein redlicher Vertragspartner dem anderen bei Vertragsschluss ein Recht hätte gewähren müssen, sich irgendwann – auch ohne den Eintritt von Leistungsstörungen – wieder vom Vertrag zu lösen.

Das Recht zur ordentlichen Kündigung eines Auftrags zur Bürgschaftsbestellung besteht daher nicht automatisch, sondern nur für den Fall einer Ausgestaltung des Auftragsverhältnisses, in der auch tatsächlich eine potentielle Ewigkeitsbindung vorliegt.⁶⁵⁷ Das Vorliegen dieser Voraussetzung wird im Folgenden untersucht für zeitlich befristete (hierzu unter (a)) und gegenständlich beschränkte (hierzu unter (b)) Aufträge zur Bürgschaftsbestellung.

(a) Zeitlich befristeter Auftrag zur Bürgschaftsbestellung

Das Zugeständnis einer ordentlichen Kündigungsmöglichkeit gemäß § 242 BGB ist nur geboten, wenn das betreffende Schuldverhältnis kein natürliches Ende hat. In Auftragsverhältnissen kommt diese daher nur in Betracht, wenn das Vertragsverhältnis unbefristet ist.⁶⁵⁸ Darüber hinaus bewirkt auch eine Befristung im Bürgschaftsverhältnis oder hinsichtlich der gesicherten Forderungen mittelbar eine Befristung des Auftragsverhältnisses, wenn der Auftrag sich nur auf die Bestellung einer konkreten Sicherheit bezieht.

Eine solche mittelbare Befristung ist beispielsweise gegeben, wenn der Bürge/Auftragnehmer (unbefristet) zur Übernahme einer befristeten Bürgschaft beauftragt wird. Mit dem Ende der Zeitbürgschaft fällt dann auch der Vertragsgegenstand des Auftrags zur Bürgschaftsbestel-

⁶⁵⁶ BGH, NJW 2012, 1348, 1349; NJW-RR 1990, 817, 819 (jeweils mwN).

⁶⁵⁷ Vgl. in Bezug auf die ähnliche Thematik im Bürgschaftsverhältnis oben **Kapitel 1 C.II.1.**

⁶⁵⁸ Ausnahmen können gelten, wenn die Befristung derartig weit in der Zukunft liegt, dass das Schuldverhältnis zwar nicht potentiell unendlich ist, aber dennoch so unüberschaubar, dass die Versagung einer Kündigungsmöglichkeit treuwidrig wäre.

lung weg. Eine mittelbare Befristung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung liegt auch vor, wenn der Bürge/Auftragnehmer zur Besicherung einer befristeten Verbindlichkeit beauftragt wird. Bei Wegfall der gesicherten Verbindlichkeit durch Zeitablauf erlöschen auch die akzessorische Bürgschaft sowie der Vertragsgegenstand des Auftragsverhältnisses. Kein befristetes Auftragsverhältnis liegt hingegen vor, wenn der Sicherungsgeber uneingeschränkt zur Sicherheitenbestellung beauftragt wird, aber zunächst nur eine Zeitbürgschaft bestellt. In diesem Fall wäre er nach dem Wegfall der Bürgschaft im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis gegebenenfalls zur Bestellung einer neuen Sicherheit verpflichtet.

(b) Gegenständlich beschränkter Auftrag zur Bürgschaftsbestellung

Der Auftrag zur Bestellung von Bürgschaften für einzelne Verbindlichkeiten ist in der Regel nicht potentiell unendlich und daher auch nicht gemäß § 242 BGB ordentlich kündbar. Wenn Einzelverbindlichkeiten nach einem vorher bestimmten Tilgungsplan zu erfüllen sind, ist der Zeitpunkt ihres Erlöschens prognostizierbar. Nur wenn eine Tilgung der Verbindlichkeiten nicht absehbar ist, beispielsweise weil eine frei verlängerbare Stundung vereinbart ist, kann der Auftrag zur Bestellung einer Bürgschaft für eine Einzelverbindlichkeit als potentiell unendliche Vertragsbindung angesehen werden. Eine Ausnahme kann jedoch gelten, wenn ein Auftrag zur Bürgschaftsbestellung zwar nur für eine einzelne Verbindlichkeiten besteht, die planmäßige Tilgung sich aber auf einen extrem langen Zeitraum erstreckt. In diesem Fall kommt für den Auftrag zur Bürgschaftsbestellung hinsichtlich der mangelnden Überschaubarkeit des Vertragszeitraums für den Bürigen/Auftragnehmer ein Recht auf ordentliche Kündigung in Betracht. Dieses ist in solchen Konstellationen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung aber jedenfalls für einen Zeitraum von zehn Jahren als abbedungen anzusehen.⁶⁵⁹

⁶⁵⁹ Vgl. bezüglich der ordentlichen Kündigung des Bürgschaftsvertrags in dieser Situation die ausführliche Darstellung oben **Kapitel 1 C.II.1c)bb).**

(2) Kündigungsausschluss für einen gewissen Zeitraum

Bei einem unbefristeten Auftrag zur Bürgschaftsbestellung, der auch nicht mittelbar durch die Art der zu bestellenden Bürgschaft oder des gesicherten Schuldverhältnisses befristet ist, besteht ein grundsätzliches Recht zur ordentlichen Kündigung. Ein solches Kündigungsrecht kann im Auftragsverhältnis allerdings durch die Vereinbarung einer Mindestlaufzeit für einen gewissen Zeitraum ausgeschlossen werden.

Eine Vereinbarung von Mindestlaufzeiten in dem Vertragsverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgschaftsgläubiger oder im Bürgschaftsverhältnis wirkt sich auf das Auftragsverhältnis nicht aus. Wenn der Hauptschuldner/Auftraggeber eine Verbindlichkeit mit einer Mindestlaufzeit besichern lassen möchte, muss er diese Laufzeit im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis mit dem Bürger/Auftragnehmer vielmehr gesondert vereinbaren. Ein Bürge weiß im Zweifel gar nicht, ob das gesicherte Schuldvertragsverhältnis eine Mindestlaufzeit vorsieht. Abgesehen davon ist die schlichte Kenntnis von einer Mindestlaufzeit in Bezug auf das gesicherte Schuldverhältnis auch nicht als Einverständnis für die Vereinbarung derselben Mindestlaufzeit für den Auftrag zur Bürgschaftsbestellung oder den Bürgschaftsvertrag zu werten.

Im Ergebnis ist das Recht auf eine ordentliche Kündigung im Regelfall aber dennoch im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung für einen gewissen Zeitraum abbedungen. Auch wenn nach dem Vorgesagten ein ordentliches Kündigungsrecht für einen Auftrag zur Bürgschaftsbestellung besteht, kann dies normalerweise nicht einschränkungslös ausgeübt werden.

Wenn es an Indizien, die auf den tatsächlichen Parteiwillen bei Vertragsschluss schließen lassen, fehlt und eine Auslegung des Vertrages daher nicht möglich ist, sind Regelungslücken entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu schließen.⁶⁶⁰ Hierbei ist darauf abzustellen, welche Regelung die Parteien im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und

⁶⁶⁰ Vgl. Prütting/Wegen/Weinreich-Brinkmann, § 157 Rn. 15, 24, 26 mwN; siehe auch Bork, BGB AT, Rn. 532 ff.; MünchKommBGB-Busche, § 157 Rn. 48.

Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten.⁶⁶¹

Im Folgenden werden zunächst die typischen Interessen des Hauptschuldners/Auftraggebers (hierzu unter (a)) und Bürgen/Auftragnehmers (hierzu unter (b)) im Hinblick auf die Ausgestaltung eines ordentlichen Kündigungsrechts des Bürgen/Auftragnehmers dargestellt, um anschließend anhand einer Abwägung der beiderseitigen Interessen die Ausgestaltung eines etwaigen Kündigungsausschlusses zu diskutieren (hierzu unter (c)).

(a) Typische Interessen des Hauptschuldners/Auftraggebers

Der Hauptschuldner/Auftraggeber ist im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis darauf angewiesen, dass der Bürge/Auftragnehmer seine Bürgschaft zumindest über den Zeitraum aufrechterhält, der üblicherweise erforderlich ist, um die im konkreten Fall besicherte Verbindlichkeit ordnungsgemäß abzuwickeln.

Insofern besteht im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zwischen dem Bürgen/Auftragnehmer und dem Hauptschuldner/Auftraggeber eine wesentlich andere Interessenslage als im Bürgschaftsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Bürgschaftsgläubiger hinsichtlich einer ordentlichen Kündigung der Bürgschaft. Für den Bürgschaftsgläubiger ist die ordentliche Kündigung der Bürgschaft durch den Bürgen – auch kurz nach deren Bestellung – keine große Härte. Zum einen wird sein Sicherungsinteresse durch den uneingeschränkten Fortbestand der entstandenen Einstandspflichten hinreichend berücksichtigt und zum anderen wird er durch eine Kündigungsfrist geschützt, die an dem benötigten Zeitraum für die Loslösung vom Vertragsverhältnis zum Hauptschuldner bemessen ist.

Im Gegensatz dazu beeinträchtigt die ordentliche Kündigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis die Interessen des Hauptschuldners/Auftraggebers sehr. Das zeigt sich insbesondere bei der Betrachtung der Folgen einer Kündigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung betreffend eine Darlehensverbindlichkeit. Die sehr frühzeitige Kündigung des Auftrags zur

⁶⁶¹ BGH, NJW 2012, 1348, 1349; NJW-RR 1990, 817, 819 (jeweils mwN).

Bürgschaftsbestellung würde für den Hauptschuldner/Auftraggeber bedeuten, dass er nicht nur dem Bürgschaftsgläubiger gegenüber verpflichtet wäre, regelmäßige Zahlungen auf die gesicherte Verbindlichkeit zu leisten. Zusätzlich wäre er dem Bürgen/Auftragnehmer bei der Geltendmachung eines Befreiungsanspruchs zur vollen Sicherheitenbestellung hinsichtlich derselben Verbindlichkeit verpflichtet. Wenn der Hauptschuldner/Auftraggeber die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gehabt hätte, um eine solche Belastung zu tragen, wäre die Bürgschaft aber von vornherein nicht erforderlich gewesen. Eine einschränkungslose Möglichkeit zur sofortigen ordentlichen Kündigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung würde im schlimmsten Fall die Insolvenz des Hauptschuldners/Auftraggebers zur Folge haben. Selbst wenn die Geltendmachung eines Befreiungsanspruchs des Bürgen/Auftragnehmers gemäß § 242 BGB nur eingeschränkt möglich wäre, würde der Hauptschuldner/Auftraggeber dennoch zu maximalen Anstrengungen im Hinblick auf die Sicherheitenbestellung oder sogar gänzliche Befreiung des Bürgen/Auftragnehmer verpflichtet sein, was große Entbehrungen erforderlich machen kann. Unter solchen Umständen hätte der Hauptschuldner/Auftraggeber in vielen Fällen sicherlich von vornherein auf die Eingehung der gesicherten Verbindlichkeit und die damit einhergehende Besicherung verzichtet. Nach dem Vertragsschluss mit dem Bürgschaftsgläubiger ist eine Rückabwicklung der gesicherten Verbindlichkeit aber regelmäßig nicht mehr ohne Weiteres möglich.

(b) Typische Interessen des Bürgen/Auftragnehmers

Für den Bürgen/Auftragnehmer beruht eine ordentliche Kündigung demgegenüber auf dem Wunsch, nicht mehr länger an die Zusage zugunsten des Hauptschuldners/Auftraggebers gebunden zu sein. Dieses Interesse an einer Loslösung von dem Auftrag zur Bürgschaftsbestellung beruht regelmäßig auf geänderten Lebensumständen des Bürgen/Auftragnehmers, die seiner eigenen Risikosphäre zuzuordnen sind und ihn daher nicht zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen.

(c) Interessenabwägung hinsichtlich Kündigungsausschluss für gewissen Zeitraum

Die für eine ergänzende Vertragsauslegung erforderliche Interessenabwägung wird regelmäßig ergeben, dass ein redlicher Bürge/Auftragnehmer sich auf einen Kündigungsausschluss für einen gewissen Zeitraum hätte einlassen müssen. In den meisten Fällen wird das Interesse des Hauptschuldners/Auftraggebers an einer gewissen Mindestvertragsdauer überwiegen. Die exakte Dauer des Kündigungsausschlusses bemisst sich anhand der Umstände des Einzelfalls.

In den üblichen Bürgschaftskonstellationen wird beiden Parteien des bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnisses bei Vertragsschluss klar sein, dass der Hauptschuldner/Auftraggeber auf eine Aufrechterhaltung der versprochenen Bürgschaft für einen gewissen Zeitraum angewiesen ist, da dieser im Hinblick auf das gesicherte Schuldverhältnis regelmäßig erhebliche Dispositionen treffen muss. Ein Wunsch des Bürgen/Auftragnehmers, sich vom Auftrag zur Bürgschaftsbestellung zu lösen, hat im Hinblick auf die Tatsache, dass ein Bürge/Auftragnehmer bei Vertragsschluss Art und Umfang der gesicherten Forderung kennt und damit auch eine Vorstellung davon hat, welcher Zeitraum für eine Abwicklung anzusetzen ist, zunächst wenig Gewicht. Andererseits entspricht es auch der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Lebensumstände sich ändern können. Es wäre nicht ungewöhnlich, wenn ein Bürge/Auftragnehmer nach einem gewissen Zeitraum selbst in die Situation kommt, Vermögensdispositionen treffen zu wollen, die Bürgschaftsverpflichtungen aber seine eigene Liquidität einschränken. Je länger ein Auftrag zur Bürgschaftsbestellung besteht und je unvorhersehbarer Dauer und Umfang der versprochenen Bürgschaftsübernahme bei Vertragsschluss waren, desto größer ist das Interesse des Bürgen/Auftragnehmer an einer Möglichkeit zur Loslösung vom Auftrag zur Bürgschaftsbestellung einzustufen. Relevant kann überdies sein, wenn weitere Umstände vorliegen, die den Bürgen/Auftragnehmer zwar nicht zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen, aber dennoch als rechtserheblich einzustufen sind.

Es ist im Ergebnis davon auszugehen, dass die Parteien des bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnisses bei Vertragsschluss einen möglicherweise sogar mehrjährigen Kündigungsausschluss gewollt hätten. Es gilt jedoch kein genereller Kündigungsausschluss, da dem Interesse

des Bürgen/Auftragnehmers an einer Möglichkeit zur Loslösung vom Auftrag zur Bürgschaftsbestellung bei langer Vertragsdauer mehr Bedeutung zukommt und nach einem gewissen Zeitraum überwiegt.

(3) Keine Parallelität der ordentlichen Kündigungsrechte im Bürgschaftsverhältnis und im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis

Zwar sind – je nach Ausgestaltung im Einzelfall – sowohl ein Bürgschaftsvertrag ordentlich kündbar als auch der Auftrag zur Bürgschaftsbestellung. Die wirksame ordentliche Kündigung des Bürgschaftsvertrages führt aber nicht automatisch dazu, dass auch der Auftrag zur Bürgschaftsbestellung ordentlich kündbar ist und umgekehrt. Hinsichtlich der ordentlichen Kündigung besteht nicht dasselbe Maß an Parallelität zwischen dem Bürgschaftsverhältnis und dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis, wie dies bei der außerordentlichen Kündigung der Fall ist. Anders als die ältere Rechtsprechung dies annahm, ist das ordentliche Kündigungsrecht des Bürgen im Bürgschaftsverhältnis auch nicht weitgehend wertlos, wenn dem Bürgen kein paralleles Kündigungsrecht im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zusteht.⁶⁶² Die damalige Rechtsprechung ging noch davon aus, dass die Bürgschaftskündigung deren Umwandlung in eine Zeitbürgschaft zur Folge hätte und daher immer zur sofortigen Inanspruchnahme des Hauptschuldners durch den Bürgschaftsgläubiger führen würde, um die Bürgschaftsansprüche nach der Kündigung gemäß § 777 Abs. 1 S. 1 BGB zu wahren. In diesen Fällen würde der Bürge bei einer fehlenden Lösungsmöglichkeit von dem Auftrag zur Bürgschaftsbestellung diesbezüglich dem Hauptschuldner wegen der Schlechterfüllung des weiterhin fortbestehenden Auftrags zur Bürgschaftsbestellung schadensersatzpflichtig sein. Da aber heute die gegenständliche Beschränkung der Bürgschaftsschuld durch die Bürgschaftskündigung anerkannt ist, führt eine Bürgschaftskündigung zunächst einmal nur dazu, dass der Bürgschaftsgläubiger dem Hauptschuldner gegenüber nicht weiter in Vorleistungen treten wird, weil nur neu entstandene Verbindlichkeiten ungesichert wären. Der Bürge würde sich dem Hauptschuldner gegenüber daher nur schadensersatz-

⁶⁶² Vgl. dazu OLG Köln, OLGE 28, 227, 228.

pflichtig machen, wenn der Hauptschuldner einen Schaden dadurch erleidet, dass er keine weiteren Leistungen von dem Bürgschaftsgläubiger beziehen kann und beispielsweise infolgedessen zahlungsunfähig wird.

Insbesondere die ordentliche Bürgschaftskündigung selbst stellt aber nicht ohne Weiteres einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung dar. Die theoretische Möglichkeit, dass der Bürge sich durch die Kündigung gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger schadensersatzpflichtig gegenüber dem Hauptschuldner machen könnte, kann in der Interessenabwägung betreffend das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Kündigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung keinen entscheidenden Ausschlag geben, da der Bürge diese Situation durch die Kündigung im Bürgschaftsverhältnis selbst herbeigeführt hat.

(4) Kündigungsfrist

Die ordentliche Kündigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung ist fristgebunden. Mangels gesetzlicher Vorgaben ist die Frist daran zu messen, wie viel Zeit dem Hauptschuldner redlicherweise zu gewähren ist, um seine Angelegenheiten mit dem Bürgschaftsgläubiger zu klären und Mittel für die Befreiung des Bürgen zu organisieren. Dies bemisst sich jeweils nach dem Einzelfall. In der Regel werden dafür maximal drei Monate erforderlich sein.

f) Übertragbarkeit und Modifikation der gefundenen Ergebnisse für Geschäftsbesorgungsverträge

Wenn dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis kein unentgeltlicher Auftrag, sondern ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde liegt, sind bei Beendigung des Geschäftsbesorgungsvertrages viele der oben beschriebenen Grundsätze zur Nichtanwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB⁶⁶³ und bezüglich des Wiederauflebens des allgemei-

⁶⁶³ Siehe oben unter c)aa).

nen auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß §§ 670, 662, 257 BGB⁶⁶⁴ übertragbar. Die Interessen der Vertragspartner eines Geschäftsbesorgungsvertrages unterscheiden sich von denen in einem unentgeltlichen Auftrag. Der Bürge, der aufgrund seiner Verpflichtungen aus einem Geschäftsbesorgungsvertrag handelt, agiert nicht aus altruistischen Motiven und ist daher auch nicht in besonderer Weise schutzwürdig. Wenn der Geschäftsbesorgungsvertrag beendet ist, bekommt der Bürge aber keine Vergütung mehr für die Zurverfügungstellung der Sicherheiten und hat damit auch ein berechtigtes Interesse daran, aus seinen Verpflichtungen dem Bürgschaftsgläubiger gegenüber befreit zu werden. Die eine Anwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB erfordernde Interessenlage besteht nicht mehr. Im Falle der Beendigung des dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zugrundeliegenden Geschäftsbesorgungsvertrages steht dem Bürgen daher ein auftragsrechtlicher Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB zu.

Die Grundsätze, betreffend die Kündigung eines unentgeltlichen Auftrags zur Bürgschaftsbestellung⁶⁶⁵, sind auf den Geschäftsbesorgungsvertrag nur teilweise übertragbar. Anders als bei einem unentgeltlichen Auftrag ist der ausschlaggebende Grund für den Vertragschluss beim Geschäftsbesorgungsvertrag weniger die persönlichen Beziehung zwischen Bürge und Hauptschuldner, als vielmehr die wirtschaftliche Einigung in Bezug auf die gegenseitigen Leistungspflichten. Aus diesem Grund können Veränderungen der persönlichen Lebensumstände der Vertragsparteien auch nicht ohne Weiteres einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung gemäß § 314 BGB begründen. Bei einem Austauschvertrag mit marktüblicher Gegenleistung für die Bürgschaftsbestellung sind an den wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung gemäß § 314 BGB hohe Anforderungen zu stellen. Die Grundsätze bezüglich einer ordentlichen Kündigung eines unentgeltlichen Auftrags zur Bürgschaftsbestellung sind auf den Geschäftsbesorgungsvertrag hingegen weitgehend übertragbar. Ein Geschäftsbesorgungsvertrag betreffend eine Bürgschaftsbestellung ist ein Dauerschuldverhältnis, das bei einer potentiell ewigen Bindung

664 Siehe oben unter c)bb).

665 Siehe oben unter e).

nach Treu-und-Glauben-Grundsätzen ordentlich kündbar sein muss. Auch hier gilt aber, dass – je nach Ausgestaltung des Einzelfalls – für einen gewissen Zeitraum nach Vertragsschluss von einem Kündigungsaußchluss auszugehen ist.

3. Gesellschaftsrechtlicher Anspruch des Bürgen auf Befreiung von Einstandspflichten gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB

Gesellschafter von Personengesellschaften haben nach ihrem Ausscheiden aus der Gesellschaft gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB⁶⁶⁶ einen gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch gegen die Gesellschaft, der sich auf die akzessorische gesellschaftsrechtliche Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gemäß §§ 128, 160 HGB⁶⁶⁷ bezieht.

Im Folgenden wird zunächst erläutert, inwieweit der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters einer Personengesellschaft gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB auch auf Bürgschaften anwendbar ist, die dieser zugunsten der Personengesellschaft bestellt hat (hierzu unter a)). Im Anschluss wird die Anwendbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB auf offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften dargestellt und untersucht, inwieweit dieser auch Gesellschaftern von Gesellschaften mit beschränkter Haftung zugute kommt (hierzu unter b)). Abschließend wird die Reichweite eines vertraglichen Ausschlusses der gesellschaftsrechtlichen Befreiungsansprüche diskutiert (hierzu unter c)).

a) Anwendbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs auf Bürgschaften

Der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB ist auf Bürgschaften, die ein ausgeschiedener

⁶⁶⁶ Im Falle einer offenen Handelsgesellschaft in Verbindung mit § 105 Abs. 3 HGB und im Falle einer Kommanditgesellschaft in Verbindung mit §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB (siehe unten unter b)).

⁶⁶⁷ Im Falle einer Kommanditgesellschaft in Verbindung mit § 161 Abs. 2 HGB und im Falle einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in analoger Anwendung.

Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat, zwar nicht direkt (hierzu unter **aa**), wohl aber im Wege der Analogie (hierzu unter **bb**) anwendbar.

aa) Keine direkte Anwendbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs auf Bürgschaften

Ein persönlich haftender Gesellschafter muss auch nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft gemäß §§ 128, 160 HGB analog weiterhin für solche Gesellschaftsverbindlichkeiten einstehen, die zum Zeitpunkt seines Ausscheidens bereits begründet waren. In § 738 Abs. 1 S. 2 BGB heißt es, dass im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft die übrigen Gesellschafter „*verpflichtet [sind], [...] ihn [den ausgeschiedenen Gesellschafter] von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien[...]*“. Der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB umfasst seinem Wortlaut nach nur die Befreiung von gemeinschaftlichen Schulden, was regelmäßig diejenigen Verbindlichkeiten sind, für die eine persönliche Gesellschafterhaftung gemäß §§ 128, 160 HGB analog besteht.⁶⁶⁸ Ein Anspruch auf Befreiung von zusätzlich zu der persönlichen Haftung bestellten Sicherheiten – und damit auch von Bürgschaften –, die der persönlich haftende Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat, ist vom Wortlaut des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB nicht umfasst.

bb) Analoge Anwendung des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs auf Bürgschaften

Die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB auf Sicherheiten, die ein ausgeschiedener Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat, liegen hier jedoch vor. Die erste Voraussetzung einer Analogie ist, dass der Sachverhalt, der durch die Heranziehung einer für einen anderen Sachverhalt geschaffenen Norm ge-

⁶⁶⁸ Vgl. BGH, NZG 2010, 383, 383.

regelt werden soll, tatsächlich nicht gesetzlich erfasst ist (hierzu unter (1)). Die zweite Voraussetzung einer Analogie ist, dass zwischen dem Sachverhalt, der durch die existierende Norm geregelt wird und dem regelungsbedürftigen Sachverhalt, hinsichtlich der für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Kriterien, eine vergleichbare Interessenslage besteht (hierzu unter (2)).⁶⁶⁹ Die auch nach Beendigung des bürgerlichen Innenverhältnisses noch zu beachtenden Interessen der Gesellschaft als Hauptschuldner werden dadurch geschützt, dass der ausgeschiedene Gesellschafter einen gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch, der sich auf Bürgschaften bezieht, die dieser für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat, nur in einer Weise geltend machen darf, die den Fortbestand der Gesellschaft nicht gefährdet (hierzu unter (3)).

(1) Vorliegen einer Regelungslücke

Die Befreiung eines persönlich haftenden Gesellschafters von Sicherheiten, die dieser für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat, ist durch § 738 Abs. 1 S. 2 BGB nicht geregelt, so dass diesbezüglich eine Regelungslücke bestehen könnte. Dies wäre der Fall, wenn für den ausgeschiedenen persönlich haftenden Gesellschafter, der Sicherheiten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat, keine sonstigen Befreiungsansprüche zur Verfügung stehen. In Betracht kommen hier insbesondere der auftragsrechtliche (hierzu unter (a)) und der bürgerliche (hierzu unter (b)) Befreiungsanspruch.

(a) Ausnahmsweise Anwendbarkeit des auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs

Die Rechtslehre geht davon aus, dass, wenn der Sicherheitenbestellung eines persönlich haftenden Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Gesellschaft ein Auftragsverhältnis zugrunde liegt, § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog als Spezialnorm den allgemeinen auftragsrechtlichen Befreiungsanspruch verdrängt, da der gesellschaftsrechtliche Befreiungsan-

⁶⁶⁹ Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 202.

spruch die engeren Voraussetzungen hat.⁶⁷⁰ § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog modifiziere den Anspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB im Hinblick auf die gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten und sei insbesondere auch Ausdruck der besonderen Treuepflichten zwischen einem Gesellschafter und der Gesellschaft.

Tatsächlich greift der auftragsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB in Bezug auf eine Sicherheitenbestellung durch Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft allerdings regelmäßig nicht ein. Ein Gesellschafter, der im Pflichtenkreis seiner Gesellschaft tätig wird, handelt üblicherweise nicht als Beauftragter, sondern aufgrund des Gesellschaftsvertrages,⁶⁷¹ um seine gegenüber der Gesellschaft bestehende Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks zu erfüllen. Soweit die Gesellschafterstellung Grundlage der Sicherheitenbestellung ist, ist der Gesellschafter mit der Gesellschaft nicht darüber hinaus noch durch ein zusätzliches Auftragsverhältnis verbunden.

Wenn ein Gesellschafter jedoch im Ausnahmefall unabhängig von seiner Gesellschafterstellung wie ein Dritter im Auftrag der Gesellschaft, deren Gesellschafter er ist, eine Sicherheit bestellt, kann unabhängig vom Gesellschaftsverhältnis auch ein Auftragsverhältnis bestehen. Wenn die Bürgschaftsbestellung eines persönlich haftenden Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Gesellschaft ausnahmsweise auf einem Auftrag beruht, ist der auftragsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB anwendbar, der jedoch für den Zeitraum, in dem der Auftrag wirksam besteht, durch den bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB verdrängt wird.⁶⁷² Der in Bezug auf die Sicherheitenbestellung lediglich analog anzuwendende gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB kann einen direkt anwendbaren Anspruch normalerweise nicht im Wege der Spezialität ausschließen. Die erste Voraussetzung für die Bildung einer

⁶⁷⁰ Staudinger-Bittner, § 257 Rn. 22; MünchKommBGB-Krüger, § 257 Rn. 2; Soergel-Förster, § 257 Rn. 2.

⁶⁷¹ Vgl. Staudinger-Horn, § 775 Rn. 3; vgl. auch Palandt-Sprau, § 775 Rn. 1, der davon ausgeht, dass es der Übernahme einer Bürgschaft im Auftrag des Hauptschuldners gleich steht, wenn ein Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld eine Bürgschaft übernimmt – daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass ein Gesellschafterbürgschaft nicht im Rahmen eines Auftragsverhältnisses handelt.

⁶⁷² Siehe oben unter **2.c)aa)** und **bb)**.

Analogie ist, dass keine Norm zur Verfügung steht, die den infrage stehenden Sachverhalt regelt. Wenn einem persönlich haftenden Gesellschafter im Falle einer Bürgschaftsbestellung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft aufgrund eines Auftragsverhältnisses aber ein bürgschaftsrechtlicher Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB zusteht und nach Beendigung des Auftrags ein auftragsrechtlicher Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB, bedarf es keiner Analogie, da keine Regelungslücke vorliegt.

(b) Im Normalfall Nichtanwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs

Wenn es sich bei der durch den persönlich haftenden Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellten Sicherheit um eine Bürgschaft handelt, kann bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen der Anwendungsbereich des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB eröffnet sein.⁶⁷³ Eine analoge Anwendung des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB auf Bürgschaften, die von einem persönlich haftenden Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt worden sind, wäre in diesem Fall in Ermangelung einer Regelungslücke unzulässig. Zu untersuchen ist daher, ob der Sachverhalt, der durch die analoge Heranziehung von § 738 Abs. 1 S. 2 BGB geregelt werden soll, tatsächlich von § 775 Abs. 1 BGB erfasst ist.

Der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB findet normalerweise im Rahmen von Auftragsverhältnissen Anwendung, die bei Bürgschaften von persönlich haftenden Gesellschaftern für Verbindlichkeiten der Gesellschaft aber nur ausnahmsweise vorliegen. In Bezug auf die Anwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB werden Gesellschaftsverhältnisse den Auftragsverhältnissen jedoch gleichgestellt (hierzu unter (aa)). Mit Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft, für deren Verbindlichkeiten dieser Bürgschaften bestellt hat, liegt der vom Gesetzgeber für den bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Sachverhalt

⁶⁷³ Siehe oben unter 1.a)bb).

jedoch nicht mehr vor, da dieser ein bestehendes Vertragsverhältnis im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis voraussetzt (hierzu unter (bb)). Nach dem Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft, für deren Verbindlichkeiten er sich verbürgt hat, besteht in Bezug auf Befreiungsansprüche des Bürgen daher eine Regelungslücke (hierzu unter (cc)).

(aa) Anwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs während der Gesellschaftszugehörigkeit

Neben weiteren Voraussetzungen ist der Anwendungsbereich des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB grundsätzlich nur eröffnet, wenn der Bürgschaft im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis ein Auftrag oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag zugrunde liegen. In Bezug auf die Anwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB ist die Bürgschaft des Gesellschafters für seine Gesellschaft der Auftragsbürgschaft jedoch gleichgestellt.⁶⁷⁴ Auch hier wird die Bürgschaft aufgrund eines bestehenden Rechtsverhältnisses zum Hauptschuldner übernommen.⁶⁷⁵

(bb) Nichtanwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs nach Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft

Nach dem Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters aus der Gesellschaft liegt der für den bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Sachverhalt jedoch nicht mehr vor. Das Gesellschaftsverhältnis, das bei der Gesellschaftsbürgschaft das Äquivalent zu dem für die Anwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs vorausgesetzten Auftragsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner ist, nach dem Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft nicht mehr be-

⁶⁷⁴ Vgl. Palandt-Sprau, § 775 Rn. 1.

⁶⁷⁵ Vgl. Staudinger-Horn, § 775 Rn. 3.

steht.⁶⁷⁶ Der bürgschaftsrechtliche und der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch regeln daher nicht denselben Sachverhalt. Der erste betrifft den Zeitraum der Gesellschaftszugehörigkeit und letzterer den Zeitraum nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft. Der bürgschaftsrechtliche und der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch ergänzen sich daher und stehen nicht in Konkurrenz zueinander.

(cc) Vorliegen einer Regelungslücke

Die Anwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB auf Bürgschaften, die von einem persönlich haftenden Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt worden sind, hindert eine analoge Anwendung des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB nach Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft daher nicht.⁶⁷⁷ Der Anwendungsbereich des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 775 Abs. 1 BGB endet mit dem Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft. In Bezug auf die Befreiung von Sicherheiten besteht nach dem Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft daher eine Regelungslücke, die – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – über eine analoge Anwendung des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB geschlossen werden könnte.

Etwas anderes kann gelten, wenn die Bestellung einer Bürgschaft für Verbindlichkeiten der Gesellschaft durch einen persönlich haften-

⁶⁷⁶ Siehe oben unter 2.c); insoweit aA BGH, WM 1974, 214, 215; Staudinger-Horn, § 775 Rn. 3; Prütting/Wegen/Weinreich-Brödermann, § 775 Rn. 6; Palandt-Sprau, § 775 Rn. 1, die davon ausgehen, dass ein ausgeschiedener Gesellschafter einer Personengesellschaft einen Anspruch auf Befreiung gemäß § 775 Abs. 1 BGB hat, sobald die weiteren Voraussetzungen des § 775 BGB erfüllt sind. Richtigerweise endet der Anwendungsbereich von § 775 Abs. 1 BGB jedoch mit dem Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft.

⁶⁷⁷ Insoweit unpräzise daher der BGH (WM 1974, 214, 215), der für einen ausgeschiedenen GmbH-Gesellschafter davon ausging, dass falls – aus dem dortigen Einzelfall resultierend – kein gesellschaftsrechtlicher Befreiungsanspruch des Gesellschafters hinsichtlich einer Bürgschaft besteht, jedenfalls ein bürgschaftsrechtlicher Befreiungsanspruch zuzusprechen ist.

den Gesellschafter ein Drittgeschäft darstellt und nicht auf Grundlage der Gesellschafterstellung erfolgt. In diesem Fall kommt es für die Entstehung von Befreiungsansprüchen nicht auf das Ausscheiden aus der Gesellschaft an, sondern auf die Beendigung des relevanten Vertragsverhältnisses. Sofern es sich hierbei um einen Auftrag handelt, greifen nach dessen Beendigung weder der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB noch der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB ein, sondern allgemeines Auftragsrecht und damit §§ 670, 662, 257 BGB.

(2) Vergleichbarkeit der Interessenlage

Die zweite Voraussetzung für die analoge Anwendung einer Norm ist, dass zwischen dem Sachverhalt, der durch die existierende Vorschrift geregelt wird und dem regelungsbedürftigen Sachverhalt, hinsichtlich der für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Kriterien, eine vergleichbare Interessenlage besteht. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn Sinn und Zweck der existierenden Vorschrift für den Fall kontraktiert würden, dass der regelungsbedürftige Sachverhalt anders behandelt wird, als der durch die existierende Vorschrift geregelter Sachverhalt.

Der Zweck des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB besteht darin, den ausgeschiedenen persönlich haftenden Gesellschafter von den Belastungen seiner Gesellschaftszugehörigkeit zu befreien, die im Außenverhältnis auch nach dessen Ausscheiden aus der Gesellschaft noch fortwirken.⁶⁷⁸ Sofern der Gesellschafter nicht nur nach den gesetzlichen Vorschriften für Gesellschaftsschulden haftet, sondern ein Gesellschaftsgläubiger auf eine Doppelverpflichtung des persönlich haftenden Gesellschafters durch eine zusätzliche Sicherheitenbestellung bestanden hat, wird der Normzweck des § 738 Abs. 1 S. 2 BGB nicht erreicht, wenn der ausgeschiedene Gesellschafter über die zusätzlich gestellten Sicherheiten weiterhin dem Zugriff des Gläubigers auf sein Vermögen ausgesetzt ist.⁶⁷⁹

678 BGH, NJW 1974, 899, 900.

679 BGH, aaO (Fn. 678).

Mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft partizipiert der Gesellschafter nicht mehr an den Gewinnen der Gesellschaft. Es besteht daher in der Regel kein wirtschaftlicher Grund mehr, der eine Einstandspflicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft rechtfertigen würde. Dies gilt unabhängig davon, ob die Einstandspflichten des Gesellschafters sich aus der persönlichen akzessorischen Gesellschafterhaftung gemäß §§ 128, 160 HGB ergeben oder zusätzlich aus einer für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellten Bürgschaft.

Zwischen dem durch § 738 Abs. 1 S. 2 BGB geregelten Sachverhalt und der Situation, in der ein persönlich haftender Gesellschafter zusätzlich zu der ohnehin bestehenden Haftung noch eine Bürgschaft bestellt hat, besteht hinsichtlich des Normzwecks daher eine vergleichbare Interessenlage.

Aus diesem Grund hat der ausgeschiedene Gesellschafter neben dem Anspruch auf die Befreiung von seiner Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten auch einen Anspruch auf die Befreiung von Sicherheiten, die er aus seinem Privatvermögen für Gesellschaftsschulden bestellt hat.⁶⁸⁰ Der Befreiungsanspruch begründet hinsichtlich dieser Sicherheiten eine Ablösepflicht der Gesellschaft.⁶⁸¹

Die Befreiung von einer Gesellschafterbürgschaft erfolgt entsprechend der Darstellung oben unter I. Der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters, der sich auf dessen Nachhaftung für Gesellschaftsschulden gemäß §§ 128, 160 HGB bezieht, kann entweder direkt durch die Tilgung der Gesellschaftsverbindlichkeit seitens der Gesellschaft oder aber durch eine Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Gläubiger über die Entlastung des ausgeschiedenen Gesellschafters aus der Mithaft erfolgen.⁶⁸²

⁶⁸⁰ RGZ 132, 29, 32; BGH, NJW 1974, 899, 899 f.; MünchKommBGB-Schäfer, § 738 Rn. 78; Bamberger/Roth-Timm/Schöne, § 738 Rn. 9; Hülsmann, NZG 2001, 625, 634; Görmer, JuS 2009, 7, 8.

⁶⁸¹ Hülsmann, NZG 2001, 625, 634.

⁶⁸² RGZ 132, 29, 31; BGH, NJW 1999, 2438, 2439 f.; MünchKommBGB-Schäfer, § 738 Rn. 78; Soergel-Hadding/Kießling, § 738 Rn. 15; Görmer, JuS 2009, 7, 8.

(3) Einschränkung von Befreiungsansprüchen bei ruinöser Geltendmachung

Eine Pflicht des Sicherungsgebers zur Rücksichtnahme auf die Belange des Hauptschuldners besteht als nachvertragliche Nebenpflicht auch noch nach dem Ende des Auftragsverhältnisses fort.⁶⁸³ Dieser Rechtsgedanke ist auf die Konstellation übertragbar, in der einer Sicherheitenbestellung kein Auftragsverhältnis zugrunde liegt, sondern diese auf Grundlage der Gesellschafterstellung erfolgt. Darüber hinaus unterliegt ein Gesellschafter auch nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft gemäß § 242 BGB einer allgemeinen nachvertraglichen Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft.⁶⁸⁴

Diese nachvertraglichen Rücksichtnahmen- und Treuepflichten verbieten einem ausgeschiedenen Gesellschafter, der Sicherheiten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat, eine ruinöse Geltendmachung von Befreiungsansprüchen.⁶⁸⁵ Die Anerkennung nachvertraglicher Rücksichtnahmen- und Treuepflichten darf aber nicht undifferenziert zu einer faktischen Aufrechterhaltung des beendeten Vertragsverhältnisses führen. Nachvertragliche Rücksichtnahmepflichten können lediglich die Art und Weise der Vertragsabwicklung und damit die Durchsetzbarkeit etwaiger Befreiungsansprüche betreffen. Ein genereller Ausschluss der Geltendmachung von Befreiungsansprüchen kann im Falle einer wirksamen Beendigung des bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnisses nur kurzfristig und nur in engen Grenzen zulässig sein. Der Gesellschaft sind in Bezug auf die Erfüllung von Befreiungsansprüchen einige Mühen abzuverlangen, insbesondere sind nicht zweckgebundene Rücklagen gegebenenfalls aufzulösen. Im Übrigen muss die Geltendmachung des Befreiungsanspruchs aber dergestalt erfolgen, dass jedenfalls das Tagesgeschäft der Gesellschaft weiterhin abgewickelt werden kann.

⁶⁸³ Vgl. zum zeitlichen Wirkungsbereich von Nebenpflichten Palandt-Grüneberg, § 242 Rn. 26.

⁶⁸⁴ BeckOK-Schöne, § 738 Rn. 4.

⁶⁸⁵ Vgl. für die Geltendmachung von Befreiungsansprüchen durch Ehegatten nach der Scheidung, MünchKommBGB-Roth (5. Aufl.), § 313 Rn. 249.

b) Anwendbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs auf andere Gesellschaftsformen

Der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB ist anwendbar auf Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (hierzu unter **aa**), Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft und auf Komplementäre einer Kommanditgesellschaft (hierzu unter **bb**) sowie – in analoger Anwendung – auf Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (hierzu unter **cc**).

aa) Anwendbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs auf Gesellschaften bürgerlichen Rechts

Der Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB entstammt den Regelungen betreffend Gesellschaften bürgerlichen Rechts und ist damit unmittelbar auf ausgeschiedene Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts anwendbar.

Hohe praktische Relevanz haben hierbei die Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die zwischen Ehepartnern bestehen können. Liegt nämlich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor, kann ein Ehepartner, der eine Bürgschaft oder andere Sicherheiten für Verbindlichkeiten des anderen Ehepartners bestellt hat, nach der Ehescheidung möglicherweise gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog eine Befreiung von diesen Sicherheiten verlangen.

Auch ohne ausdrückliche Regelung kann zwischen Ehepartnern – zusätzlich zur Ehe – ein stillschweigend abgeschlossener Vertrag zur Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehen.⁶⁸⁶ Dafür müssen die Ehepartner aber durch ihre beiderseitigen Leistungen einen über den typischen Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgt haben.⁶⁸⁷ Für einen solchen gemeinsamen Zweck reicht es nicht aus, wenn der eine Ehepartner dem anderen Ehepartner Finanzmittel oder Sicherheiten – beispielsweise eine Bürgschaft – zur Verfügung stellt, damit dieser ohne jegliche Mitwirkung

⁶⁸⁶ Zur Möglichkeit des Abschlusses eines GbR-Vertrages zwischen Ehepartnern, wenn über die Ehe hinaus weitere gemeinsame Zwecke vorliegen, vgl. MünchHdb. GesR I-Schücking, § 2 GbR Rn. 18 f.

⁶⁸⁷ BGH, NJW 1999, 2962, 2964, 2966 mwN.

des sichernden Ehepartners eine Geschäftstätigkeit aufzubauen oder ausüben kann.⁶⁸⁸ Dies gilt insbesondere, wenn ein Kreditinstitut eine Bürgschaft des Ehepartners zur Verhinderung von Vermögensverschiebungen verlangt hat und nicht deshalb, weil der bürgende Ehepartner ebenfalls geschäftstätig ist.

Aufgrund der hohen Anforderungen an die Annahme einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwischen Ehepartnern, besteht nach einer Scheidung häufig kein gesellschaftsrechtlicher Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog. Ehegattenbürgschaften liegt jedoch regelmäßig ein Auftragsverhältnis zugrunde, so dass dem Ehegattenbürgen nach der Ehescheidung jedenfalls auftragsrechtliche Befreiungsansprüche zustehen.⁶⁸⁹

bb) Anwendbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs auf Offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften

Für Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft und Komplementäre einer Kommanditgesellschaft gilt § 738 Abs. 1 S. 2 BGB über die Verweisnormen § 105 Abs. 3 HGB⁶⁹⁰ und § 161 Abs. 2 HGB.

cc) Anwendbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung

In Bezug auf Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist § 738 Abs. 1 S. 2 BGB nicht direkt anwendbar, da das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (*GmbHG*) – anders als das HGB – keine entsprechende Verweisnorm enthält.

Im Ergebnis liegen die Voraussetzungen einer doppelt analogen Anwendung des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB auf Sicherheiten, die ein ausgeschiedener Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat, jedoch vor.

688 BGH, WM 1972, 661, 661; NJW 1999, 2962, 2964.

689 Siehe oben unter 1.a)(aa)(2).

690 Oetker-Weitemeyer, § 105 Rn. 31.

Die erste Voraussetzung einer Analogie ist, dass der Sachverhalt, der durch die Heranziehung einer für einen anderen Sachverhalt geschaffenen Norm geregelt werden soll, tatsächlich nicht gesetzlich erfasst ist (hierzu unter (1)). Die zweite Voraussetzung einer Analogie ist, dass zwischen dem Sachverhalt, der durch die existierende Norm geregelt wird und dem regelungsbedürftigen Sachverhalt, hinsichtlich der für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Kriterien, eine vergleichbare Interessenlage besteht (hierzu unter (2)).⁶⁹¹

(1) Vorliegen einer Regelungslücke

Das GmbHG enthält keinen Befreiungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters, der Sicherheiten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat. Diesbezüglich könnte daher eine Regelungslücke bestehen, sofern keine sonstigen Befreiungsansprüche eingreifen.

Der bürgerrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB erfasst die Situation des ausgeschiedenen Gesellschafters auch nicht, wenn es sich bei der Gesellschaft um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelt. Ebenso wie bei einem persönlich haftenden Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts⁶⁹² bildet auch bei dem Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung das Gesellschaftsverhältnis im Regelfall die Grundlage für die Gewährung von Sicherheiten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Dieses Gesellschaftsverhältnis ist in der Konstellation der Gesellschafterbürgschaft das Äquivalent zu dem für die Anwendbarkeit des bürgerrechtlichen Befreiungsanspruchs vorausgesetzten Auftragsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner. Mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft besteht dieses für die Anwendbarkeit des bürgerrechtlichen Befreiungsanspruchs vorausgesetzte Rechtsverhältnis nicht mehr. Nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft ist der bürgerrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB daher auch im Falle der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht mehr anwendbar.

⁶⁹¹ Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 202.

⁶⁹² Siehe oben unter a)bb)(1)(b).

Der auftragsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB ist nicht anwendbar, wenn der Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung Sicherheiten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft aufgrund seiner Gesellschafterstellung bestellt. In dieser Konstellation ist das Gesellschaftsverhältnis im Innenverhältnis zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft Grundlage der Sicherheitenbestellung, ohne dass darüber hinaus noch ein Auftragsverhältnis bestünde. Anders hingegen bei der Sicherheitenbestellung als Drittgeschäft, beispielsweise in Form einer entgeltlichen Geschäftsbe- sorgung, bei der Befreiungsansprüche sich nach Auftrags- und Bürg- schaftsrecht richten und unabhängig von der Gesellschafterstellung des Gesellschafters der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu be- werten sind.

Dem Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der aufgrund seiner Gesellschaftszugehörigkeit Sicherheiten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat, stehen nach seinem Aus- scheiden aus der Gesellschaft daher keine gesetzlichen Befreiungsans- sprüche zur Verfügung, so dass diesbezüglich eine Regelungslücke vor- liegt.

(2) Vergleichbarkeit der Interessenlage

Die zweite Voraussetzung für die analoge Anwendung einer Norm ist, dass zwischen dem Sachverhalt, der durch die existierende Vorschrift geregelt wird und dem regelungsbedürftigen Sachverhalt, hinsichtlich der für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Kriterien, eine ver- gleichbare Interessenlage besteht.

Der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB wurde im Hinblick auf die bei Personengesell- schaften typische Interessenlage konzipiert, deren wesentliches Element die persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbind- lichkeiten ist, die – in den Grenzen des § 160 HGB – auch nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft fortbesteht. Eine solche persönliche Haftung besteht für Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gerade nicht.

Wenn ein Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haf- tung aber Sicherheiten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt

hat, ist sein Interesse daran, nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft von diesen Sicherheiten befreit zu werden, dennoch vergleichbar mit dem Interesse des persönlich haftenden Gesellschafters daran, nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft von der gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung gemäß §§ 128, 160 HGB befreit zu werden.

Gläubiger von Gesellschaften mit beschränkter Haftung verlangen häufig gerade deshalb Gesellschafter- oder Geschäftsführerbürgschaften, um – zusätzlich zum Gesellschaftsvermögen – eine natürliche Person als weiteren Schuldner zu gewinnen. Die von dem Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellten Sicherheiten erlauben es dem Gesellschaftsgläubiger im Sicherungsfall, auch nach dem Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft mit beschränkter Haftung noch auf dessen Privatvermögen zuzugreifen.

Nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft profitiert der Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung – ebenso wie der persönlich haftende Gesellschafter einer Personengesellschaft – nicht mehr vom Unternehmensergebnis. Nach Beendigung der Gesellschaftszugehörigkeit und dem damit einhergehenden Ende der Partizipation des Gesellschafters an Chancen der Gesellschaft, hat die Gesellschaft kein schützenswertes Interesse mehr an einer Aufrechterhaltung der Einstandspflichten und damit verbundenen Risikoübernahme des ausgeschiedenen Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

Die Situation eines ausgeschiedenen Gesellschafters einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der eine Bürgschaft oder andere Sicherheiten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat, entspricht daher genau dem Sachverhalt, der durch den gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB geregelt wird.

Eine doppelt⁶⁹³ analoge Anwendung des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB auf den ausgeschiedenen Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung hin-

⁶⁹³ Die erste Analogie bezieht sich auf die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs auf die Befreiung von Sicherheiten und die zweite Analogie auf die Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

sichtlich aus seinem Privatvermögen bestellter Sicherheiten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist daher sachgerecht.⁶⁹⁴

Für den Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der nicht gleichzeitig auch Gesellschafter ist, findet § 738 Abs. 1 S. 2 BGB mangels Gesellschafterstellung keine Anwendung. Ein Fremdgeschäftsführer hat nach seinem Ausscheiden aus dem Geschäftsführerverhältnis jedoch regelmäßig einen vertraglichen Befreiungsanspruch, der sich bei einer fehlenden Regelung in dessen Geschäftsbesorgungsvertrag jedenfalls aus ergänzender Vertragsauslegung ergibt.

c) Reichweite eines vertraglichen Ausschlusses gesellschaftsrechtlicher Befreiungsansprüche

Der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB, betreffend die akzessorische Gesellschafterhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters gemäß §§ 128, 160 HGB, ist dispositiv und kann daher im Gesellschaftsvertrag abbedungen werden (hierzu unter **aa**). Sofern nicht gleichzeitig auch der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog betreffend die Befreiung von Sicherheiten, die ein ausgeschiedener Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat, ausdrücklich ausgeschlossen wurde, erstreckt sich ein Ausschluss des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB, betreffend die akzessorische Gesellschafterhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters gemäß §§ 128, 160 HGB, nicht automatisch auch auf die Befreiung von Sicherheiten (**bb**)).

694 Vgl. OLG Hamburg, ZIP 1984, 707, 708; so im Ergebnis auch der BGH (WM 1974, 214, 215; 1989, 406, 407), der den Anspruch auf die Befreiung von aus dem Privatvermögen gestellten Sicherheiten des ausgeschiedenen Gesellschafters einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft allerdings aus einer konkluidenten Freistellungsvereinbarung herleitet; zu dem Streit, ob der Befreiungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sich aus einer Analogie zu § 738 BGB oder direkt aus § 775 BGB ergibt, vgl. – mit etwas anderem Fokus als in der vorliegenden Arbeit – auch Kautzsch, NZG 2011, 736, 736.

aa) Abdingbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs

Der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB, betreffend die akzessorische Gesellschafterhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters gemäß §§ 128, 160 HGB, kann von einem Gesellschafter häufig nicht geltend gemacht werden, da dieser dispositiv ist⁶⁹⁵ und in Gesellschaftsverträgen daher vielfach abbedungen wird.⁶⁹⁶

Im Hinblick auf den Grundsatz der Privatautonomie ergeben sich keine allgemeinen Bedenken gegen die Dispositivität des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs. In der Praxis wird der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB häufig durch die Verpflichtung der Gesellschaft beziehungsweise der verbliebenen Gesellschafter ersetzt, den ausgeschiedenen Gesellschafter erst im Falle seiner Inanspruchnahme freizustellen.⁶⁹⁷ In diesem Fall wirkt der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB ähnlich wie der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB und ist damit für den ausgeschiedenen Gesellschafter wirtschaftlich zumeist wertlos. Eine Inanspruchnahme des Gesellschafters durch die Gläubiger der Gesellschaft erfolgt in der Regel erst, wenn bei der Gesellschaft bereits Liquiditätsengpässe vorliegen. Unter diesen Rahmenbedingungen ist ein Freistellungsanspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaft ebenso selten durchsetzbar wie der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB oder der Regressanspruch des Bürgen gemäß § 774 Abs. 1 BGB.

Es gibt keinen Grund, die Ansprüche eines Gesellschafters in Bezug auf Bürgschaften oder sonstige Sicherheiten, die dieser für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat, anders zu behandeln als diejenigen, die sich hinsichtlich der akzessorischen Gesellschafterhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters gemäß §§ 128, 160 HGB ergeben. Der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch, gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog, ist daher – im Rahmen von § 307 BGB

⁶⁹⁵ BGH, WM 1976, 809, 809.

⁶⁹⁶ MünchKommBGB-Schäfer, § 738 Rn. 77; MünchHdb. GesR I-Piehler/Schulte, § 10 GbR Rn. 78.

⁶⁹⁷ MünchHdb. GesR I-Piehler/Schulte, § 10 GbR Rn. 78; MünchVerHdb. GesR-Götze, III 3. Anm. 37; BeckOF-Giehl, Nr. 7.3.1. Rn. 32; Knöcklein, DNotZ 1960, 452, 472 f.; Priester, Vertragsgestaltung bei der GmbH & Co., S. 92, 98.

und § 138 BGB⁶⁹⁸ – ebenso dispositiv wie der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB in direkter Anwendung.

bb) Auslegungsbedürftigkeit eines pauschalen Ausschlusses des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs

Wenn im Gesellschaftsvertrag lediglich der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch des Gesellschafters gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB abbedungen ist, der sich auf die akzessorische Gesellschafterhaftung gemäß §§ 128, 160 HGB bezieht, erfasst das nicht ohne Weiteres auch den gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch des Gesellschafters gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog, der sich auf Sicherheiten bezieht, die der ausgeschiedene Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat. Bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung ist die Reichweite eines Ausschlusses des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB daher durch Auslegung zu ermitteln oder eine bestehende Vertragslücke gegebenenfalls im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen.

Ein Vertrag ist gemäß §§ 133, 157 BGB so auszulegen, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Wenn Indizien fehlen, die auf den tatsächlichen Parteiwillen bei Vertragschluss schließen lassen, und eine Auslegung daher nicht möglich ist, sind Regelungslücken entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu schließen.⁶⁹⁹ Hierbei ist darauf abzustellen, welche Regelung die Parteien im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten.⁷⁰⁰

Eine Vertragsauslegung oder ergänzende Vertragsauslegung muss immer unter Berücksichtigung der spezifischen Besonderheiten des

⁶⁹⁸ Hierbei ist vor allem auch an die Sittenwidrigkeit knebelnder Vertragsgestaltungen zu denken, wenn der Bürge wirtschaftlich vom Hauptschuldner abhängig ist. Siehe oben **Kapitel 2 C.III.1.b).**

⁶⁹⁹ Vgl. Prütting/Wegen/Weinreich-Brinkmann, § 157 Rn. 15, 24, 26 mwN.

⁷⁰⁰ BGH, NJW 2012, 1348, 1349; NJW-RR 1990, 817, 819 (jeweils mwN).

Einzelfalls erfolgen. Es gibt aber verallgemeinerungsfähige Interessenslagen und übliche Sachverhaltskonstellationen, die für den Fall der Bestellung von Bürgschaften oder sonstigen Sicherheiten durch Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft vorliegen. Im Folgenden werden für typische Sachverhalte zunächst die berücksichtigungsfähigen Interessen dargestellt (hierzu unter (1)), um im Anschluss eine Interessenabwägung vorzunehmen (hierzu unter (2)).

(1) Berücksichtigungsfähige Interessen

Eine Gesellschaft als Hauptschuldner hat ein Interesse daran, dass einmal bestellte Sicherheiten auch nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters weiterhin zur Verfügung stehen. Darüber hinaus hat die Gesellschaft ein Interesse an einer Geltendmachung von Befreiungsansprüchen in einer Weise, die das operative Geschäft nicht beeinträchtigt und die Profitabilität der Gesellschaft möglichst wenig mindert.

Ein Gesellschafter hat ein Interesse daran, dass seine mit der Mitgliedschaft in der Gesellschaft verknüpften Verpflichtungen nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft möglichst gering sind. Er hat insbesondere ein Interesse an einer möglichst schnellen Befreiung etwaiger Einstandspflichten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

(2) Interessenabwägung

Der Ausschluss des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB dient der Verhinderung einer existenzgefährdenden Belastung der Gesellschaft nach einem Gesellschafteraustritt (hierzu unter (a)). Zur Erreichung dieses Zwecks ist eine Erstreckung des Ausschlusses von gesellschaftsrechtlichen Befreiungsansprüchen des Gesellschafters gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB, betreffend die akzessorische Gesellschafterhaftung gemäß §§ 128, 160 HGB auf den gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch des Gesellschafters gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog, der sich auf Sicherheiten bezieht, die der ausgeschiedene Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat, nicht uneingeschränkt erforderlich und ent-

spricht daher auch nicht dem hypothetischen Parteiwillen (hierzu unter (b)).

(a) Sinn und Zweck eines Ausschlusses gesellschaftsrechtlicher Befreiungsansprüche gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB

Wenn im Rahmen eines Gesellschaftsverhältnisses die gesellschaftsrechtlichen Befreiungsansprüche gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen worden sind, bedeutet dies zunächst nur, dass die Gesellschafter sich darüber einig waren, dass die bereits begründete akzessorische Gesellschafterhaftung gemäß § 128 HGB auch nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft – im Rahmen des § 160 HGB – für weitere fünf Jahre uneingeschränkt bestehen bleiben soll. Wenn die Gesellschaft auch nach dem Ausscheiden einzelner Gesellschafter fortbestehen soll, ist ein solcher Ausschluss in den meisten Gesellschaftskonstellationen erforderlich. Dies folgt daraus, dass sich die akzessorische Gesellschafterhaftung gemäß §§ 128, 160 HGB auf alle zum Zeitpunkt des Ausscheidens begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft bezieht. Wenn Gesellschafter nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft einen uneingeschränkten Befreiungsanspruch hätten, würde dies im Ergebnis zu einer Verpflichtung der Gesellschaft führen, alle ihre Verbindlichkeiten sofort zu begleichen oder in vollem Umfang Sicherheiten zugunsten des ausgeschiedenen Gesellschafters zu bestellen. Abhängig vom Stand der Verbindlichkeiten der Gesellschaft zum Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters kann dies, gerade in Kombination mit einem unter Umständen hohen Abfindungsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters, auch eine finanziell gut aufgestellte Gesellschaft wirtschaftlich überlasten. Der Ausschluss des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB soll daher regelmäßig eine existenzgefährdende Belastung der Gesellschaft nach einem Gesellschafteraustritt verhindern.

(b) Bestimmung des hypothetischen Parteiwillens

Bei der Bestimmung des hypothetischen Parteiwillens in Bezug auf Reichweite eines Ausschlusses des gesellschaftsrechtlichen Befreiungs-

anspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB muss es daher darauf ankommen, ob der Sinn und Zweck des Ausschlusses auch einen Ausschluss des Anspruchs auf die Befreiung von Sicherheiten, insbesondere Bürgschaften, erfordert oder ob diesbezüglich das Befreiungsinteresse des Gesellschafters überwiegt.

Das Befreiungsinteresse des Gesellschafters ist in Bezug auf für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellte Sicherheiten nach dessen Ausscheiden aus der Gesellschaft noch größer als sein Befreiungsinteresse betreffend die akzessorische Gesellschafterhaftung gemäß §§ 128, 160 HGB. Die akzessorische Gesellschafterhaftung gemäß §§ 128, 160 HGB beruht auf zwingendem Recht und betrifft daher jeden persönlich haftenden Gesellschafter gleichermaßen. Eine Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft hingegen ist eine über- obligatorische Leistung des Gesellschafters. Die Sicherheitenbestellung erfolgt häufig nur deshalb, weil Großgläubiger der Gesellschaft als Voraussetzung für eine Darlehensgewährung die Bestellung zusätzlicher Sicherheiten verlangen. Nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft partizipiert der Gesellschafter nicht mehr an den Chancen der Gesellschaft, so dass auch eine über das gesetzlich vorgegebene Maß hinausgehende Einstandspflicht für deren Risiken von diesem Zeitpunkt an regelmäßig nicht mehr angemessen ist.

Der Ausschluss des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB in direkter Anwendung dient regelmäßig der Verhinderung einer existenzgefährdenden Belastung der Gesellschaft nach einem Gesellschafteraustritt sowie der Sicherstellung des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft. Zur Wahrung von Sinn und Zweck eines Ausschlusses des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB in direkter Anwendung ist eine Ausdehnung auf den gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch, gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog, nicht erforderlich. Auch nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft unterliegt ein Gesellschafter gemäß § 242 BGB einer nachvertraglichen Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und muss als Sicherungsgeber nachvertragliche Nebenpflichten zur Rücksichtnahme beachten, die eine ruinöse Geltendmachung von Befreiungsansprüchen verbieten.⁷⁰¹

⁷⁰¹ Siehe oben unter a)bb)(1)(b)(3).

Die Gewährung eines Anspruchs auf Befreiung von für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellte Sicherheiten gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog darf jedoch nicht zu einer faktischen Aushöhlung des Ausschlusses des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruches gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB in direkter Anwendung führen. Grundsätzlich gilt, dass eine Gesellschaft alle zumutbaren Maßnahmen ergreifen muss, um eine Entlassung des ausgeschiedenen Gesellschafters aus den relevanten Sicherheitsverträgen zu erreichen. Hierfür dürfte insbesondere die Stellung von Ersatzsicherheiten in Betracht kommen (siehe hierzu unten unter B.). Sollte die Befreiung des ausgeschiedenen Gesellschafters auf diese Weise jedoch aus einem rechtlich relevanten Grund nicht möglich sein, etwa weil auch nach allen zumutbaren Bemühungen keine Alternativsicherheit zur Verfügung steht, muss die Verpflichtung der Gesellschaft, den ausgeschiedenen Gesellschafter durch Tilgung der Hauptschuld oder Hinterlegung eines Geldbetrages von bestellten Sicherheiten zu befreien, eingeschränkt werden. Wenn Sicherheiten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt worden sind, für die der ausgeschiedene Gesellschafter gemäß §§ 128, 160 HGB auch originär haftet, würde der Anspruch auf Befreiung von Sicherheiten ansonsten *de facto* wie der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch des Gesellschafters gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB in direkter Anwendung, betreffend die akzessorische Gesellschafterhaftung gemäß §§ 128, 160 HGB, wirken. Soweit der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch des Gesellschafters gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB in direkter Anwendung ausgeschlossen ist, entspricht es daher dem hypothetischen Parteiwillen, dass der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch des Gesellschafters gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog insoweit ebenfalls ausgeschlossen sein muss. In dem Umfang, in dem die gesellschaftsrechtliche Nachhaftung gemäß §§ 128, 160 HGB im Laufe der Zeit erlischt oder die Bestellung von Alternativsicherheiten oder sonstige Befreiung nachträglich möglich wird, lebt jedoch auch der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch des Gesellschafters gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog wieder auf.

Ein redlicher Gesellschafter hätte sich beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrages nicht auf eine uneingeschränkte Erstreckung des Ausschlusses des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß

§ 738 Abs. 1 S. 2 BGB auf die Befreiung von Sicherheiten, die der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat, einlassen müssen. Ein Ausschluss des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs eines Gesellschafters gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB in direkter Anwendung erstreckt sich nicht auf den gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch des Gesellschafters gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog, wobei die Geltendmachung des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs des Gesellschafters, gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog, aber gegebenenfalls nach den oben diskutierten Grundsätzen eingeschränkt sein kann.

4. Anwendungsbereich und Zulässigkeit vertraglicher Befreiungsansprüche

Wenn der Anwendungsbereich von gesetzlichen Befreiungsansprüchen nicht eröffnet ist – oder zu deren Ergänzung –, steht es dem Bürgen und dem Hauptschuldner frei, im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis vertragliche Befreiungsansprüche zu vereinbaren.⁷⁰² Bei einer fehlenden ausdrücklichen Einigung über das Bestehen oder Nichtbestehen von Befreiungsansprüchen können diese sich auch aus ergänzender Vertragsauslegung ergeben, sofern entsprechende Umstände vorliegen.

Im Folgenden wird zunächst dargestellt unter welchen Voraussetzungen die Begründung von Befreiungsansprüchen des Bürgen gegen den Hauptschuldner durch ergänzende Vertragsauslegung zulässig ist (hierzu unter a)). Hierbei ist zwischen den verschiedenen dem Bürgschaftsverhältnis zugrundeliegenden bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnistypen zu differenzieren. Es folgt eine Auseinandersetzung mit den Befreiungsansprüchen des Bürgen, die für den jeweiligen bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnistyp im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung angenommen werden können, wobei zunächst Auftrags- und Gesellschaftsverhältnisse (hierzu unter b)) und anschließend Schenkungsverhältnisse (hierzu unter c)) betrachtet werden.

⁷⁰² E/B/J/S-Füller, Rn. IV612.

a) Zulässigkeit einer Herleitung von Befreiungsansprüchen durch ergänzende Vertragsauslegung

Wenn Bürge und Hauptschuldner sich weder bei Vertragsschluss noch später über das Bestehen beziehungsweise die Voraussetzungen möglicher Befreiungsansprüche des Bürgen geeinigt haben, ist im Streitfall zunächst eine Auslegung des Vertrages gemäß §§ 133, 157 BGB erforderlich. Wenn es an Indizien fehlt, die auf den tatsächlichen Parteiwillen bei Vertragsschluss schließen lassen, und eine Auslegung des Vertrages daher nicht möglich ist, sind Regelungslücken entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu schließen.⁷⁰³ Hierbei ist darauf abzustellen, welche Regelung die Parteien im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten.⁷⁰⁴

Im Folgenden werden zunächst die typischen Interessen des Hauptschuldners und Bürgen im Hinblick auf die Vereinbarung von Befreiungsansprüchen des Bürgen dargestellt (hierzu unter aa)), um anschließend zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen Regelungslücken im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis, betreffend Befreiungsansprüche des Bürgen, durch dispositives Recht geschlossen werden können und müssen (hierzu unter bb)).

aa) Berücksichtigungsfähige Interessen

Der Bürge hat im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis ein Interesse daran, eine Möglichkeit zu haben, sich von dem Vertragsverhältnis zum Hauptschuldner zu lösen. Nach Beendigung des der Bürgschaft zugrundeliegenden bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnisses zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner hat der Bürge ein Interesse daran, von seinen Einstandspflichten gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger so schnell und vollständig wie möglich befreit zu werden.

⁷⁰³ Vgl. Prütting/Wegen/Weinreich-Brinkmann, § 157 Rn. 15, 24, 26 mwN; siehe auch Bork, BGB AT, Rn. 532 ff.; MünchKommBGB-Busche, § 157 Rn. 48.

⁷⁰⁴ BGH, NJW 2012, 1348, 1349; NJW-RR 1990, 817, 819 (jeweils mwN).

Der Hauptschuldner hat im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis ein Interesse daran, dass der Bürge sich nicht eigenmächtig aus seiner Verpflichtung zur Bürgschaftsbestellung lösen kann und dass er den Bürgen nicht, oder jedenfalls mit so wenigen Einschränkungen für sein eigenes Privat- oder Geschäftsleben wie möglich, von seinen Einstandspflichten gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger befreien muss.

bb) Schließung von Regelungslücken durch dispositives Recht

Vertragliche Regelungslücken sind grundsätzlich durch die Heranziehung dispositiven Rechts zu schließen, sofern dies möglich ist.⁷⁰⁵ Die Funktion des dispositiven Rechts besteht gerade darin, dass Vertragsparteien nicht jede Eventualität vertraglich regeln müssen, sondern für gängige Sachverhaltskonstellationen allgemeine interessenneutrale Normen existieren, die immer dann eingreifen, wenn nichts Abweichendes für den konkreten Einzelfall vereinbart ist.⁷⁰⁶ Es gilt daher die Vermutung, dass bei Fehlen vertraglicher Regelungen zwischen Vertragsparteien im Zweifel die gesetzlichen Vorschriften gelten sollten.⁷⁰⁷

Sofern in einem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner ein gesetzlicher Befreiungsanspruch besteht, erfordert eine ergänzende Vertragsauslegung trotz der Existenz einer dispositiven gesetzlichen Regelung für den in Frage stehenden Tatsachenkomplex besondere Umstände.⁷⁰⁸ Dies ist insbesondere in zwei Konstellationen der Fall:

Eine ergänzende Vertragsauslegung ist zum einen zulässig, wenn das vertraglich geregelte Rechtsgeschäft der Sachverhaltskonstellation, die von einer existierenden gesetzlichen Regelung vorausgesetzt wird und durch diese normiert werden soll, tatsächlich gar nicht ent-

⁷⁰⁵ Bork, BGB AT, Rn. 534.

⁷⁰⁶ Larenz, Schuldrecht AT, S 77.

⁷⁰⁷ BGH, NJW 1975, 1116, 1117; 1963, 637, 639; 40, 91, 103.

⁷⁰⁸ Gegen eine ergänzende Auslegung auf Grundlage eines hypothetischen Parteiwillens sind *Fikentscher/Heinemann* (S. 95 f.), die bei einem nicht ermittelbaren Parteiwillen und fehlenden dispositiven Normen statt einer Auslegung im eigentlichen Sinne eine Anpassung des Vertrages nach den Grundsätzen von § 242 BGB und § 313 BGB favorisieren.

spricht.⁷⁰⁹ In diesem Fall liegen die Voraussetzungen einer einschränkunglosen Vermutung dafür, dass die Vertragsparteien in dem vorliegenden Fall die Anwendung einschlägiger dispositiver Normen mutmaßlich wünschten, schon gar nicht vor.

Die Vermutung, dass die Parteien bei fehlenden Absprachen über bestimmte Themen im Zweifel dispositives Recht auf ihr Vertragsverhältnis anwenden wollten, kann überdies auch erschüttert werden. Das ist insbesondere der Fall, wenn das betroffene Rechtsgeschäft zwar einem gesetzlich geregelten Typus entspricht, im Einzelfall aber Umstände und Interessenlagen vorliegen, die einen hypothetischen Parteiwillen wahrscheinlich erscheinen lassen, der von der gesetzlichen Regelung abweicht.⁷¹⁰

Nach diesen Grundsätzen besteht bezogen auf einen Anspruch des Bürgen auf Befreiung von Einstandspflichten im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürg nicht ohne Weiteres ein Bedürfnis für eine ergänzende Vertragsauslegung, wenn und soweit der Anwendungsbereich eines gesetzlichen Befreiungsanspruchs für die in Frage stehende Sachverhaltskonstellation eröffnet ist. Da einem Bürgschaftsvertrag unterschiedliche Typen von bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnissen zugrunde liegen können, die jeweils unterschiedlichen normativen Rahmenbedingungen unterliegen, muss für die Beantwortung der Frage, ob im Hinblick auf bürgschaftsrechtliche Befreiungsansprüche eine ergänzende Vertragsauslegung zulässig und erforderlich ist, zwischen den verschiedenen bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnistypen differenziert werden. Neben Auftragsverhältnissen liegen dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis insbesondere Auftrags- und Gesellschaftsverhältnisse (hierzu unter b)) sowie Schenkungsverhältnisse (hierzu unter c)) zugrunde.

b) Ergänzende Vertragsauslegung in Auftrags- und Gesellschaftsverhältnissen

Wenn einer Bürgschaft im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis ein Auftragsverhältnis oder ein Gesellschaftsverhältnis zugrunde liegen,

⁷⁰⁹ Vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 325; Bork, BGB AT, Rn. 532 ff.

⁷¹⁰ Vgl. Bork, BGB AT, Rn. 534.

hat ein Bürge – je nach konkretem Sachverhalt – einen bürgschaftsrechtlichen, auftragsrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner, sofern deren Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen. Ohne besondere Umstände kann ein vertraglicher Befreiungsanspruch in diesen Fällen daher nicht aus ergänzender Vertragsauslegung hergeleitet werden.

c) Ergänzende Vertragsauslegung in Schenkungsverhältnissen

Einem Bürgschaftsverhältnis kann im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner eine Schenkung gemäß §§ 516 ff. BGB zugrunde liegen.

In Schenkungsverhältnissen sind zum einen der Regressanspruch des Bürgen für den Fall der Inanspruchnahme durch den Bürgschaftsgläubiger gemäß § 774 Abs. 1 BGB und zum anderen sämtliche auftragsrechtlichen oder sonstigen Aufwendungsersatz- und Befreiungsansprüche des Bürgen abbedungen.⁷¹¹ Der Widerruf einer schenkungsweise bestellten Bürgschaft kann daher nur im Rahmen des Anwendungsbereichs von § 530 BGB oder § 528 BGB erfolgen. Ein Schenkungswiderruf gemäß § 530 BGB setzt voraus, dass der Hauptschuldner sich gegenüber dem Bürgen oder einem nahen Angehörigen des Bürgen durch eine schwere Verfehlung des groben Undanks schuldig gemacht hat. Ein Schenkungswiderruf gemäß § 528 BGB ist möglich, wenn der Bürge nach dem Vollzug der Schenkung nicht mehr in der Lage ist, seinen Lebensunterhalt oder Unterhaltpflichten zu bestreiten und ihm das weitere Einstehen für die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners daher nicht mehr zugemutet werden kann.

Im Falle des wirksamen Widerrufs einer Schenkung hat der Schenker einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung gemäß §§ 812 ff. BGB gegen den Beschenkten. Übertragen auf das Bürgschaftsverhältnis bedeutet dies, dass der Bürge, der die Bürgschaft schenkungsweise gestellt aber wirksam widerrufen hat, gegen den Hauptschuldner einen Anspruch gemäß §§ 812 ff. BGB hat,⁷¹² der ge-

⁷¹¹ Vgl. Staudinger-Horn, § 765 Rn. 158.

⁷¹² Palandt-Weidenkaff, § 530 Rn. 3 mwN.

mäß § 818 Abs. 1 BGB auf Freistellung⁷¹³ von den Einstandspflichten des Bürgen gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger gerichtet ist.

Die engen Voraussetzungen des Schenkungswiderrufs dienen dem Zweck, dass Schenkungen nur in extremen Ausnahmesituationen rückabgewickelt werden können sollen. Das Schenkungsrecht trägt zwar der besonderen Parteistellung des aus altruistischen Motiven handelnden Schenkers durch eine Vielzahl von Regelungen Rechnung, die zum einen den freigebig leistenden Schenker privilegieren und zum anderen den Schutz des unverdient bereicherten Beschenkten gegenüber den allgemeinen Regeln abschwächen.⁷¹⁴ In Bezug auf Ansprüche des Bürgen auf Befreiung von Einstandspflichten, die auf einer schenkungsweise bestellten Bürgschaft beruhen, ist jedoch kein Raum für eine ergänzende Vertragsauslegung. Ein Zugeständnis von Befreiungsansprüchen über den Anwendungsbereich der gesetzlichen Widerrufsvorschriften hinaus würde dem Wesen einer Schenkung widersprechen und den engen Anwendungsbereich der gesetzlichen Widerrufsvorschriften aushöhlen.

Es bleibt den Parteien eines Schenkungsverhältnisses unbenommen, von Anfang an oder nachträglich die Befreiung des Bürgen von Einstandspflichten gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger durch den Hauptschuldner auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Schenkungswiderrufs privatautonom zu vereinbaren.⁷¹⁵

III. Nebenpflicht des Hauptschuldners zur Schonung des Bürgen

Es besteht grundsätzlich keine allgemeine Nebenpflicht des Hauptschuldners, die Einstandspflichten des Bürgen, die aufgrund des Bürgschaftsversprechens gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger entstehen, möglichst gering zu halten.

In der Rechtslehre wird die Ansicht vertreten, dass eine Pflicht des Hauptschuldners bestehe „allgemein [...] alles Zumutbare zu tun, da-

⁷¹³ Vgl. Palandt-Sprau, § 818 Rn. 6.

⁷¹⁴ Vgl. MünchKomm-BGB-Koch, § 516 Rn. 3.

⁷¹⁵ Zur Zulässigkeit von Vereinbarungen über Schenkungswiderrufsrechte außerhalb des Anwendungsbereichs der gesetzlichen Widerrufsrechte vgl. MünchKommBGB-Koch, § 530 Rn. 18.

mit die Rechtsstellung des ‚fremdnütziger‘ Haftenden [Bürgen] nicht ungünstiger ist als erforderlich“⁷¹⁶ Eine solche unkonturierte Nebenpflicht des Hauptschuldners ist jedoch abzulehnen.

Wenn die Bürgschaft sich auf eine konkrete Verbindlichkeit des Hauptschuldners bezieht, verhindert § 767 Abs. 1 S. 3 BGB bereits eine Ausweitung der Einstandspflichten des Bürgen ohne sein Zutun. Wenn der Bürge in der Vereinbarung mit dem Bürgschaftsgläubiger – soweit diese zulässig⁷¹⁷ ist – eine weite Sicherungszweckabrede akzeptiert hat, billigt er damit eine Ausweitung der Bürgschaftsverpflichtung über die Anlassverbindlichkeit hinaus und damit einen stetigen Austausch der gesicherten Verbindlichkeiten. Ohne eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner kann daher nicht von einer die weite Sicherungszweckabrede konterkarierenden Nebenpflicht des Hauptschuldners ausgegangen werden, die Einstandspflichten des Bürgen möglichst gering zu halten. Folge der Verletzung einer solchen Nebenpflicht wären Schadensersatzansprüche des Bürgen gegen den Hauptschuldner. Im Ergebnis könnte der Bürge Befreiung von den pflichtwidrig verursachten Einstandspflichten verlangen. Dieses Damoklesschwert potentieller Befreiungsansprüche würde eine Bürgschaft, die über eine weite Sicherungszweckabrede sämtliche Verbindlichkeiten der bankmäßigen Geschäftsverbindung des Hauptschuldner erfasst, weitgehend entwerten, da der Hauptschuldner faktisch vor jedem Bankgeschäft die Freigabe des Bürgen einholen müsste, um eine etwaige Haftung aus dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis auszuschließen.

Die Verantwortung für die Begrenzung der Bürgschaftsschuld liegt vielmehr bei dem Bürgen selbst. Er kann den Umfang seiner Einstandspflichten im Verhältnis zum Bürgschaftsgläubiger – gegebenenfalls durch Vereinbarung zeitlicher oder gegenständlicher Beschränkungen – entsprechend seiner Leistungsfähigkeit und dem Grad seiner persönlichen Verbundenheit zum Hauptschuldner bestimmen.

Etwas anderes könnte nach einer wirksamen Bürgschaftskündigung gelten, da die Beendigung des Bürgschaftsverhältnisses Ausdruck dafür ist, dass der Bürge nicht mehr Willens ist, für die Verbindlichkei-

⁷¹⁶ *Meinhardt*, Gesellschafter- und Geschäftsführerbürgschaften, S. 53 f.

⁷¹⁷ Vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 27 Rn. 21 ff.

ten des Hauptschuldners einzustehen. Zu diesem Zeitpunkt bedarf der Bürge jedoch keiner über Nebenpflichten hergeleiteten Möglichkeit mehr, den Hauptschuldner für die Begründung neuer, die Einstandspflicht des Bürgen erhöhender Verbindlichkeiten zu sanktionieren. Wenn die Beendigung des Bürgschaftsvertrages durch außerordentliche Kündigung möglich ist, gilt dies regelmäßig auch spiegelbildlich für die Beendigung des bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnisses zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner. In diesem Fall hat der Bürge damit auch einen Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner⁷¹⁸ mit den entsprechenden Möglichkeiten zur Durchsetzung des selbigen⁷¹⁹.

Das Bestehen einer Nebenpflicht des Hauptschuldners, die Einstandspflichten des Bürgen, die aufgrund des Bürgschaftsversprechens gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger entstehen, möglichst gering zu halten, wäre daher nur von Interesse, wenn ein Befreiungsanspruch nicht besteht oder abbedungen ist. Wenn der Bürge aber nach dem Willen der Vertragsparteien keinen Anspruch auf Befreiung haben sollte, dürfte auch ein Befreiungsanspruch durch die „Hintertür“ aufgrund von Nebenpflichten nicht dem Willen der Vertragsparteien entsprechen. Ein Ausschluss der Befreiungsansprüche würde daher wohl auch als Ausschluss von solchen (Neben-)Pflichten des Hauptschuldners ausgelegt werden müssen, die ihn zu einem besonders bürgenfreundlichen Verhalten nach der Bürgschaftskündigung verpflichten könnten.

B. Ansprüche auf Entlassung des Bürgen aus der Bürgschaft

Dem Bürgen können gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger ein Kündigungsrecht oder andere Beendigungsinstrumente zustehen, die eine Ausweitung bereits bestehender Einstandspflichten für Verbindlichkeiten des Hauptschuldners auf neue Verbindlichkeiten verhindern. Gegen den Hauptschuldner können dem Bürgen außerdem Befreiungsansprüche zustehen, welche auf die Befreiung von bereits entstandene

⁷¹⁸ Siehe oben unter II.2.

⁷¹⁹ Siehe oben unter I.

nen Einstandspflichten gerichtet sind, wobei diese Befreiung durch Erfüllung der besicherten Verbindlichkeiten oder durch Entlassung des Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrag durch den Bürgschaftsgläubiger erfolgen kann. Alternativ können Befreiungsansprüche durch Bestellung von Sicherheiten für den Bürgen durch den Hauptschuldner erfüllt werden.

Neben Kündigungsrechten und etwaigen Befreiungsansprüchen können sowohl dem Bürgen als auch dem Hauptschuldner jeweils Ansprüche gegen den Bürgschaftsgläubiger auf Akzeptanz einer Ersatzsicherheit und Entlassung des Bürgen aus dem Bürgschaftsverhältnis zu stehen. Eine solche Entlassung würde sich auch auf bereits entstandene Einstandspflichten beziehen und den Bürgen damit von allen seinen Verpflichtungen befreien.

Ein Anspruch des Bürgen auf Entlassung aus dem Bürgschaftsverhältnis hat seine Wurzel in dem Bürgschaftsverhältnis selbst. Der spiegelbildliche Anspruch des Hauptschuldners auf Entlassung des Bürgen ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Bürgschaftsgläubiger. Eine Pflicht des Hauptschuldners, die Entlassung des Bürgen aus dem Bürgschaftsverhältnis vom Bürgschaftsgläubiger zu verlangen, kann sich bei Geltendmachung von Befreiungsansprüchen durch den Bürgen aus dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis ergeben.

Mit einem kooperativen Bürgschaftsgläubiger können Bürge und Hauptschuldner sich jederzeit über eine Entlassung des Bürgen und die Aufhebung des Bürgschaftsvertrages einigen. Relevant ist aber vor allem die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Bürge und/oder der Hauptschuldner eine Entlassung des Bürgen aus dem Bürgschaftsverhältnis verlangen können, wenn der Bürgschaftsgläubiger nicht einverstanden ist.

Im Folgenden wird daher untersucht, unter welchen Voraussetzungen der Bürgschaftsgläubiger verpflichtet ist, eine ihm angebotene Ersatzsicherheit zu akzeptieren mit der Rechtsfolge, dass er bei Weigerung seine Ansprüche gegen den Bürgen verliert. Zunächst erfolgt eine Auseinandersetzung mit der Figur des „Ersatzbürgen“ (hierzu unter I.). Anschließend folgt eine Darstellung der Möglichkeiten des Hauptschuldners, in einer bestehenden Übersicherungssituation die Entlassung des Bürgen zu verlangen (hierzu unter II.).

I. Die Figur des Ersatzbürgen

In einigen Vertragsverhältnissen ist anerkannt, dass ein Vertragspartner die Möglichkeit haben muss, dem anderen Vertragspartner einen Ersatzvertragspartner anzubieten. Sofern eine Obliegenheit besteht, den Ersatzvertragspartner zu akzeptieren, führt eine Verweigerung der Zustimmung zur Vertragsfortführung mit dem Ersatzvertragspartner zu Rechtsverlusten gegenüber dem ursprünglichen Vertragspartner.

Bisher ist das Recht, einen Ersatzvertragspartner zu stellen, insbesondere in Miet- und Darlehensverhältnissen anerkannt. Aus der bisherigen Rechtspraxis lassen sich aber allgemeine Grundsätze herleiten, deren Voraussetzungen auch in Bürgschaftsverhältnissen vorliegen können.

Im Folgenden werden zunächst die Figur des Ersatzmieters (hierzu unter 1.) und die des Ersatzdarlehensnehmers dargestellt (hierzu unter 2.), um anschließend allgemeine Grundsätze für das Recht zur Stellung eines Ersatzvertragspartners herauszuarbeiten (hierzu unter 3.). Es folgt eine Diskussion über die Voraussetzungen einer Anwendbarkeit dieser Ersatzvertragspartner-Grundsätze auf Bürgschaftskonstellationen⁷²⁰ (hierzu unter 4.).

1. Das Recht zur Stellung eines Ersatzmieters

Sowohl der Abschluss als auch die Beendigung eines Mietverhältnisses erfordern wesentliche Dispositionen beider Vertragspartner. Der Abschluss eines neuen Mietvertrages birgt für den Vermieter das Risiko, Mietforderungen nicht realisieren zu können. Im schlimmsten Fall droht eine Verschlechterung der Mieträume, was Renovierungskosten erfordern oder Mietausfälle begründen kann. Bei Beendigung eines Mietvertrages wird ein Vermieter daher regelmäßig große Sorgfalt auf die Suche eines neuen Mieters verwenden, was eine nahtlose Weitervermietung erschwert. Bei mangelnder Nachfrage besteht überdies das Risiko, dass eine Weitervermietung nicht sofort möglich ist. Für den Mieter dienen die Mieträume entweder als Wohnung oder Arbeitsplatz

⁷²⁰ Erste Gedanken dazu bereits bei Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 27 Rn. 84.

und sind somit eine wichtige Lebensgrundlage. Ein Austausch von Mieträumen ist mit erheblichen Umzugskosten und -mühen verbunden und nicht immer sind geeignete Räumlichkeiten zu geeigneten Rahmenbedingungen verfügbar. Aus diesem Grund sind Mietverhältnisse – im beiderseitigen Interesse – regelmäßig auf eine gewisse Dauer ausgelegt.

Wie in jedem langdauernden Vertragsverhältnis kann es in Mietverhältnissen jedoch zu Situationen kommen, in denen sich der Mieter aus Gründen, die der Vermieter nicht zu vertreten hat und die einzig der Sphäre des Mieters entstammen, vom Vertragsverhältnis lösen möchte. Eine außerordentliche Kündigung kommt regelmäßig nicht in Betracht, wenn der Grund für das Bedürfnis zur Vertragsloslösung dem Risikobereich nur der einen Vertragspartei entstammt. Eine ordentliche Kündigung ist nicht ohne Weiteres möglich, wenn diese zwischen Mietvertragsparteien durch Vereinbarung einer Mindestvertragslaufzeit ausgeschlossen ist. In jedem Fall erfordert eine ordentliche Kündigung die Einhaltung einer – unter Umständen viele Monate umfassenden – Kündigungsfrist.

In diesem Zusammenhang sind die Grundsätze über die Stellung eines Ersatzmieters entwickelt worden, die eine interessengerechte Auflösung der geschilderten Konfliktlage ermöglichen.

Ein Mieter kann von seinem Vermieter unter bestimmten Voraussetzungen die Entlassung aus dem Mietvertrag nach Treu-und-Glauben-Grundsätzen verlangen, wenn er einen geeigneten Ersatzmieter vorweisen kann.⁷²¹ Wenn der Vermieter sich gegen die Fortführung des Vertragsverhältnisses mit dem Ersatzmieter entscheidet, besteht kein Kontrahierungszwang; das Vertragsverhältnis mit dem ursprünglichen Mieter wird infolge der Ablehnung des Ersatzmieters aber beendet und der Vermieter kann keine zukünftigen Mietforderungen mehr gegen den ursprünglichen Mieter geltend machen.⁷²² Die wirksame Ersatzmieterstellung wirkt also wie eine außerordentliche Kündigung⁷²³ und der Vermieter kann entscheiden, ob er den Vertrag mit

⁷²¹ Vgl. dazu ausführlich Bub/Kraemer-*Landwehr*, Kap. II, Rn. 2571 ff.; siehe auch die Zusammenfassung bei Knops, *Verbraucherschutz*, S. 220 ff.

⁷²² Wolf/Eckert/Ball, Hdb.MR, Rn. 599.

⁷²³ Wolf/Eckert/Ball (Hdb.MR, Rn. 595) sehen in der unberechtigten Ablehnung eines Nachmieters einen außerordentlichen Kündigungsgrund.

dem Ersatzmieter fortsetzen möchte oder ob er das sofortige Ende des Vertragsverhältnisses vorzieht. Der Ersatzmieter hat keinen eigenen Anspruch auf den Abschluss eines Mietvertrages mit dem Vermieter oder darauf, dass der Vermieter die Vertragsübernahme akzeptiert.

In der Rechtsprechung und der Rechtslehre hat sich mittlerweile ein grundsätzlicher Konsens über die Modalitäten der Ersatzmieterstellung herausgebildet. Der Vermieter muss keine Änderung oder Aufhebung des Mietvertrages hinnehmen, da auch in Mietverhältnissen das Prinzip der Vertragstreue gilt, wonach geschlossene Verträge einzuhalten sind. Mit anderen Worten: Auch im Falle einer Ersatzmieterstellung gilt zunächst einmal der Grundsatz *pacta sunt servanda*.⁷²⁴ Der Vermieter ist nur nach Treu-und-Glauben-Grundsätzen gemäß § 242 BGB dazu verpflichtet, den Mieter aus dem Mietvertrag zu entlassen, wenn das Interesse des Mieters an der Vertragsentlassung im Rahmen einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung das Interesse des Vermieters am unveränderten Bestand des Mietvertrages erheblich übersteigt.⁷²⁵ Ein solches überwiegendes Interesse des Mieters an der Vertragsentlassung ist in der Regel anzunehmen,

- wenn der Mieter ein erst nach dem Mietvertragsschluss entstandenes und vorher auch nicht erkennbares⁷²⁶ berechtigtes Interesse an einer Vertragsauflösung hat,⁷²⁷
- das Festhalten am Vertrag für ihn eine gewisse Härte⁷²⁸ bedeuten würde,

⁷²⁴ Vgl. OLG Oldenburg, OLGZ 1981, 315, 317; LG Landau, Urteil v. 14. Januar 1997, Az. I S 245/96, Rn. 4 zitiert nach juris; Schmidt-Futterer-Blank, Anh. § 542 Rn. 10; Bub/Kraemer-Landwehr, Kap. II Rn. 2571; Wolf/Eckert/Ball, Hdb.MR, Rn. 595.

⁷²⁵ OLG Karlsruhe, NJW 1981, 1741, 1743; zustimmend OLG Hamm, NJW-RR 1995, 1478, 1479; vgl. auch Bub/Kraemer-Landwehr, Kap II Rn. 2575; Knops, Verbraucherschutz, S. 221 mwN.

⁷²⁶ OLG Oldenburg, OLGZ 1981, 315, 317.

⁷²⁷ BGH, NJW 2003, 1246, 1247; als Beispiele werden u.a. eine schwere Erkrankung, unvorhersehbare berufliche Versetzung, erhebliche Vergrößerung/Verkleinerung der Familie und Ehescheidung genannt, siehe Bub/Kraemer-Landwehr (Kap II Rn. 2575), Knops (Verbraucherschutz, S. 221) und Schmidt-Futterer-Blank (Anh. § 542 Rn. 13) jeweils mwN.

⁷²⁸ LG Landau, Urteil v. 14. Januar 1997, Az. I S 245/96, Rn. 4 zitiert nach juris; Bub/Kraemer-Landwehr, Kap II Rn. 2578.

- der vorgeschlagene Ersatzmieter akzeptabel ist⁷²⁹ und
- der Ersatzmieter bereit ist, die bestehenden Vertragsbedingungen⁷³⁰ zu übernehmen.

Die Entscheidung, ob ein Ersatzmieter akzeptabel ist, beruht wiederum auf einer Einzelfallentscheidung und bemisst sich im Wesentlichen danach, ob der Vormieter und der Ersatzmieter vergleichbar sind.⁷³¹ Die Vergleichbarkeit des Vor- und des Ersatzmieters wird insbesondere anhand des Kriteriums der Bonität ermittelt.⁷³² Eine wichtige Rolle spielen aber überdies auch die familiären Verhältnisse.⁷³³ Relevant ist zum Beispiel, ob dieselbe Anzahl an Personen in der Mietwohnung leben wird und ob es sich um eine Wohngemeinschaft oder eine Familie mit Kindern handelt. Auch die sonstigen Lebensumstände können relevant sein. Es kann beispielsweise einen Unterschied machen, ob der potentielle Ersatzmieter ein alleinstehender Student oder eine Rentnerin ist. Bei einem hohen Grad an räumlicher und hausgemeinschaftlicher Nähe der Mietvertragsparteien in einem Mietobjekt oder wenn der Vermieter selbst in dem Mietobjekt lebt, können auch soziale Aspekte, insbesondere die Sympathie zwischen Ersatzmieter und verbleibenden Mietparteien oder Mitbewohnern einer Wohngemeinschaft beziehungsweise dem Vermieter selbst, zu berücksichtigen sein.⁷³⁴

2. Das Recht zur Stellung eines Ersatzdarlehensnehmers

In Darlehensverhältnissen kann eine Konfliktlage auftreten, die mit derjenigen, die in Mietverhältnissen zur Entwicklung der unter 1. dargestellten Ersatzmieter-Grundsätze geführt hat, vergleichbar ist.

⁷²⁹ BGH, NJW 2003, 1246, 1247; LG Landau, Urteil v. 14. Januar 1997, Az. I 245/96, Rn. 4 zitiert nach juris; Bub/Kraemer-*Landwehr*, Kap II Rn. 2579; Heile, ZMR 1990, 249, 251.

⁷³⁰ Bub/Kraemer-*Landwehr*, Kap II Rn. 2579; Heile, ZMR 1990, 249, 251 mwN.

⁷³¹ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 9, 10; Knops, Verbraucherschutz, S. 222.

⁷³² OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 9, 10; Bub/Kraemer-*Landwehr*, Kap II Rn. 2580 f.; Knops, Verbraucherschutz, S. 222.

⁷³³ Vgl. auch Röchling, NJW 1981, 2782, 2784.

⁷³⁴ Vgl. Röchling, aaO (Fn. 733); Knops, Verbraucherschutz, S. 222 f. mwN.

Sofern die Voraussetzungen einer Darlehenskündigung gemäß § 489 BGB oder einer außerordentlichen Kündigung gemäß § 314 BGB nicht vorliegen, ist eine vorzeitige Lösung vom Darlehensvertrag für den Darlehensnehmer regelmäßig mit erheblichen Kosten verbunden. Eine außerordentliche Darlehenskündigung gemäß § 490 BGB begründet Schadensersatzansprüche des Darlehensgebers gemäß § 490 Abs. 2 S. 3 BGB. Eine sogenannte Vorfälligkeitsentschädigung wird fällig, wenn durch die vorzeitige Beendigung des Darlehensvertrags ein Zinsverlust für den Darlehensgeber eingetreten ist. Da im Falle einer Kündigung im Regelfall eine Vorfälligkeitsentschädigung zu entrichten ist, wird ein Darlehensgeber ohne die Zahlung einer solchen üblicherweise auch nicht zu einer einvernehmlichen Aufhebung des Darlehensvertrags bereit sein.

In Anlehnung an die Grundsätze für eine Ersatzmieterstellung wird in diesem Zusammenhang die Figur des Ersatzdarlehensnehmers diskutiert, die dem Darlehensnehmer eine Loslösung vom Darlehensvertrag ohne Entstehung einer Pflicht zur Entrichtung einer Vorfälligkeitsentschädigung und damit eine interessengerechte Auflösung der geschilderten Konfliktlage ermöglichen kann.⁷³⁵

Ein Darlehensnehmer kann – ähnlich einem Mieter – vom Darlehensgeber unter bestimmten Voraussetzungen die Entlassung aus dem Darlehensvertrag nach Treu-und-Glauben-Grundsätzen verlangen, wenn er einen geeigneten Ersatzdarlehensnehmer vorweisen kann.⁷³⁶

Im Folgenden werden die Voraussetzungen für die Stellung eines Ersatzdarlehensnehmers dargestellt (hierzu unter **aa**) und anschließend die Rechtsfolgen einer Weigerung des Darlehensgebers, den Darlehensvertrag mit diesem fortzuführen (hierzu unter **bb**).

⁷³⁵ Siehe hierzu insbesondere die ausführliche Darstellung bei Derleder/Knops/*Bamberger-Knops*, § 16 Rn. 63 f.; *ders.*, *Verbraucherschutz*, S. 223 ff.; *ders.*, WM 2000, 1427, 1429 ff.

⁷³⁶ BGH, WM 1990, 174, 176; LG München, Urteil v. 24. Juli 2008, Az. 16 HK O 22814/05, Rn. 20 ff. zitiert nach juris; Staudinger-Müllert, § 490 Rn. 110; Münch-KommBGB-Berger, § 490 Rn. 41; Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 16 Rn. 63; *ders.*, *Verbraucherschutz*, S. 223 ff.; *ders.*, WM 2000, 1427, 1429 ff.; Derleder/Knops/Bamberger-Eckardt, § 34 Rn. 62; vorsichtiger NoKoBGB-Kreße, § 416 Rn. 6; ablehnend *Canaris*, Bankrechtstag 1996, S. 3, 37.

aa) Voraussetzungen für die Stellung eines Ersatzdarlehensnehmers

Die Voraussetzungen für eine wirksame Ersatzdarlehensnehmerstellung sind prinzipiell dieselben wie für eine Ersatzmieterstellung. Auch für die Ersatzdarlehensnehmerstellung ist erforderlich, dass der Darlehensnehmer ein berechtigtes Interesse an einer Vertragsaufhebung hat (hierzu unter (1)) und der angebotene Ersatzdarlehensnehmer für den Darlehensgeber akzeptabel ist (hierzu unter (2)). Die Parameter für die Prüfung dieser Voraussetzungen sind in Darlehensverhältnissen jedoch nicht dieselben wie in Mietverhältnissen, da sich die Interessenslage in Miet- und Darlehensvertragsverhältnissen wesentlich unterscheidet.

(1) Berechtigtes Interesse an der Vertragsaufhebung

Sofern für die Vertragsbeendigung kein wichtiger Grund gemäß § 314 BGB vorliegt, kann ein Kündigungsrecht des Darlehensnehmers gemäß § 490 Abs. 2 BGB bestehen. Ein Darlehensnehmer kann einen Darlehensvertrag, bei dem der Sollzinssatz gebunden und das Darlehen durch ein Grund- oder Schiffspfandrecht gesichert ist, unter Einhaltung der Fristen des § 488 Abs. 3 S. 2 BGB vorzeitig kündigen, wenn seine berechtigten Interessen dies gebieten und seit dem vollständigen Empfang des Darlehens sechs Monate abgelaufen sind. Das darlehensrechtliche Sonderkündigungsrecht gemäß § 490 BGB wird zwar als außerordentliches Kündigungsrecht bezeichnet; tatsächlich handelt es sich aber um einen im Rahmen der Schuldrechtsreform kodifizierten, zuvor bereits gewohnheitsrechtlich anerkannten Anspruch auf vorzeitige Vertragsaufhebung.⁷³⁷ Sofern die übrigen Voraussetzungen vorliegen, kommt es entscheidend darauf an, ob ein berechtigtes Interesse an einer Vertragsaufhebung vorliegt. Bei der Prüfung, ob ein Darlehensnehmer berechtigt ist, einen Ersatzdarlehensnehmer zu stellen, wird das Vorliegen eines berechtigten Interesses an einseitiger Vertragsaufhebung – ebenso wie bei der Prüfung des Rechts zur Stellung eines Ersatzmieters – im Wege einer Abwägung der Interessen der Vertrags-

⁷³⁷ Palandt-Weidenkaff, § 490 Rn. 1; vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 254 und BT-Drucks. 14/7052, S. 200.

parteien bestimmt. Der im Darlehensrecht für eine einseitige Vertragsbeendigung maßgebliche § 490 Abs. 2 S. 1 und 2 BGB ist eine Kodifizierung von Treu-und-Glauben-Erwägungen.⁷³⁸ Der Maßstab der Prüfung des berechtigten Interesses an einer einseitigen Vertragsaufhebung ist im Darlehensrecht daher grundsätzlich derselbe wie im Mietrecht, in dem die erforderliche Interessenabwägung nach Treu-und-Glauben-Grundsätzen gemäß § 242 BGB in direkter Anwendung erfolgt.

Die Ermittlung eines berechtigten Interesses des Darlehensnehmers an einer vorzeitigen Vertragsbeendigung erfolgt immer einzelfallbezogen. Hierbei sind grundsätzlich keine zu hohen Anforderungen an das berechtigte Interesse des Darlehensnehmers zu stellen, da der Darlehensgeber bei einem grundpfandrechtlich gesicherten Darlehen vor einem Forderungsausfall gesichert ist und ein Ausgleich seiner vor Vertragsschluss bereits getätigten Dispositionen durch den Anspruch auf Vorfälligkeitsentschädigung hinreichend sichergestellt ist. Als berechtigtes Interesse kommen hier beispielsweise eine Veräußerung des Grundstücks, das der Besicherung des Darlehensvertrages dient, in Betracht oder auch die Möglichkeit einer vorteilhaften Refinanzierung.

(2) Zumutbarkeit des Ersatzdarlehensnehmers

Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, ob eine Vertragsfortführung mit dem angebotenen Vertragsnachfolger für den Darlehensgeber zumutbar ist. Die Zumutbarkeit einer Vertragsfortführung mit einem angebotenen Ersatzdarlehensnehmer wird im Wege der einzelfallbezogenen Interessenabwägung ermittelt.⁷³⁹

In Darlehensverhältnissen unterscheidet sich die Interessenlage der Vertragsparteien in grundpfandrechtlich gesicherten Vertragsver-

⁷³⁸ MünchKommBGB-Berger, § 490 Rn. 23, 25; vgl. BGH, NJW 1997, 2875, 2876; 2878, 2878 f.

⁷³⁹ BGH, WM 1990, 174, 176; vgl. dazu MünchKommBGB-Berger (§ 490 Rn. 42) und insbesondere die ausführliche Darstellung der Zumutbarkeitserwägungen bei Knops (Verbraucherschutz, S. 231 ff. und WM 2000, 1427, 1432 ff.).

hältnissen (hierzu unter (a)) grundlegend von der in ungesicherten Vertragsverhältnissen (hierzu unter (b)).

(a) Interessenlage in grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensverhältnissen

In einem grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensverhältnis ist die Person des Darlehensnehmers für den Darlehensgeber – jedenfalls im Hinblick auf das Ausfallrisiko – weitgehend austauschbar, da der Darlehensgeber durch das Recht, im Sicherungsfall eine Immobilie verwerten zu können, voll abgesichert ist.⁷⁴⁰ Gerade im Bereich der meistens mit singulären Ereignissen wie etwa dem Erwerb eines Eigenheims zusammenhängenden Verbraucherdarlehen dürfte die Darlehensvergabe äußerst selten auf langjährigen Geschäftsbeziehungen oder Sympathien zwischen den Vertragspartnern beruhen, sondern vielmehr allein auf die Werthaltigkeit des Grundstücks bezogen sein, das als Sicherheit angeboten wird.⁷⁴¹ Sofern ein Ersatzdarlehensnehmer daher anbietet, den bestehenden Darlehensvertrag ohne Einschränkungen zu übernehmen, ist er angesichts der dem Darlehensgeber weiterhin zur Verfügung stehenden Sicherheiten in der Regel als für den Darlehensgeber zumutbarer Vertragspartner anzusehen. Wenn der Austausch des Darlehensnehmers für den Darlehensgeber zu keiner Risikoerhöhung führt und personale Elemente beim ursprünglichen Vertragsschluss keine entscheidende Rolle gespielt haben, kann das Interesse des Darlehensgebers an einer Fortführung des Darlehensvertrages mit dem ursprünglichen Darlehensnehmer gegenüber dem berechtigten Interesse des Darlehensnehmers, den Darlehensvertrag vorzeitig und ohne Anfall einer Vorfälligkeitsentschädigung zu beenden, nicht überwiegen. Zu beachten bleibt jedoch, dass die Verwertung einer Immobilie für einen Darlehensgeber mit erheblichem Aufwand verbunden ist und der Eintritt des Sicherungsfalls damit

⁷⁴⁰ MünchKommBGB-Berger, § 490 Rn. 42; Knops, Verbraucherschutz, S. 232 f.; ders., WM 2000, 1427, 1432 ff.; kritisch Derleder/Knops/Bamberger-Eckardt, § 34 Rn. 63. Wolter (Das Kreditgeschäft, S. 5) hält auch beim grundpfandrechtlich gesicherten Darlehen die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers – und damit auch seine persönliche Eignung – für wichtiger als die Werthaltigkeit der Real sicherheiten, da eine Zwangsvollstreckung zeitraubend und risikoreich sei.

⁷⁴¹ Knops, Verbraucherschutz, S. 231 f.; ders., WM 2000, 1427, 1432.

einen gewissen Lästigkeitswert hat. Wenn und soweit der Darlehensgeber berechtigte und konkret belegbare Zweifel daran hat, dass der angebotene Ersatzdarlehensnehmer in der Lage sein wird, das übernommene Darlehen zu bedienen, wird dem Darlehensgeber daher ein Recht zur Verweigerung der Vertragsfortführung mit dem Ersatzdarlehensnehmer zuzubilligen sein.

(b) Interessenlage in ungesicherten Darlehensverhältnissen

Beim Abschluss eines ungesicherten Darlehensverhältnisses sind für den Darlehensgeber die Bonität des Darlehensnehmers und – je nach Einzelfall – auch dessen sonstige persönlichen Merkmale sowie die Beziehung zwischen dem Darlehensgeber und dem Darlehensnehmer von entscheidender Bedeutung. Anders als bei einem grundpfandrechtlich gesicherten Darlehen, bei dem die Person des Darlehensnehmers bei Vertragsschluss aufgrund des geringen finanziellen Risikos des Darlehensgebers regelmäßig nur eine untergeordnete Rolle spielt, ist die Person des Darlehensnehmers bei ungesicherten Darlehen von entscheidender Wichtigkeit. Dieser Maßstab muss auch für die Prüfung der Zumutbarkeit einer Vertragsfortführung mit einem angebotenen Vertragsnachfolger gelten, wenn der infrage stehende Darlehensvertrag entweder von vornherein ungesichert war oder akzessorische Sicherheiten wie beispielsweise Bürgschaften oder Hypotheken im Falle eines Schuldnerwechsels gemäß § 418 BGB erlöschen.

Vor diesem Hintergrund ist hinsichtlich eines Darlehensvertrages, der im privaten Umfeld zwischen zwei Verbrauchern abgeschlossen wurde, die Verpflichtung des Darlehensgebers, einen Ersatzdarlehensnehmer zu akzeptieren, praktisch ausgeschlossen. Das Darlehensverhältnis ist in diesen Fällen untrennbar an die Person des Darlehensnehmers gebunden. Zwischen Privatpersonen, insbesondere im familiären Bereich, erfolgt eine Darlehensvergabe in der Regel aus persönlicher Verbundenheit oder aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses. Diese personengebundenen Gründe für eine Darlehensvergabe sind in den seltensten Fällen austauschbar. Die Stellung eines Ersatzdarlehensnehmers kommt daher normalerweise nicht in Betracht.

Auch bei ungesicherten Darlehensverträgen zwischen Unternehmen oder zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher –

insbesondere also bei der Beteiligung von Kreditinstituten –, muss dem Darlehensgeber bei der Entscheidung, ob er den Darlehensvertrag mit einem Ersatzdarlehensnehmer fortführen möchte, ein weiter Ermessensspielraum zugebilligt werden. Neben objektiv vergleichbaren Kriterien wie der Bonität eines potentiellen Vertragspartners ist für eine Entscheidung über langfristige Vertragsbindungen überdies der persönliche Eindruck vom potentiellen Vertragspartner entscheidend. Die Gewährung eines Darlehens bedeutet üblicherweise eine langfristige Bindung der Vertragsparteien aneinander und das Vertragsverhältnis erfordert regelmäßigen Kontakt. Auch wenn ein potentieller Vertragspartner zum Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses solvent ist, erfordert die Entscheidung über den Abschluss eines Darlehensvertrages überdies eine Einschätzung des Darlehensgebers darüber, ob er dem potentiellen Vertragspartner zutraut, seine finanzielle Lage zu erhalten und ein ausgereichtes Darlehen über möglicherweise mehrere Jahre oder Jahrzehnte zuverlässig zurückzuführen.⁷⁴² Diese Prognoseentscheidung ist vielschichtig und von diversen Faktoren abhängig. Wenn ein Darlehensnehmer dem Darlehensgeber die Fortführung eines ungesicherten Darlehensverhältnisses mit einem Ersatzdarlehensnehmer anbietet, muss dem Darlehensgeber daher zugestanden werden, darüber anhand der Bonität des Ersatzdarlehensnehmers, aber auch im Hinblick auf persönlichkeitsbezogene Kriterien zu entscheiden. Die Weigerung des Darlehensgebers, den Darlehensvertrag mit einem Ersatzdarlehensnehmer fortfzuführen, kann in dieser Konstellation nur als treuwidrig angesehen werden, wenn der bisherige und der potentielle neue Darlehensnehmer neben einer vergleichbaren Bonität auch sonst vergleichbar sind in Bezug auf Lebensphase und Lebenswandel, insbesondere im Hinblick auf Alter, Beruf und Familiенstand. Selbst bei Vergleichbarkeit der persönlichen Lebensumstände ist dem Darlehensgeber in der Regel aber ein Recht zuzubilligen, die Vertragsfortführung mit einem Ersatzdarlehensnehmer zu verweigern.

⁷⁴² Vgl. zu den über eine reine Bonitätsprüfung hinausgehenden Kriterien einer Kreditwürdigkeitsprüfung *Grill/Perczynski*, Wirtschaftslehre des Kreditwesens, S. 345.

bb) Rechtsfolgen einer unberechtigten Ablehnung eines Ersatzdarlehensnehmers

Die Fortführung eines Darlehensvertrages durch einen eintretenden Dritten kann im Wege einer Schuldübernahme gemäß §§ 414 ff. BGB oder im Wege einer Vertragsübernahme erfolgen.⁷⁴³ In Sachverhaltskonstellationen, in denen der Darlehensnehmer ein berechtigtes Interesse an einer vorzeitigen Vertragsbeendigung hat und die Vertragsfortführung mit dem angebotenen Ersatzdarlehensnehmer für den Darlehensgeber zumutbar ist, hat die verweigerte Zustimmung des Darlehensgebers zwei wesentliche Auswirkungen.

Ein Darlehen, das die Voraussetzungen für ein Sonderkündigungsrecht gemäß § 490 Abs. 2 BGB nicht erfüllt, kann grundsätzlich nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäß § 314 BGB gekündigt oder nach Treu-und-Glauben-Grundsätzen beendet werden, sofern besondere Umstände vorliegen. Ein Darlehensnehmer kann die Entlassung aus dem Darlehensvertrag nach Treu-und-Glauben-Grundsätzen verlangen, wenn er einen geeigneten Ersatzdarlehensnehmer vorweist.⁷⁴⁴ Eine treuwidrig verweigerte Vertragsfortführung mit einem Ersatzdarlehensnehmer begründet für den Darlehensgeber keinen Kontrahierungzwang; der Darlehensgeber ist vielmehr nicht verpflichtet, das Darlehensverhältnis mit dem Ersatzdarlehensnehmer fortzuführen.⁷⁴⁵ Der Ersatzdarlehensnehmer hat keinen eigenen Anspruch auf den Abschluss eines Darlehensvertrages mit dem Darlehensgeber oder darauf, dass der Darlehensgeber die Vertragsübernahme akzeptiert. Die Weigerung des Darlehensgebers, den Darlehensvertrag mit dem angebotenen Ersatzdarlehensnehmer zu akzeptieren, führt jedoch dazu, dass der Darlehensvertrag mit dem ursprünglichen Darlehensnehmer sofort und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist beendet wird. Selbst

743 MünchKommBGB-Berger, § 490 Rn. 41.

744 BGH, WM 1990, 174, 176; LG München, Urteil v. 24. Juli 2008, Az. 16 HK O 22814/05, Rn. 20 ff. zitiert nach juris; Staudinger-Müllert, § 490 Rn. 110; Münch-KommBGB-Berger, § 490 Rn. 44; Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 16 Rn. 63; ders., Verbraucherschutz, S. 223 ff.; ders., WM 2000, 1427, 1429 ff.; Derleder/Knops/Bamberger-Eckardt, § 34 Rn. 62; vorsichtig NoKoBGB-Krefe, § 416 Rn. 6; ablehnend Canaris, Bankrechtstag 1996, S. 3, 37.

745 MünchKommBGB-Berger, § 490 Rn. 44; Rösler/Wimmer/Lang (Vorzeitige Beendigung von Darlehensverträgen, Rn. B 144), die aber erkennen, dass ein abzulehnender Kontrahierungzwang nicht die einzige denkbare Rechtsfolge einer Ersatzkreditnehmerstellung ist.

wenn die Voraussetzungen für ein Sonderkündigungsrecht gemäß § 490 Abs. 2 BGB vorliegen, kann die Stellung eines Ersatzdarlehensnehmers daher nach Treu-und-Glauben-Grundsätzen zu einer Verkürzung oder einem gänzlichen Entfallen der Kündigungsfrist gemäß § 488 Abs. 3 S. 2 BGB führen.

Die zweite Auswirkung einer treuwidrig verweigerten Vertragsfortführung mit einem Ersatzdarlehensnehmer ist, dass der Darlehensgeber keine zukünftigen Zinsforderungen und damit auch keine Vorfälligkeitsentschädigung gegen den ursprünglichen Darlehensnehmer geltend machen kann. Grundsätzlich gilt, dass der Darlehensgeber einen Anspruch auf Vorfälligkeitsentschädigung gemäß § 490 Abs. 2 S. 3 BGB hat, wenn beim Darlehensnehmer zwar ein berechtigtes Interesse daran besteht, den Darlehensvertrag vorzeitig zu beenden, aber kein wichtiger Grund gemäß § 314 BGB vorliegt. Der gesetzlichen Konzeption nach handelt es sich bei der Vorfälligkeitsentschädigung um einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch für den Fall einer vorzeitigen Beendigung eines Darlehensvertrages durch den Darlehensnehmer, der auf den Ausgleich des gesamten materiellen Schadens des Darlehensgebers einschließlich des entgangenen Gewinns gerichtet ist.⁷⁴⁶ Der Anspruch des Darlehensgebers auf Entrichtung einer Vorfälligkeitsentschädigung entfällt jedoch, wenn dieser seine Schadensminderungspflicht gemäß § 254 Abs. 2 S. 1, Abs. 1 BGB verletzt. Bei der Prüfung, ob eine Verletzung der Schadensminderungspflicht vorliegt, ist davon auszugehen, dass der Darlehensgeber keine überobligatorischen Anstrengungen oder Risiken auf sich nehmen muss, um den Darlehensnehmer zu entlasten.⁷⁴⁷ Er ist aber auch nicht berechtigt, den Darlehensnehmer ohne jede Rücksicht auf dessen Belange an seiner Schadensersatzpflicht festzuhalten.⁷⁴⁸ Wenn der vom Darlehensnehmer angebotene Ersatzdarlehensnehmer für den Darlehensgeber akzeptabel ist, verstößt eine Weigerung des Darlehensgebers, den Darlehensvertrag mit dem Ersatzdarlehensnehmer fortzuführen, gegen die Verpflichtung des Darlehensgebers gemäß § 254 Abs. 2 S. 1, Abs. 1 BGB, den aufgrund der vorzeitigen Vertragsbeendigung durch den Darlehensnehmer eintretenden Schaden – und damit die Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung – zu mindern. Die

⁷⁴⁶ MünchKommBGB-Schürnbrand, § 502 Rn. 8.

⁷⁴⁷ Vgl. BGH, WM 1990, 174, 175 f. mwN.

⁷⁴⁸ BGH, WM 1990, 174, 176.

Pflicht des Darlehensgebers, einen ihm zumutbaren Ersatzdarlehensnehmer zu akzeptieren, ist Obliegenheit und keine Nebenpflicht.⁷⁴⁹ Die Verletzung einer Obliegenheit führt nicht zur Entstehung von Sekundäransprüchen, sondern zieht einen Rechtsverlust für den Darlehensgeber gegenüber dem Darlehensnehmer nach sich. Gemäß § 254 Abs. 1 BGB hängt für den Fall eines Mitverschuldens des Geschädigten bei der Entstehung des Schadens die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen ab. Bei einer treuwidrigen Ablehnung einer Fortführung des Darlehensvertrages mit einem Ersatzdarlehensnehmer verliert der Darlehensgeber daher wegen unterlassener Schadensminderung nach den Grundsätzen des § 254 Abs. 2 S. 1, Abs. 1 BGB das Recht, seinen durch die vorzeitige Vertragsbeendigung entstehenden Zinsschaden geltend zu machen. Eine darüber hinausgehende Schadensersatzpflicht des Darlehensgebers besteht auch nicht, wenn die gescheiterte Vertragsübernahme eine Veräußerung des gesicherten Grundstücks des Darlehensnehmers zu Fall bringt.⁷⁵⁰

3. Herleitung allgemeiner Ersatzvertragspartner-Grundsätze

Das für Mietverhältnisse und Darlehensverhältnisse anerkannte Recht, einen Ersatzvertragspartner anzubieten, mit weitreichenden Folgen für den anderen Vertragspartner im Falle der unberechtigten Ablehnung, ist nicht ohne Weiteres auf jede Art von Vertragsverhältnis übertragbar. Die Ersatzvertragspartner-Grundsätze sind für jeden Vertragstyp gesondert auf ihre Übertragbarkeit zu prüfen und die Parameter der erforderlichen Interessenabwägung unterscheiden sich abhängig von den Spezifika des jeweiligen Vertragsverhältnisses.

Verallgemeinernd lässt sich sagen, dass die Stellung eines Ersatzvertragspartners nach Treu-und-Glauben-Grundsätzen eine fristlose

749 Staudinger-Mülbert, § 490 Rn. 110; MünchKommBGB-Berger, § 490 Rn. 44; Knops, Verbraucherschutz, S. 250; für eine Einordnung als Nebenpflicht, vgl. Reich, Bankrechtstag 1996, S. 43, 53.

750 Vgl. MünchKommBGB-Berger, § 490 Rn. 44 (Fn. 140); aA konsequenterweise Reich (Bankrechtstag 1996, S. 43, 53), der in der Ablehnung eines Ersatzdarlehensnehmers eine Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht des Darlehensgebers auf Rücksichtnahme sieht.

Entlassung des Vertragspartners, der den Ersatzvertragspartner angeboten hat, aus dem Vertragsverhältnis und/oder einen Verlust der damit zusammenhängenden Ausfall- bzw. Schadensersatzansprüche des anderen Vertragspartners zur Folge hat (hierzu unter a)), wenn die folgenden vier Voraussetzungen vorliegen:

- Der Vertragspartner, der den Ersatzvertragspartner stellen möchte, muss ein berechtigtes und schutzwürdiges Interesse an einer vorzeitigen Loslösung vom Vertragsverhältnis haben (hierzu unter b)),⁷⁵¹
- das Vertragsverhältnis muss dem Grunde nach und im konkreten Fall einem Austausch der Vertragspartner zugänglich sein (hierzu unter c)),
- der Ersatzvertragspartner muss über eine im Hinblick auf das relevante Vertragsverhältnis ausreichende Bonität verfügen (hierzu unter d)),
- der Ersatzvertragspartner muss in Bezug auf seine persönlichen Lebensumstände mit dem ursprünglichen Vertragspartner vergleichbar sein (hierzu unter e)).

a) Rechtsfolgen einer unberechtigten Ablehnung eines Ersatzvertragspartners

Eine treuwidrig verweigerte Vertragsfortführung begründet niemals einen Kontrahierungszwang.⁷⁵² Der Vertragspartner, der den Ersatzvertragspartner angeboten hat, kann in diesem Fall jedoch die Entlassung aus dem Vertragsverhältnis verlangen, was zu einer sofortigen und fristlosen Beendigung des Vertragsverhältnisses für die Zukunft führt.⁷⁵³ Mit Beendigung des Vertragsverhältnisses verliert der Ver-

⁷⁵¹ Vgl. hierzu zum Mietrecht BGH, NJW 2003, 1246, 1247.

⁷⁵² Vgl. zum Darlehensrecht MünchKommBGB-Berger, § 490 Rn. 44; Rösler/Wimme/Lang (Vorzeitige Beendigung von Darlehensverträgen, Rn. B 144); vgl. zum Mietrecht Wolf/Eckert/Ball, Hdb.MR, Rn. 599.

⁷⁵³ Vgl. zum Darlehensrecht BGH, WM 1990, 174, 176; LG München, Urteil v. 24. Juli 2008, Az. 16 HK O 22814/05, Rn. 20 ff. zitiert nach juris; Staudinger-Müllert, § 490 Rn. 110; MünchKommBGB-Berger, § 490 Rn. 44; Deller/Knops/Bamberger-Knops, § 16 Rn. 63; ders., Verbraucherschutz, S. 223 ff.;

tragspartner, der die Vertragsfortführung mit dem Ersatzvertragspartner abgelehnt hat, auch alle Ansprüche gegen den ursprünglichen Vertragspartner auf zukünftige Leistungserbringung.

Wenn der Vertragspartner, der die Vertragsfortführung mit einem Ersatzvertragspartner abgelehnt hat, zu Beginn des Vertragsverhältnisses gegenüber dem Vertragspartner, der den Ersatzvertragspartner angeboten hat, in Vorleistung gegangen ist, entfällt dessen Anspruch auf Rückgewähr dieser Vorleistung nicht. Es muss vielmehr eine interessengerechte Rückabwicklung erfolgen.

Die Ablehnung eines zumutbaren Ersatzvertragspartners kann, für den Fall, dass die Kündigung des Vertragsverhältnisses Schadensersatzansprüche bei dem Vertragspartner auslöst, der die Vertragsfortführung mit dem Ersatzvertragspartner abgelehnt hat, eine Verletzung der Obliegenheit zur Schadensminimierung begründen.⁷⁵⁴ Die Erfüllung einer Obliegenheit kann zwar nicht gerichtlich geltend gemacht werden und ihre Verletzung begründet keine Schadensersatzansprüche.⁷⁵⁵ Eine Obliegenheitsverletzung kann aber zu einem Verlust von Ansprüchen führen, die anderenfalls beständen. Beispielsweise verliert ein Kaufmann bei einer Verletzung der Rügeobligieheit im Handelsrecht gemäß § 377 HGB seine Mängelansprüche. Auch der Versicherungsnehmer kann seine Ansprüche gegen die Versicherung verlieren, wenn er Anzeige- und Auskunftsbefreiungen verletzt.⁷⁵⁶ Neben dem mit der Vertragsbeendigung einhergehenden Verlust von Ansprüchen auf zukünftige Leistungserbringung führt die Verletzung der Obliegenheit, einen Ersatzvertragspartner zu akzeptieren, bei dem obliegenheitswidrig handelnden Vertragspartner daher auch zu einem Verlust von sonstigen Ansprüchen gegenüber dem Vertragspartner, der den Ersatzpartner angeboten hat.

ders., WM 2000, 1427, 1429 ff.; Derleder/Knops/Bamberger-Eckardt, § 34 Rn. 62; vgl. zum Mietrecht Wolf/Eckert/Ball, Hdb.MR, Rn. 595.

754 Vgl. Staudinger-Müllert, § 490 Rn. 110; MünchKommBGB-Berger, § 490 Rn. 44; Knops, Verbraucherschutz, S. 250.

755 Staudinger-Olsen, § 241 Rn. 123.

756 Vgl. Nr. 25 und 26 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB 2008).

b) Berechtigtes und schutzwürdiges Interesse an der Loslösung vom Vertrag

Eine vorzeitige Loslösung von einem Vertragsverhältnis durch einen Vertragspartner kommt nur in Betracht, wenn dieser ein erst nach dem Vertragsschluss entstandenes und vorher auch nicht erkennbares⁷⁵⁷ berechtigtes Interesse an einer Vertragsbeendigung hat.⁷⁵⁸ Die Ermittlung eines berechtigten Interesses an einer vorzeitigen Vertragsbeendigung erfolgt immer einzelfallbezogen. Es sind grundsätzlich keine zu hohen Anforderungen an das berechtigte Interesse des Vertragspartners, der sich vom Vertrag lösen möchte, zu stellen, da dem Sicherungsinteresse des anderen Vertragspartners sowie dessen Interesse, einen aus seiner Sicht zuverlässigen und angenehmen Vertragspartner zu haben, im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit des angebotenen Ersatzvertragspartners Rechnung getragen wird.

c) Zugänglichkeit des Vertragsverhältnisses für einen Austausch der Vertragspartner

Die zweite Voraussetzung für die Stellung eines Ersatzvertragspartners ist die Zugänglichkeit des Vertragsverhältnisses für einen Austausch der Vertragspartner. Dies ist einzelfallbezogen zu beurteilen, wobei es aber Kriterien gibt, die Indizwirkung haben. Einem Austausch der Vertragspartner steht es entgegen, wenn die im Vertragsverhältnis zu erbringenden Leistungen durch persönliche Interaktion und individuelle Fähigkeit einer Vertragspartei geprägt sind. Dies ist bei Arbeits-, Dienstleistungs- und – je nach Ausgestaltung – Werkvertragsverhältnissen der Fall. Unabhängig vom Vertragstypus kann ein Vertragsverhältnis auch dadurch einen höchstpersönlichen Charakter haben, dass die Vertragspartner durch eine besondere persönliche Beziehung verbunden sind, beispielsweise aufgrund von Verwandtschaft oder langjährigen persönlich geprägten Geschäftsbeziehungen. Einem Aus-

⁷⁵⁷ Vgl. OLG Oldenburg, OLGZ 1981, 315, 317.

⁷⁵⁸ Folgende Beispiele berechtigter Interessen werden im Mietrecht genannt: Schwere Erkrankung, unvorhersehbare berufliche Versetzung, erhebliche Vergrößerung/Verkleinerung der Familie, Ehescheidung, siehe Bub/Kraemer-*Landwehr* (Kap. II Rn. 2575), Knops (Verbraucherschutz, S. 221) und Schmidt-Futterer-Blank (Anh. § 542 Rn. 13) jeweils mwN.

tausch von Vertragspartnern sind demgegenüber insbesondere solche Vertragsverhältnisse zugänglich, die durch eine standardisierte Leistung und im Markt etablierte Rahmenbedingungen geprägt sind. Dies ist in Unternehmer-Verbraucher-Konstellationen häufiger der Fall als im privaten Rechtsverkehr und betrifft insbesondere Branchen, in denen eine Vielzahl gleichartiger Geschäfte abgewickelt werden, wie beispielsweise in der Banken-, Telekommunikations- oder Versicherungsbranche und gilt – je nach Ausgestaltung – auch für Mietverhältnisse.

d) Erfordernis einer ausreichenden Bonität des Ersatzvertragspartners

Die dritte Voraussetzung für die Stellung eines Ersatzvertragspartners ist die ausreichende Bonität des Ersatzvertragspartners. Das Erfordernis einer ausreichenden Bonität des Ersatzvertragspartners ist interessengerecht, da dem Vertragspartner, der den Ersatzvertragspartner als neuen Vertragspartner akzeptieren soll, eine nachträgliche Erhöhung seines Ausfallrisikos nicht zuzumuten ist. Die Bonität des Ersatzvertragspartners ist anhand der marktüblichen Kriterien objektiv zu beurteilen und im Hinblick auf den Umfang der Lasten aus dem zur Übernahme anstehenden Vertragsverhältnis zu bewerten. Eine über diese Anforderungen des infrage stehenden Vertragsverhältnisses hinausgehende Solvenz des ursprünglichen Vertragspartners ist bei der Prüfung der ausreichenden Bonität des Ersatzvertragspartners außer Betracht zu lassen. In dem umgekehrten Fall, dass die Bonität des ursprünglichen Vertragspartners sich zum Zeitpunkt der Entscheidung über eine etwaige Vertragsfortführung gegenüber dem Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsschlusses verschlechtert hat und im Hinblick auf das gesicherte Vertragsverhältnis gegenwärtig nicht mehr ausreichend ist, sind die Bonitätsanforderungen, die an den Ersatzvertragspartner gestellt werden können, auf den tatsächlichen Bonitätsgrad begrenzt, den der ursprüngliche Vertragspartner selbst zum Zeitpunkt der Entscheidung über eine etwaige Vertragsfortführung aufweist. Der von dem Ersatzvertragspartner zufordernde Bonitätsgrad ist demnach doppelt limitiert im Hinblick auf die Erfordernisse des relevanten Vertragsverhältnisses und, sofern diese geringer ist, auf die beim ursprünglichen

Vertragspartner zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Vertragsübernahme tatsächlich vorliegende Bonität.

e) Vergleichbarkeit der persönlichen Lebensumstände des Ersatzvertragspartners

Die vierte Voraussetzung für die Stellung eines Ersatzvertragspartners ist die Vergleichbarkeit des Ersatzvertragspartners mit dem ursprünglichen Vertragspartner in Bezug auf persönliche Lebensumstände. Diese Voraussetzung hat zwei Ebenen. Zum einen hängt dies mit der Überlegung zusammen, dass der Vertragspartner keine nachträgliche Risikoerhöhung hinnehmen muss. Für eine Entscheidung über den Abschluss längerfristiger Vertragsverhältnisse ist neben den tatsächlichen Vermögensverhältnissen eines potentiellen Vertragspartners wichtig, ob der potentielle Vertragspartner persönlich in der Lage erscheint, vorhandenes Vermögen zu erhalten oder zu mehren. Hierfür ist der Eindruck von Vertrauenswürdigkeit, Fleiß, Zuverlässigkeit, beruflicher Tüchtigkeit und Erfahrung in einer Gesamtschau entscheidend.⁷⁵⁹ Die persönlichen Lebensumstände und die Art der Lebensführung des Ersatzvertragspartners spielen letztlich also für die Einschätzung des Vertragspartners darüber eine Rolle, ob er dem Ersatzvertragspartner die kontinuierliche Erfüllung der Vertragspflichten zutraut. Zum anderen hat der persönliche Eindruck vom Ersatzvertragspartner aber auch eine gesteigerte Relevanz, wenn das Vertragsverhältnis ein hohes Maß an Interaktion zwischen den Vertragspartnern erfordert. In einem Darlehensverhältnis sind Solvenz und Zuverlässigkeit des potentiellen Vertragspartners wichtige Kriterien, die Frage, ob man den Vertragspartner sympathisch findet, jedoch eher weniger. Anders ist dies zum Beispiel bei Mietverhältnissen, wenn der potentielle Mieter in unmittelbarer räumlicher Nähe des Vermieters wohnt oder, als Extrembeispiel, in Arbeitsverhältnissen. Hier ist die finanzielle Situation des Vertragspartners zwar ebenfalls von Bedeutung, wird aber von einem starken Bedürfnis nach einem angenehmen und konstruktiven Miteinander flankiert. Zusammenfassend lässt sich sagen,

⁷⁵⁹ Vgl. zu den Kriterien einer Kreditwürdigkeitsprüfung Grill/Perczynski, Wirtschaftslehre des Kreditwesens, S. 345.

dass die persönlichen Lebensumstände des Ersatzvertragspartners umso relevanter sind, je langfristiger und umfangreicher die finanziellen Verpflichtungen aus dem Vertragsverhältnis ausgestaltet und je geringer die vorhandenen Sicherheiten sind. Des Weiteren steigt die Relevanz der persönlichen Lebensumstände mit dem Umfang der erforderlichen persönlichen Interaktion zwischen den Vertragspartnern.

4. Übertragbarkeit der Ersatzvertragspartnergrundsätze auf Bürgschaftskonstellationen

Für Bürgschaftsverhältnisse ist die Figur des Ersatzvertragspartners bisher kaum diskutiert worden. Erwähnt werden „Ersatzbürgschaften“ im privaten Baurecht, etwa wenn eine Vertragserfüllungsbürgschaft gegen eine Gewährleistungsbürgschaft ausgetauscht werden soll.⁷⁶⁰ In diesen Fällen übernimmt jedoch nicht ein neuer Vertragspartner die Verpflichtungen des ursprünglichen Bürgen, sondern es handelt sich vielmehr um einen Austausch des Bürgschaftszwecks. Der „Ersatzbürger“ in dem hier interessierenden Kontext ist – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung nur wenige Male erwähnt worden, wobei dies jeweils nur im Rahmen der Sachverhaltsschilderung geschah und die Figur des Ersatzbürgen nicht selbst Gegenstand einer rechtlichen Überprüfung war.⁷⁶¹ In Verbraucherportalen tauchen diffuse Aussagen⁷⁶² auf, dass der Bürgschaftsgläubiger einen Bürgen entlassen könne, wenn ein Ersatzbürger zur Verfügung stünde. Die mögliche Existenz eines durchsetzbaren Anspruchs des Bürgen auf Entlassung aus einer Bürgschaft bei Stellung eines Ersatzvertragspartners thematisiert bisher nur *Knops*.⁷⁶³

Auch wenn ein Bürge den Bürgschaftsvertrag wirksam kündigen konnte, ist er auf die Mitwirkung des Bürgschaftsgläubigers oder die

760 Vgl. dazu beispielsweise, OLG Brandenburg, Urteil v. 19. Oktober 2005, Az. 4 U 151/04.

761 Vgl. BGH, NJW 2004, 2232, 2232; OLG Koblenz, Urteil v. 18. März 1997, Az. 3 U 680/96, Rn. 7 zitiert nach juris; FG Düsseldorf, DStRE 2005, 948, 948.

762 Vgl. Internetquellen wie zB Ratenkredit.com, <http://www.ratenkredit.com/ratgeber/kommt-man-als-buerge-wieder-aus-dem-kreditvertrag heraus.html> (zuletzt abgerufen am 6. Juli 2017).

763 Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 27 Rn. 84.

vorzeitige Tilgung der gesicherten Verbindlichkeiten durch den Hauptschuldner angewiesen, um sich von den während der Laufzeit der Bürgschaft entstandenen Einstandspflichten zu befreien. Eine Möglichkeit zur Befreiung des Bürgen durch Übernahme der Einstandspflichten durch einen Ersatzbürgen beziehungsweise durch den Verlust der Rechte des Bürgschaftsgläubigers bei einer unberechtigten Ablehnung eines Ersatzbürgen besteht – wie in Darlehens- oder Mietverhältnissen – nur, wenn die jedem Schuldverhältnis innenwohnenden Grundsätze des § 242 BGB dies gebieten. Treuwidrigkeit liegt nur vor, wenn das Verhalten des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Bürgen sozialethische Grenzen überschreitet, die jedem Schuldverhältnis immanent sind.⁷⁶⁴ Dies ist im Wege einer Interessenabwägung zu bestimmen.⁷⁶⁵

Im Folgenden werden zunächst die Rechtsfolgen der Ablehnung eines Ersatzbürgen durch den Bürgschaftsgläubiger dargestellt, die eine außerordentliche Beendigung des Bürgschaftsvertrages sowie eine Befreiung des ursprünglichen Bürgen von bereits entstandenen Einstandspflichten bewirkt (hierzu unter a)). Die Ablehnung eines angebotenen Ersatzbürgen durch den Bürgschaftsgläubiger führt nach den unter 3. herausgearbeiteten Ersatzvertragspartnergrundsätzen nur zu einem Rechtsverlust des Bürgschaftsgläubigers, wenn der Bürge ein berechtigtes und schutzwürdiges Interesse an der Befreiung von den bereits entstandenen Einstandspflichten hat (hierzu unter b)), ein Bürgschaftsverhältnis dem Grunde nach, im Einzelnen aber abhängig von den konkreten Rahmenbedingungen, einem Austausch der Vertragspartner zugänglich ist (hierzu unter c)), und dem Bürgschaftsgläubiger die Fortführung des Vertragsverhältnisses mit dem angebotenen Ersatzbürgen zumutbar ist. Die Zumutbarkeitsprüfung ist Ausdruck der für die Feststellung einer Treuwidrigkeit erforderlichen Interessenabwägung. Vor dem Hintergrund der weitreichenden Folgen einer unberechtigten Ablehnung einer Vertragsfortführung ist einem Bürgschaftsgläubiger auch in Bürgschaftsverhältnissen die Vertragsfortführung mit einem Ersatzbürgen nur zumutbar und er ist nur verpflichtet, einen angebotenen Ersatzvertragspartner zu akzeptieren,

⁷⁶⁴ Vgl. zum Begriff der sozialethischen Grenzen Palandt-Grüneberg, § 242 Rn. 1.

⁷⁶⁵ Vgl. BGH, NJW 1997, 2519, 2520.

wenn dieser über eine im Hinblick auf das relevante Bürgschaftsverhältnis ausreichende Bonität verfügt (hierzu unter d)) und der Ersatzbürge in Bezug auf seine persönlichen Lebensumstände mit dem ursprünglichen Bürgen vergleichbar ist (hierzu unter e)). Bei der Stellung eines Ersatzbürgen für Bürgschaften eines Gesellschafters oder Geschäftsführers für Verbindlichkeiten der Gesellschaft kann ein modifizierter Maßstab für die Feststellung der Vergleichbarkeit der persönlichen Lebensumstände des ursprünglichen Bürgen und des angebotenen Ersatzbürgen gelten (hierzu unter f)). Abschließend erfolgt eine Betrachtung der Auswirkungen einer Ersatzbürgenstellung auf die Vertragsverhältnisse zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Hauptschuldner und zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner (hierzu unter g)).

a) Rechtsfolgen einer unberechtigten Ablehnung der Vertragsfortführung

Im Miet- und Darlehensrecht ist das Interesse des ursprünglichen Vertragspartners bei der Stellung eines Ersatzvertragspartners darauf gerichtet, ein Dauerschuldverhältnis zu beenden, um zukünftige Verbindlichkeiten an der Entstehung zu hindern. Der Mieter will sich bei der Ersatzmieterstellung von der Mietzahlungspflicht für die Zukunft befreien und der Darlehensnehmer bei der Ersatzdarlehensnehmerrstellung von der Pflicht zur Zahlung weiterer Darlehenszinsen, meist in Gestalt einer Vorfälligkeitsentschädigung. Im Darlehensrecht wäre es nicht interessengerecht, wenn der Darlehensnehmer die Darlehensvaluta nach der unberechtigten Ablehnung eines Ersatzdarlehensnehmers einfach behalten könnte.⁷⁶⁶ Der Darlehensnehmer bleibt daher verpflichtet, die restliche Darlehensvaluta nach den im beendeten Darlehensvertrag vereinbarten Maßgaben zurückzuzahlen, jedoch ohne die auf die Restlaufzeit entfallenden Zinsen.⁷⁶⁷ In Bürgschaftsverhältnissen kann die Stellung eines Ersatzbürgen ebenfalls dazu dienen, den Bürgschaftsvertrag kurzfristig für die Zukunft zu beenden und die Entstehung neuer Einstandspflichten zu verhindern. Bedeutsamer ist für den Bürgen hingegen regelmäßig die Möglichkeit, sich durch die

⁷⁶⁶ Knops, Verbraucherschutz, S. 251.

⁷⁶⁷ Knops, Verbraucherschutz, S. 252 f.

Stellung eines Ersatzbürgen gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger außerdem von bereits entstandenen Einstandspflichten zu befreien. Anders als im Darlehensrecht tritt durch den Wegfall der bereits entstandenen Einstandspflichten keine ungerechtfertigte Bereicherung des Bürgen ein, da dieser von dem Bürgschaftsgläubiger keine Gegenleistung erhalten hat. Der Hauptschuldner bleibt nach dem zwischen ihm und dem Bürgschaftsgläubiger bestehenden Vertrag zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten verpflichtet. In aller Regel wird der Hauptschuldner diese begleichen. Der Wegfall der Sicherheit bewirkt zwar, aber eben auch nur, eine Erhöhung des Ausfallrisikos des Bürgschaftsgläubigers. Der ursprüngliche Bürg kann daher verlangen, so gestellt zu werden, als sei er zum Zeitpunkt der unberechtigten Ablehnung des Ersatzbürgen auch im Hinblick auf bereits entstandene Einstandspflichten aus dem Bürgschaftsvertrag ausgeschieden.⁷⁶⁸

Ebenso wie in den bereits diskutierten Miet- oder Darlehensverhältnissen können sich im Leben des Bürgen Umstände ergeben, die für ihn eine vollständige und endgültige Loslösung vom Bürgschaftsvertrag erforderlich machen. Im Bürgschaftsrecht berechtigen den Bürgen solche Umstände nicht selten zur Beendigung des Bürgschaftsvertrages durch eine außerordentliche Kündigung. Trotz des Bestehens berechtigter Interessen, die dem Bürgen überhaupt erst die vorzeitige Kündigung ermöglichen, kann er sich aber regelmäßig nur für die Zukunft vor der Entstehung neuer Einstandspflichten schützen und wird nicht von bereits entstandenen Einstandspflichten befreit. Im Hinblick auf das Sicherungsbedürfnis des Bürgschaftsgläubigers kann der Bürg normalerweise keine Entlassung aus bereits entstandenen Einstandspflichten fordern. Einen nachträglichen Wegfall von Sicherheiten muss der Bürgschaftsgläubiger, der nur im Hinblick auf die bestellte Bürgschaft überhaupt erst in Vorleistung gegenüber dem Hauptschuldner gegangen ist, in aller Regel nicht akzeptieren. Die Stellung eines für den Bürgschaftsgläubiger akzeptablen Ersatzbürgen neutralisiert jedoch das für den Bürgen ansonsten unüberwindbare Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers und ermöglicht eine Interessenabwägung zugunsten einer vollständigen Befreiung des Bürgen auch von bereits entstandenen Einstandspflichten.

⁷⁶⁸ Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 27 Rn. 84.

In Bürgschaftsverträgen kann die Stellung eines Ersatzbürgen daher in Bezug auf eine Verkürzung etwaiger Kündigungsfristen eine Rolle spielen, vor allem aber eine vollständige Befreiung des Bürgen von bereits entstandenen Einstandspflichten ermöglichen. Diese Befreiung kann durch die tatsächliche Vertrags- und Risikoübernahme durch einen Ersatzbürgen erfolgen. Bei der Ersatzbürgenstellung geht es gerade in bereits gekündigten Bürgschaftsverhältnissen häufig um eine Schuldübernahme gemäß §§ 414 BGB ff. und nicht um eine volle Vertragsübernahme. Für ungekündigte Bürgschaftsverhältnisse kann aber auch eine Vertragsübernahme vereinbart werden. In diesem Fall übernimmt der Ersatzbürge den Bürgschaftsvertrag und tritt in das Schuldverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Bürgschaftsgläubiger insgesamt ein. Bei einer unberechtigten Weigerung des Bürgschaftsgläubigers, den Bürgschaftsvertrag mit dem angebotenen Ersatzbürgen fortzuführen, entfallen die Einstandspflichten des Bürgen demgegenüber ohne einen Eintritt des Ersatzbürgen in das Bürgschaftsverhältnis nach Treu-und-Glauben-Grundsätzen. Diese weitreichenden Folgen einer verweigerten Vertragsfortführung treten allerdings nur ein, wenn die strengen Anforderungen erfüllt sind, die an einen angebotenen Ersatzvertragspartner zu stellen sind.

Wenn dem Bürgschaftsgläubiger die Fortführung des Bürgschaftsvertrages mit dem angebotenen Ersatzbürgen zumutbar und die Ablehnung daher treuwidrig war, erfolgt die Befreiung des Bürgen mit sofortiger Wirkung. Der Eintritt des Ersatzbürgen in den bestehenden Bürgschaftsvertrag des ursprünglichen Bürgen ist eine reine Formssache und erfordert im Hinblick darauf, dass der Ersatzbürge die Vertragsübernahme zu unveränderten Konditionen anbieten muss, keine Verhandlungen. Am Tage der Entscheidung über die Vertragsfortführung hätte daher auch der tatsächliche Vertragsschluss erfolgen können. Dem Bürgschaftsgläubiger ist bei Ablehnung der Vertragsfortführung daher keine Frist für die Befreiung des Bürgen aus der Bürgschaft zuzugestehen.⁷⁶⁹

769 Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 27 Rn. 84, geht von einer Befreiung des Bürgen zu dem Zeitpunkt aus, zu dem der Bürgschaftsgläubiger in zumutbarer Weise mit einem geeigneten Nachfolger einen Anschlussvertrag hätte abschließen können.

Der Bürgschaftsgläubiger kann die Dauer der Bindung des ursprünglichen Bürgen nach dem Anbieten eines zumutbaren Ersatzbürgen nur begrenzt beeinflussen. Nach dem Rechtsgedanken der §§ 148, 146 BGB, nach denen derjenige, der ein Angebot zu einem Vertragsabschluss macht, für die Annahme des Angebots eine Frist bestimmen kann, deren Ablauf einer Ablehnung des Angebots gleichsteht, kann der ursprüngliche Bürge die Bedenkzeit des Bürgschaftsgläubigers gegebenenfalls auf das Maß begrenzen, das für eine Bonitätsprüfung erforderlich ist. Die vom Bürgen gesetzte Annahmefrist sollte daher – je nach Komplexität des relevanten Vertragsverhältnisses – zwei bis vier Wochen nicht unterschreiten.

Die Stellung eines Ersatzbürgen kann dabei sowohl vom ursprünglichen Bürgen als auch vom Hauptschuldner ausgehen. Es kann entweder der ursprüngliche Bürge die Befreiung aus den bereits entstandenen Einstandspflichten verlangen, oder der Hauptschuldner die Freigabe der Bürgschaft als Sicherheit. Für den Hauptschuldner wird es in der Regel wesentlich leichter sein, einen Ersatzbürgen zu finden. Anders als der Bürge kann der Hauptschuldner – jedenfalls soweit eine Bürgschaft aufgrund professioneller Beziehungen zum Hauptschuldner abgegeben wurde – Einfluss auf den Nachfolger des ursprünglichen Bürgen in Bezug auf das relevante Verhältnis zum Hauptschuldner ausüben. Der Hauptschuldner kann die Verpflichtung, sich als Ersatzbürge zur Verfügung zu stellen, gerade in gesellschaftsrechtlichen oder arbeitsrechtlichen Verhältnissen, insbesondere auch im Hinblick auf die vom ausgeschiedenen Vorgänger drohenden Befreiungsansprüche, vor dem Eintritt des Nachfolgers vertraglich zur Voraussetzung für die Aufnahme in das jeweilige Vertragsverhältnis machen.

Wenn dem ursprünglichen Bürgen selbst kein geeigneter Ersatzbürge zur Verfügung steht, kann er durch die Titulierung eines gegen den Hauptschuldner bestehenden Befreiungsanspruchs Druck auf den Hauptschuldner ausüben, einen Nachfolger zu finden. Der Hauptschuldner muss ansonsten fürchten, dass der Bürge zur Absicherung des gesamten Bürgschaftsrisikos in sein Vermögen vollstreckt.

b) Berechtigtes und schutzwürdiges Interesse an der Befreiung

Auch im Rahmen von Bürgschaftsverhältnissen sind keine überhöhten Anforderungen an das berechtigte Interesse des Bürgen an einer Loslösung von dem Bürgschaftsverhältnis und Befreiung von entstandenen Einstandspflichten zu stellen. Das Sicherungsinteresse und die sonstigen Interessen des Bürgschaftsgläubigers sind im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit des angebotenen Ersatzvertragspartners zu berücksichtigen. Unzweifelhaft gegeben ist ein berechtigtes und schutzwürdiges Interesse an einer Befreiung von entstandenen Einstandspflichten, wenn ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung des Bürgschaftsverhältnisses gemäß § 314 BGB vorliegt.

c) Möglichkeit des Austauschs von Vertragspartnern in Bürgschaftsverhältnissen

Die Zugänglichkeit des Vertragsverhältnisses für einen Austausch der Vertragspartner ist einzelfallbezogen zu beurteilen. Bürgschaftsverträge gehören nicht zu den Vertragsverhältnissen, die einem Austausch von Vertragspartnern schon naturgemäß nur ausnahmsweise zugänglich sind, da diese keinen regelmäßigen persönlichen Leistungsaustausch und Kontakt zwischen den Vertragspartnern voraussetzen. Unabhängig von einer personalen Prägung der Leistungspflichten kann ein Vertragsverhältnis aber auch im konkreten Einzelfall einen höchstpersönlichen Charakter haben, wenn die Vertragspartner durch eine besondere persönliche Beziehung verbunden sind, beispielsweise aufgrund von familiären Bindungen oder langjährigen Geschäftsbeziehungen. Eine solche persönliche Beziehung liegt in Bürgschaftsverhältnissen häufig vor zwischen Hauptschuldner und Bürge, nicht hingegen zwischen Bürgschaftsgläubiger und Bürge selbst. Ein Bürgschaftsvertrag ist anders als das der Bürgschaft zugrunde liegende bürgschaftsrechtliche Innenverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner regelmäßig ein standardisiertes Sicherungsverhältnis, wie es gerade im Zusammenhang mit Bankgeschäften, Mietverträgen und Bauverträgen in immer ähnlicher Ausgestaltung und in großer Zahl vorkommt.

Sozialpolitisch kommt hinzu, dass ein Bürge dem Bürgschaftsgläubiger gegenüber strukturell unterlegen ist und sich daher beim Auftreten von berechtigten Gründen für eine Vertragsbeendigung, die jedoch aus seiner eigenen Sphäre stammen, in einer schlechten Verhandlungsposition für eine außerplanmäßige Beendigung des Bürgschaftsverhältnisses befindet. Es besteht daher ein starkes praktisches Bedürfnis für eine Anwendbarkeit der Ersatzvertragspartnergrundsätze. Die Vertragsdauer bei Bürgschaftsverhältnissen ist tendenziell lang, so dass es eine unverhältnismäßige Härte bedeuten kann, ein berechtigtes Interesse zur Vertragsbeendigung als schlichtes Lebensrisiko dem betroffenen Vertragspartner aufzubürden.

d) Erfordernis einer ausreichenden Bonität des Ersatzbürgen

Der Bürgschaftsgläubiger hat ein sehr starkes Interesse daran, dass der ursprüngliche Bürge, den er sich als solvanten und vertrauenswürdigen Vertragspartner ausgesucht hat, ihm im Sicherungsfall zur Erfüllung der gesicherten Verbindlichkeiten verpflichtet bleibt, da er zum Zeitpunkt der Stellung eines Ersatzbürgen bereits in Vorleistung an den Hauptschuldner gegangen ist. Dieses besonders hohe Sicherungsbedürfnis des bereits – im Zweifel nur aufgrund der bestellten Bürgschaft – in Vorleistung getretenen Bürgschaftsgläubigers muss durch einen potentiellen Ersatzbürgen befriedigt werden. Tendenziell dürften an die Zumutbarkeit des Ersatzbürgen für den Bürgschaftsgläubiger daher eher höhere Anforderungen zu stellen sein, als beim immobiliengesicherten Darlehen oder beim Mietvertrag.

Der Bürgschaftsgläubiger hat ein starkes Sicherungsinteresse, das im Rahmen der Entscheidung über die Zulässigkeit der Ersatzbürgenstellung insbesondere bei der Prüfung der Zumutbarkeit des Ersatzbürgen im Hinblick auf eine etwaige Erhöhung des Ausfallrisikos für den Bürgschaftsgläubiger in Betracht gezogen werden muss. Hierbei ist ein entscheidendes Kriterium die Solvenz des angebotenen Ersatzbürgen. Ein wesentliches Interesse des Bürgschaftsgläubigers an dem Bürgschaftsvertrag mit dem Bürgen liegt regelmäßig in der Absicherung von Vorleistungen, die gegenüber einem nicht zuverlässig solvanten Hauptschuldner erbracht werden sollen, der keine oder nur unzu-

reichende Realsicherheiten beibringen kann.⁷⁷⁰ Für die Befriedigung des Sicherungsinteresses des Bürgschaftsgläubigers kommt es daher primär darauf an, ob der angebotene Ersatzbürge, im Hinblick auf das gesicherte Vertragsverhältnis, ausreichend solvent ist, um die potentiellen Lasten realisierter Einstandspflichten tragen zu können. Auch in Bürgschaftsverhältnissen gilt jedoch, dass der vom Ersatzbürgen zufordernde Grad an Bonität doppelt limitiert ist im Hinblick auf die Erfordernisse des relevanten Vertragsverhältnisses und, sofern dieser geringer ist, auf den beim ursprünglichen Bürgen zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Vertragsübernahme tatsächlich vorliegenden Grad an Bonität.

Im Bankensektor erfolgt die Bonitätsprüfung nach den Regeln einer Kreditwürdigkeitsprüfung, wobei kreditwürdig solche Personen sind, die in wirtschaftlicher Hinsicht die Gewähr bieten, dass sie zur vertragsmäßigen Erfüllung der Darlehensverpflichtung in der Lage sind⁷⁷¹. Hierbei spielen zum einen die wirtschaftliche und finanzielle Situation des potentiellen Vertragspartners und zum anderen dessen persönliche Charaktermerkmale eine Rolle.⁷⁷² Es werden im Rahmen einer Kreditwürdigkeitsprüfung daher regelmäßig Nachweise darüber verlangt, über welches Vermögen ein potentieller Vertragspartner verfügt. Hierbei sind insbesondere das vorhandene Vermögen, wie beispielsweise Barmittel, Immobilien oder Unternehmensbeteiligungen sowie die Einkommensstruktur relevant.

Für Bankbürgschaften gilt, dass der Umstand, dass der Ersatzbürge ebenfalls ein Kreditinstitut ist, allein noch nicht ausreichend sein kann, um von einer mit dem ursprünglichen Bürgen vergleichbaren Bonität ausgehen zu können. Wenn ein (Bank-)Bürge einen alternativen Vertragspartner anbieten möchte, ist daher darüber hinaus erforderlich, dass für das übernehmende Kreditinstitut vergleichbare Eigenkapitalerhaltungsregelungen gelten⁷⁷³ und beide Kreditinstitute nach ihrer

⁷⁷⁰ Vgl. hierzu auch Musielak, JA 2015, 161, 162.

⁷⁷¹ Diepen/Sauter, Wirtschaftslehre für den Bankkaufmann, S. 587, 613.

⁷⁷² Diepen/Sauter, aaO (Fn. 771); Wolter, Das Kreditgeschäft, S. 5; Grill/Perczynski, Wirtschaftslehre des Kreditwesens, S. 345.

⁷⁷³ Dies ist zum Beispiel bei allen Banken des europäischen Wirtschaftsraumes aufgrund der Harmonisierung der sogenannten Basel-Erlasse der Fall.

Bedeutung ungefähr demselben Marktsegment angehören⁷⁷⁴. Sofern diese beiden Voraussetzungen erfüllt sind, können jedoch keine ernsthaften Zweifel an der Bonität des vorgeschlagenen Ersatzbürgen bestehen.

e) Vergleichbarkeit der persönlichen Lebensumstände des Ersatzbürgen

Die Prüfung der Vergleichbarkeit der persönlichen Lebensumstände des Ersatzbürgen mit denen des ursprünglichen Bürgen erfordert eine zweistufige Betrachtung. Zum einen ist für die Risikoprognose des Bürgschaftsgläubigers bedeutsam, ob der Ersatzbürge – unabhängig von dem Vorliegen einer ausreichenden temporären Bonität des Ersatzbürgen zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Vertragsfortführung – persönlich in der Lage erscheint, vorhandenes Vermögen zumindest zu erhalten und Vertragspflichten kontinuierlich zu erfüllen (hierzu unter **aa**)). Zum anderen ist bei der Entscheidung darüber, ob ein Bürgschaftsgläubiger verpflichtet ist, einen Ersatzbürgen als neuen Vertragspartner zu akzeptieren, neben dem Interesse des Bürgschaftsgläubigers, Zugriff auf einen ausreichend solventen Schuldner nehmen zu können, vor allem auch das allgemeine, jedem Vertragsverhältnis innewohnende Interesse des Bürgschaftsgläubigers relevant, sich denjenigen, mit dem kontrahiert werden soll, selbst und nach eigenem Gutdünken auszusuchen (hierzu unter **bb**).⁷⁷⁵ Grundsätzlich gelten hohe Anforderungen für die Entscheidung über die Vergleichbarkeit von Ersatzbürge und ursprünglichem Bürgen.⁷⁷⁶ Die Relevanz der personenbezogenen Aspekte differiert hierbei abhängig von den Rahmenbedingungen des jeweiligen Bürgschaftsverhältnisses.

⁷⁷⁴ Allein die Qualifizierung als europäische Bank dürfte hier anders als es zum Beispiel in § 17 Nr. 2 VOB/B als Voraussetzung festgelegt ist, nicht ausreichend sein, da auch eine gewisse Relevanz eines Kreditinstituts im Markt für die Sicherheit von deren Fortbestand erheblich ist.

⁷⁷⁵ Ähnlich bezüglich des Darlehensgebers Knops, Verbraucherschutz, S. 229.

⁷⁷⁶ So auch Derleder/Knops/Bamberger-Knops, § 27 Rn. 84.

aa) Allgemeine Leistungsfähigkeit und Lebensumstände des Ersatzbürgen

Bei Bankbürgschaften spielen personale Elemente im Normalfall keine Rolle. Bankbürgschaften treten häufig in Gestalt von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaften auf, die im privaten Baurecht gemäß § 17 Abs. 2 VOB/B als einem Bareinbehalt gleichwertige Sicherheiten betrachtet werden.⁷⁷⁷ Eine Bankbürgschaft wird also immer dann verlangt, wenn in einem Vertragsverhältnis ein Bürge mit zweifeloser Bonität gefordert wird, dessen Versprechen, für eine Verbindlichkeit einzustehen, gleichwertig mit einer Hinterlegung beziehungsweise einem Einbehalt von Bargeld ist. Die bürgenden Kreditinstitute gehen solche Bürgschaften nicht aus altruistischen Motiven ein, sondern weil dies einer ihrer Geschäftszweige ist und sie damit Avalprovisionen verdienen. Auf persönliche Beziehungen kommt es bei einer Bankbürgschaft daher nicht an, sondern allein auf die Solvenz des bürgenden Kreditinstituts.

Anders als bei Bankbürgschaften ist die Entscheidung über die Auswahl eines Bürgen, der eine Privatperson ist, üblicherweise vielschichtiger und hängt entscheidend davon ab, ob der Bürgschaftsgläubiger dem potentiellen Bürgen zutraut, im Sicherungsfall die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners zu tragen. Bei Bürgschaften im Bankengeschäft, insbesondere, wenn ein Kreditinstitut dem Hauptschuldner ein Darlehen gewähren soll und hierfür Sicherheiten verlangt, erfolgt die Auswahl eines Bürgen *de facto* nach den Regeln für eine Kreditwürdigkeitsprüfung.⁷⁷⁸ Kreditwürdig sind Personen, die in wirtschaftlicher Hinsicht die Gewähr bieten, dass sie zur vertragsmäßigen Erfüllung der Kreditverpflichtung in der Lage sind.⁷⁷⁹ Hierbei spielen zum einen die wirtschaftliche und finanzielle Situation des potentiellen Darlehensnehmers (oder Bürgen) und zum anderen dessen per-

⁷⁷⁷ Vgl. hierzu BGH, NJW 1985, 1694, 1695; Ganten/Jansen/Voit-Moufang/Koos, § 17 Abs. 4 Rn. 1.

⁷⁷⁸ Grill/Perczynski, Wirtschaftslehre des Kreditwesens, S. 376; vgl. auch die Hervorhebung der Bonität des Bürgen als wesentlichen Auswahlgesichtspunkt bei Medicus (JuS 1971, 497, 498) und Scholz/Lwowski (Das Recht der Kreditsicherung, S. 281).

⁷⁷⁹ Diepen/Sauter, aaO (Fn. 771).

sönliche Charaktermerkmale eine Rolle.⁷⁸⁰ Wichtig ist daher, ob der potentielle Vertragspartner persönlich in der Lage erscheint, vorhandenes Vermögen zu erhalten oder zu mehren und gegebenenfalls im Sicherungsfall weitere Barmittel zu erwirtschaften und zu realisieren.⁷⁸¹ Hierfür ist der Eindruck von Vertrauenswürdigkeit, Fleiß, Zuverlässigkeit, beruflicher Tüchtigkeit und Erfahrung in einer Gesamtschau entscheidend.⁷⁸² Dieser Prüfungsmaßstab ist dem Grunde nach auch auf andere als Darlehensbürgschaften übertragbar, beispielsweise auf Bürgschaften in Mietverhältnissen.

Es gilt der Grundsatz, dass je kleiner die durch eine Bürgschaft abzusichernde Verbindlichkeit ist und je kürzer deren Laufzeit, desto weniger relevant ist eine in die Zukunft gerichtete Prognose über die persönlichen Lebensumstände und die damit verbundene Prognose über die Entwicklung des Vermögens des Bürgen. Bei großen Verbindlichkeiten, wie zum Beispiel Betriebskontokorrentdarlehen eines Unternehmens, werden Personalsicherheiten vom Gläubiger – wenn überhaupt – regelmäßig nur akzeptiert, wenn Realsicherheiten nicht im ausreichenden Umfang zur Verfügung stehen. Als einzige Sicherheit reichen Personalsicherheiten in solchen Fällen regelmäßig nicht aus. Wenn große Verbindlichkeiten zu besichern sind, werden Bürgschaften üblicherweise zusätzlich zu anderen Sicherheiten bestellt.⁷⁸³ Bürgschaften sichern in solchen Konstellationen häufig ein Delta zwischen existierenden Realsicherheiten und darüber hinausgehendem Sicherungsbedarf ab und komplettieren damit lediglich ein umfassendes Sicherheitenkonzept. Besondere Relevanz hat die Bürgschaft aber für die Besicherung von kleineren Verbindlichkeiten. Dort sind Personalsicherheiten ein geeignetes Sicherungsmittel, da sie anders als Realsicherheiten ohne ein aufwändiges Zwangsversteigerungsverfahren realisiert werden können.⁷⁸⁴

⁷⁸⁰ Diepen/Sauter, aaO (Fn. 771); Wolter, Das Kreditgeschäft, S. 5; Grill/Perczynski, Wirtschaftslehre des Kreditwesens, S. 345.

⁷⁸¹ Vgl. Eilenberger, Bankbetriebswirtschaftslehre, S. 197, nach dem die persönlichen Verhältnisse die Kreditwürdigkeit wesentlich bestimmen.

⁷⁸² Grill/Perczynski, Wirtschaftslehre des Kreditwesens, S. 345.

⁷⁸³ Scholz, Der Bankkredit, S. 77.

⁷⁸⁴ Vgl. Scholz, Der Bankkredit, S. 45.

In der Realität des Wirtschaftslebens dürfte die Persönlichkeit des potentiellen Bürgen bei der Kreditwürdigkeitsprüfung jedoch – trotz der Hervorhebung dieses Entscheidungskriteriums in Teilen der Rechtslehre – vor allem eine Rolle spielen, wenn die Bonität des Ersatzbürgen in Bezug auf das zu besichernde Rechtsgeschäft zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Vertragsabschluss nur knapp ausreichend ist. In solchen Grenzfällen ist eine Prognoseentscheidung darüber, ob der Bürg im Sicherungsfall in der Lage sein wird, die Mittel für die Befriedigung der Verbindlichkeiten aus eigenen Mitteln aufzubringen oder gegebenenfalls fremd zu finanzieren, von besonderer Relevanz und die persönlichen Lebensumstände des Bürgen sind das entscheidende Kriterium. Grundsätzlich gilt daher, je geringer die Bonität im Verhältnis zum Umfang der zu besichernden Verbindlichkeit, desto wichtiger die persönlichen Lebensumstände des Ersatzbürgen.

Im Hinblick auf die Prognoseentscheidung des Bürgschaftsgläubigers bezüglich der persönlichen Leistungsfähigkeit des Bürgen für die Zukunft, muss diesem ein gewisser Ermessensspielraum zugestanden werden, der einer objektiven Überprüfung nur eingeschränkt zugänglich ist. Es gilt daher, dass je geringer die Bonität des angebotenen Ersatzbürgen ist, desto höher ist die Relevanz der persönlichen Lebensumstände desselben und desto größer ist der Ermessensspielraum des Bürgschaftsgläubigers bei seiner Prognoseentscheidung, betreffend die persönliche Leistungsfähigkeit des Bürgen. Bei einer nur knapp ausreichenden Bonität des Ersatzbürgen sind daher besonders hohe Anforderungen an die Vergleichbarkeit der Lebensumstände des Ersatzbürgen und des ursprünglichen Bürgen in Bezug auf Familienstand, Beruf und Werdegang zu stellen. Je ähnlicher diese Umstände beim Ersatzbürgen und dem ursprünglichen Bürgen sind, desto kleiner ist wiederum der Ermessensspielraum des Bürgschaftsgläubigers bei seiner Prognoseentscheidung betreffend die persönliche Leistungsfähigkeit des Bürgen.

bb) Relevanz der persönlichen Beziehung

Die persönliche Beziehung zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Ersatzbürgen ist im Normalfall wenig relevant, da ein Bürg-

schaftsverhältnis regelmäßig nicht von persönlichem Kontakt geprägt ist. Der Bürgschaftsgläubiger und der Bürge begegnen sich häufig nur beim Vertragsschluss und bei Eintritt des Sicherungsfalls. Innerhalb der direkten Leistungsbeziehung zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Hauptschuldner kann der Abschluss eines Vertrages und eventuell auch die Übernahme eines Vorleistungsrisikos durch den Bürgschaftsgläubiger aufgrund einer persönlichen Verbundenheit zum Hauptschuldner erfolgen. Der Abschluss eines Bürgschaftsvertrages aus persönlicher Verbundenheit zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Bürgen scheint hingegen eher fernliegend. Eine persönliche Beziehung besteht häufig zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner, nicht hingegen zwischen dem Bürgen und dem Bürgschaftsgläubiger.

Eine mittelbare Relevanz hat der persönliche Eindruck vom Ersatzbürgen bei einer Kreditwürdigkeitsprüfung in Grenzfällen möglicherweise trotzdem. Der Bürgschaftsgläubiger wird einem potentiellen Vertragspartner, der ihm sympathisch ist, in der erforderlichen Prognoseentscheidung vermutlich eher zutrauen, die Last der besicherten Verbindlichkeiten im Sicherungsfall schultern zu können. Dieser psychologische Effekt kann bei der Entscheidung, ob ein Ersatzbürge mit dem ursprünglichen Bürgen vergleichbar ist und dem Bürgschaftsgläubiger eine Vertragsfortführung mit dem Ersatzbürgen zumutbar ist, allerdings nur eine untergeordnete Rolle spielen.

f) Besonderheiten bei Gesellschafter- und GmbH-Geschäftsführerbürgschaften

Eine modifizierte Betrachtung ist geboten, wenn der ursprüngliche Bürge nicht um seiner selbst Willen ausgewählt und akzeptiert wurde, sondern aufgrund einer bestimmten Stellung zum Hauptschuldner. Das ist insbesondere der Fall, wenn Bürgschaften von Gesellschaftern oder Geschäftsführern einer Gesellschaft als Hauptschuldnerin oder von Ehepartnern des Hauptschuldners gefordert werden. In diesen Fällen liegt der Grund für die Bürgschaftsbestellung in Wirklichkeit nicht in der Sicherung der Verbindlichkeiten des Hauptschuldners. Wenn der Hauptschuldner als Unternehmen oder Unternehmer im

Geschäftsverkehr handelt, ist eine Privatperson als Bürge im Sicherungsfall ohnehin regelmäßig finanziell überfordert. Die Bürgschaft eines Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Gesellschaft – zusätzlich zu der ohnehin bestehenden persönlichen Haftung des Gesellschafters – dient vielmehr zur Begründung von Vorteilen bei einer Verwertung des Gesellschaftervermögens in der Insolvenz der Gesellschaft.⁷⁸⁵ Bei einer fehlenden persönlichen Haftung der Gesellschafter (oder des Geschäftsführers) für Verbindlichkeiten der Gesellschaft soll eine Bürgschaft eine persönliche Involvierungen in das geschäftliche Risiko der Gesellschaft bewirken, um die Motivation für ein Gelingen des durch den Bürgschaftsgläubiger finanzierten Projekts zu stärken. Eine Ehegattenbürgschaft dient häufig nur dem Schutz vor Vermögensverschiebungen und ist selbst unter Umständen wirtschaftlich wertlos.⁷⁸⁶

Wenn und soweit die Stellung zum Hauptschuldner das prägende persönliche Merkmal für die Auswahl des Bürgen ist, muss dies auch für den angebotenen Ersatzbürgen gelten. In der geschilderten Interessenlage ist ein Nachfolger des ursprünglichen Bürgen in Bezug auf dessen Stellung zum Hauptschuldner als geeigneter Ersatzbürge anzusehen. Etwas anderes kann nur in Fällen von offensichtlichem Missbrauch gelten, etwa wenn ein offensichtlich weniger solventer Nachfolger nur aus dem Grunde eingesetzt wird, um die Befreiung des ursprünglichen Bürgen von bereits entstandenen Einstandspflichten zu ermöglichen.

g) Rechtsverhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner

Anders als bei der Ersatzmieter- oder Ersatzdarlehensnehmerstellung besteht in Bürgschaftskonstellationen bei der Ersatzvertragspartnerstellung kein Drei- sondern ein Vierpersonenverhältnis zwischen dem Bürgen, dem Bürgschaftsgläubiger, dem Ersatzbürgen und dem Hauptschuldner. Spricht man dem Bürgen ein Recht zu, einen Ersatzbürgen zu stellen, der vom Bürgschaftsgläubiger akzeptiert werden kann, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen dies auf das gesicher-

⁷⁸⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen bei Andres/Leithaus-*Leithaus*, § 93 Rn. 4.

⁷⁸⁶ Zu der erheblichen Gefahr einer Sittenwidrigkeit solcher Bürgschaften vgl. Schulze-A.*Staudinger*, § 765 Rn. 11 mwN.

te Schuldverhältnis zwischen dem Bürgschaftsgläubiger und dem Hauptschuldner und auf das bürgschaftsrechtliche Innenverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner hat.

Im Falle einer treuwidrigen Ablehnung der Vertragsfortführung mit einem Ersatzbürgen und der damit einhergehenden Entlassung des ursprünglichen Bürgen aus dem Bürgschaftsverhältnis, ist es dem Bürgschaftsgläubiger im Verhältnis zum Hauptschuldner nach Treu- und-Glauben-Grundsätzen verwehrt, aus diesem Wegfall von Sicherheiten Rechte herzuleiten. Insoweit strahlt der Rechtsverlust des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem ursprünglichen Bürgen auf das gesicherte Schuldverhältnis aus. In Bezug auf bereits entstandene Verbindlichkeiten kann der Bürgschaftsgläubiger daher keine Beibringung von Ersatzsicherheiten verlangen oder das Vertragsverhältnis aufgrund fehlender Sicherheiten kündigen. Etwas anderes gilt jedoch in Bezug auf künftige Leistungen, auch wenn diese im Vertragsverhältnis bereits angelegt sind. Der Bürgschaftsgläubiger ist nicht verpflichtet, auch zukünftig gegenüber dem Hauptschuldner ungesichert in Vorleistung zu gehen. Im Hinblick auf zukünftige Leistungen ist der Bürgschaftsgläubiger vielmehr berechtigt, neue Sicherheiten zu verlangen und seine ursprünglichen Leistungszusagen gegebenenfalls durch Kündigung zu beenden. In Bezug auf den Umfang geforderter Ersatzsicherheiten für zukünftige Leistungen müssen die bereits erbrachten und nach Entlassung des Bürgen ungesicherten Leistungen jedoch außer Betracht bleiben.

Im Falle einer Kündigung bereits zugesagter zukünftiger Leistungen an den Hauptschuldner durch den Bürgschaftsgläubiger, wegen der durch treuwidrige Ablehnung eines Ersatzbürgen erfolgten Beendigung des Bürgschaftsvertrages, kann die Ersatzbürgenstellung eine Schadensersatzansprüche begründende Verletzung der Pflichten des Bürgen aus dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis begründen. Falls dem Hauptschuldner im Falle einer Ersatzbürgenstellung Nachteile drohen, sollte der Bürge daher sicherstellen, dass ihm auch im Verhältnis zum Hauptschuldner ein Recht zur Loslösung vom bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zusteht.

Wenn der Bürgschaftsgläubiger den angebotenen Ersatzbürgen akzeptiert, entstehen im Verhältnis zwischen dem ursprünglichen Bürgen und dem Hauptschuldner und auch im Verhältnis zwischen dem

Bürgschaftsgläubiger und dem Hauptschuldner keine Friktionen. Dem Hauptschuldner stehen in diesem Fall keine Ansprüche gegen den ursprünglichen Bürgen zu, da das Ausscheiden aus dem Bürgschaftsverhältnis keine negativen Auswirkungen auf das gesicherte Schuldverhältnis hat und somit kein Schaden eintreten kann. Fraglich ist aber, in welchem Verhältnis der Ersatzbürge und der Hauptschuldner in dieser Konstellation zueinander stehen. Auch im Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Ersatzbürge besteht kein Kontrahierungzwang. Der ursprüngliche Bürge kann jedoch – sofern dies nicht vertraglich ausgeschlossen ist – seine potentiellen und zukünftigen Ansprüche gegen den Hauptschuldner an den Ersatzbürgen abtreten, insbesondere etwaige Befreiungsansprüche. Der ursprüngliche Bürge und der Ersatzbürge sollten diese Abtretung dokumentieren und dem Hauptschuldner anzeigen. Jedenfalls im Verhältnis zwischen dem ursprünglichen Bürgen und den Ersatzbürgen dürfte die Abtretung der Ansprüche aus dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis an den Ersatzbürgen im Rahmen der Übernahme des Bürgschaftsvertrages regelmäßig dem Willen der Vertragsparteien entsprechen und auch ohne ausdrückliche Regelung in der Vertragsüberleitung enthalten sein.

II. Übersicherung

Bei Übersicherung des Bürgschaftsgläubigers könnten Freigabeansprüche des Hauptschuldners in Gestalt eines Anspruchs auf Entlastung des Bürgen aus dem Bürgschaftsverhältnis bestehen. Zu denken ist hierbei beispielsweise an Situationen, in denen eine Verbindlichkeit des Hauptschuldners durch eine Bürgschaft und zusätzlich durch andere Sicherheiten besichert ist. Wenn die gesicherte Verbindlichkeit durch Tilgung weitgehend erloschen ist, kann die Situation eintreten, dass die sonstigen Sicherheiten ausreichen, um die verbliebene Restschuld zu besichern.

Sofern die Voraussetzungen einer Übersicherung vorliegen, können sich hieraus Freigabeansprüche des Sicherungsgebers entweder aus Gewohnheitsrecht oder aus einer ergänzenden Vertragsauslegung

des Sicherungsvertrages⁷⁸⁷ ergeben. Der Bürgschaftsgläubiger hat bei einer bestehenden Übersicherung gemäß § 262 BGB jedoch die Wahl über die Sicherheiten, die er freigeben möchte, um die Übersicherungssituation zu beheben.⁷⁸⁸ Auch in einer Übersicherungssituation kann die Entlassung des Bürgen daher nicht ohne Weiteres durchgesetzt werden.

Sofern dem Hauptschuldner aber Sicherheiten zur Verfügung stehen, die eine Übersicherungssituation begründen könnten, kann er sie nach den obigen Grundsätzen als Ersatzsicherheit anbieten. Sofern der Bürgschaftsgläubiger die neue Sicherheitenbestellung akzeptiert, können Bürgschaftsgläubiger und Hauptschuldner vereinbaren, dass der Bürge von seinen Einstandspflichten befreit wird. Sofern es sich bei der Ersatzsicherheit um eine Realsicherheit handelt, ist das Interesse des Bürgschaftsgläubigers am Fortbestand der Bürgschaft mit dem ursprünglichen Bürgen als gering einzuschätzen, so dass der Hauptschuldner hier nach den Grundsätzen des § 315 Abs. 1 und 3 BGB, wonach die Auswahl bei einer Wahlschuld nach den Grundsätzen der Bil ligkeit zu erfolgen hat, gezielt die Entlassung des Bürgen verlangen kann.

C. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Befreiungsansprüche können bei erfolgreicher Geltendmachung gegen den Hauptschuldner oder den Bürgschaftsgläubiger bewirken, dass die nach dem Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung fortbestehenden Einstandspflichten des Bürgen zum Erlöschen gebracht werden und der Bürge endgültig von seinen Einstandspflichten frei wird.

Im Folgenden werden die wichtigsten Ergebnisse in Bezug auf Befreiungsansprüche des Bürgen gegen den Hauptschuldner (hierzu unter I.) und Entlassungsansprüche des Bürgen gegen den Bürgschaftsgläubiger (hierzu unter II.) zusammengefasst.

⁷⁸⁷ Vgl. dazu Schimansky/Bunte/Lwowski-Ganter, § 90 Rn. 360 mwN.

⁷⁸⁸ Schimansky/Bunte/Lwowski-Ganter, § 90 Rn. 358.

I. Befreiungsansprüche des Bürgen gegen den Hauptschuldner

Ein schuldrechtlicher Anspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner auf die Befreiung von bereits entstandenen Einstandspflichten kann vom Hauptschuldner auf unterschiedliche Weise erfüllt werden. Für den Bürgen ist es wirtschaftlich besonders interessant, eine Befreiung zu einem Zeitpunkt zu erreichen, in dem der Hauptschuldner noch solvent ist und in der Lage, etwaige Ansprüche des Bürgen zu erfüllen. Sobald der Hauptschuldner mit seinen Verpflichtungen gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger ausfällt und der Bürge als Sicherungsgeber in Anspruch genommen wird, sind Ansprüche gegen den Hauptschuldner wirtschaftlich wertlos. Sofern bereits vor Eintritt des Sicherungsfalls Befreiungsansprüche des Bürgen bestehen, kann dieser vom Hauptschuldner die Beibringung einer Sicherheit für das in Frage stehende Bürgschaftsrisiko verlangen und dies im Zweifel auch im Wege der Vollstreckung durchsetzen. Die Bestellung von Sicherheiten ist eine vertretbare Handlung und wird daher gemäß § 887 BGB durchgesetzt. Die Sicherheitsleistung kann der Bürge durch die Vollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners durchsetzen, um einen Geldbetrag im Wege der Hinterlegung zur Absicherung des Bürgschaftsrisikos sicherzustellen.⁷⁸⁹

Auf welcher normativen Grundlage ein Befreiungsanspruch des Bürgen besteht, hängt von der Ausgestaltung des bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnisses zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner ab. Relevant sind insbesondere der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB, der auftragsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB als Auffangtatbestand für den Fall, dass dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zugrunde liegende Auftragsverhältnisse bereits beendet sind, sowie der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB.

Ein bürgschaftsrechtlicher Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der Bürgschaft ein Auftragsverhältnis zugrunde liegt.⁷⁹⁰ Der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch ist *lex specialis* zu den allgemeinen auftragsrechtlichen Ansprü-

789 Siehe oben unter A.I.3.b).

790 Siehe oben unter A.II.1.a).

chen des Bürgen. Die Voraussetzungen des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs liegen regelmäßig erst vor, wenn der Hauptschuldner sich bereits in Liquiditätsproblemen befindet, was dazu führt, dass dieser häufig nicht effektiv durchsetzbar ist.⁷⁹¹

Solange zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen ein wirk-sames Auftragsverhältnis oder ein anderer Vertrag besteht, aus dem der Bürge auftragsrechtliche Ansprüche herleiten kann, derogiert der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB als *lex specialis* den auftragsrechtlichen Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB.⁷⁹²

Die Interessenlage, die den Gesetzgeber dazu bewogen hat, den bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch als spezialgesetzliche Regelung zu schaffen, ist im Falle eines beendeten Bürgschaftsauftrags jedoch nicht mehr gegeben und der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB in diesen Konstellationen daher nicht mehr anwendbar.⁷⁹³ Die voraussetzunglose Kündigung des Auftragsverhältnisses ist gemäß § 671 BGB im bürgschaftsrechtlichen Innen-verhältnis ausgeschlossen. Zulässig sind aber eine außerordentliche Kündigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung gemäß § 314 BGB⁷⁹⁴ und, unter bestimmten Voraussetzungen, eine ordentliche Kündigung nach den Grundsätzen des § 242 BGB⁷⁹⁵. Die Nichtanwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs im Falle einer Beendigung des der Bürgschaft zugrunde liegenden Auftragsverhältnisses führt zu einem Aufleben des allgemeinen auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß §§ 670, 662, 257 BGB.⁷⁹⁶ Nachvertragliche Treuepflichten des Bürgen/Auftragnehmers gemäß § 242 BGB führen jedoch in vielen Fällen dazu, dass der Bürge/Auftragnehmer die Befreiung von den bestellten Sicherheiten nur insoweit geltend machen kann, als dies die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners/Auftraggebers nicht wesentlich übersteigt. Eine Pflicht des Bürgen/Auftragnehmers als Sicherungsgeber

⁷⁹¹ Siehe oben unter A.II.1.b).

⁷⁹² Siehe oben unter A.II.2.a).

⁷⁹³ Siehe oben unter A.II.2.c)aa).

⁷⁹⁴ Siehe oben unter A.II.2.e)aa).

⁷⁹⁵ Siehe oben unter A.II.2.e)bb).

⁷⁹⁶ Siehe oben unter A.II.2.c)bb).

zur Rücksichtnahme auf die Belange des Hauptschuldners/Auftraggebers besteht als nachvertragliche Nebenpflicht auch nach dem Ende des Auftragsverhältnisses fort.⁷⁹⁷

In Gesellschaftsverhältnissen kann einem ausgeschiedenen Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB ein Anspruch gegen die verbliebenen Gesellschafter auf die Befreiung einer gemäß §§ 128, 160 HGB analog fortbestehenden persönlichen Haftung für Gesellschaftsschulden zustehen. Dieser gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch wird auch auf Sicherheiten angewendet, die der ausgeschiedene Gesellschafter aus seinem Privatvermögen für die Gesellschaft bestellt hat. Ein ausgeschiedener Gesellschafter kann daher gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog die Befreiung von bestehenden Bürgschaftsverbindlichkeiten verlangen.⁷⁹⁸ Dies gilt gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB in doppelt analoger Anwendung auch für Gesellschafter anderer Gesellschaftstypen, insbesondere Gesellschaften mit beschränkter Haftung.⁷⁹⁹

Ein individualvertraglicher Ausschluss des auf die persönliche Gesellschafterhaftung bezogenen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB umfasst den auf bestellte Sicherheiten bezogenen Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog nicht, sofern die jeweilige Vereinbarung diesen nicht ausdrücklich einbezieht oder die sonstigen Umstände des Einzelfalls eine dementsprechende Auslegung gebieten.⁸⁰⁰ Wenn der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch des Gesellschafters gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB in direkter Anwendung ausgeschlossen ist, muss aber auch der auf Sicherheiten bezogene Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog insoweit ausgeschlossen sein, als der ausgeschiedene Gesellschafter gemäß §§ 128, 160 HGB für die gesicherten Verbindlichkeiten haftet.⁸⁰¹ Andernfalls würde eine Anwendung des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog den individualvertraglichen Ausschluss des Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB in direkter Anwendung konterkarieren. Dies gilt nur soweit der Ausschluss

⁷⁹⁷ Siehe oben unter A.II.2.d).

⁷⁹⁸ Siehe oben unter A.II.3.a).

⁷⁹⁹ Siehe oben unter A.II.3.b).

⁸⁰⁰ Siehe oben unter A.II.3.c)bb).

⁸⁰¹ Siehe oben unter A.II.3.c)bb)(2)(b).

des auf bestellte Sicherheiten bezogenen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog dem hypothetischen Parteiwillen entspricht. Der Zweck eines Ausschlusses des gesetzlichen auf die persönliche Gesellschafterhaftung bezogenen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB liegt darin, die Fortführung der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft auch nach dem Ausscheiden von Gesellschaftern sicherzustellen, und den Fortbestand der Gesellschaft nicht durch ruinöse Gesellschafteransprüche im Falle des Ausscheidens von Gesellschaftern zu gefährden. Der Ausschluss des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs des Gesellschafters gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog entspricht daher nur insoweit dem hypothetischen Parteiwillen, als eine Befreiung des ausgeschiedenen Gesellschafters den geordneten Geschäftsbetrieb der Gesellschaft gefährden würde und für den Zeitraum, in dem die gesellschaftsrechtliche Nachhaftung gemäß §§ 128, 160 HGB für die gesicherte Verbindlichkeit besteht.⁸⁰²

Befreiungsansprüche können auch auf vertraglicher Grundlage bestehen. Bei fehlender vertraglicher Regelung und Vorliegen einer gesetzlichen Regelungslücke können Befreiungsansprüche sich aus ergänzender Vertragsauslegung ergeben.⁸⁰³

II. Ansprüche auf Entlassung des Bürgen aus der Bürgschaft

Auch wenn ein Bürge den Bürgschaftsvertrag wirksam kündigen kann, ist er auf die Mitwirkung des Bürgschaftsgläubigers oder die vorzeitige Tilgung der gesicherten Verbindlichkeiten durch den Hauptschuldner angewiesen, um sich von den während der Laufzeit der Bürgschaft entstandenen Einstandspflichten zu befreien. Eine Möglichkeit zur Befreiung des Bürgen besteht – wie in Darlehens- oder Mietverhältnissen –, wenn der Bürge dem Bürgschaftsgläubiger einen Ersatzbürgen anbieten kann. Die Ablehnung der Vertragsfortführung mit dem Ersatzbürgen führt nach den allgemeinen Ersatzvertragspartner-Grundsätzen⁸⁰⁴ jedoch nur zu einem Rechtsverlust des Bürgschaftsgläubigers,⁸⁰⁵ wenn

⁸⁰² Siehe oben unter A.II.3.c)bb)(2)(b).

⁸⁰³ Siehe oben unter A.II.4.

⁸⁰⁴ Siehe oben unter B.I.3.

⁸⁰⁵ Siehe oben unter B.I.4.a).

der Bürge ein berechtigtes und schutzwürdiges Interesse an der Befreiung von den bereits entstandenen Einstandspflichten hat,⁸⁰⁶ ein Bürgschaftsverhältnis dem Grunde nach, im Einzelnen aber abhängig von den konkreten Rahmenbedingungen, einem Austausch der Vertragspartner zugänglich ist⁸⁰⁷ und dem Bürgschaftsgläubiger die Fortführung des Vertragsverhältnisses mit dem angebotenen Ersatzbürgen zumutbar ist. Die Vertragsfortführung mit einem Ersatzbürgen ist für den Bürgschaftsgläubiger nur zumutbar, wenn der Ersatzbürge über eine im Hinblick auf das relevante Bürgschaftsverhältnis ausreichende Bonität verfügt⁸⁰⁸ und er in Bezug auf seine persönlichen Lebensumstände mit dem ursprünglichen Bürgen vergleichbar ist⁸⁰⁹. Wenn und soweit die Stellung zum Hauptschuldner das prägende persönliche Merkmal für die Auswahl des Bürgen ist, muss dies auch für den angebotenen Ersatzbürgen gelten.⁸¹⁰ In einem solchen Fall ist der Nachfolger des ursprünglichen Bürgen in Bezug auf dessen Stellung zum Hauptschuldner als geeigneter Ersatzbürge anzusehen.

806 Siehe oben unter **B.I.4.b).**

807 Siehe oben unter **B.I.4.c).**

808 Siehe oben unter **B.I.4.d).**

809 Siehe oben unter **B.I.4.e).**

810 Siehe oben unter **B.I.4.f).**

Fazit

Möchte sich ein Bürge von seinen Bürgschaftsverpflichtungen lösen, hat er verschiedene Optionen, um eine Befreiung von zukünftigen und/oder von bereits entstandenen Einstandspflichten für Verbindlichkeiten des Hauptschuldners zu erreichen. Hierbei ist zu beachten, dass sich im bürgschaftsrechtlichen Dreiecksverhältnis zwischen Bürge, Bürgschaftsgläubiger und Hauptschuldner die Geltendmachung von Ansprüchen in einem der Rechtsverhältnisse jeweils auf die anderen Rechtsverhältnisse auswirkt. Wesentlicher Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit war die Bestimmung handhabbarer Voraussetzungen für die Ausübung von Gestaltungsrechten im Bürgschaftsverhältnis und die Geltendmachung schuldrechtlicher Befreiungsansprüche im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis sowie eine Konturierung von deren Rechtsfolgen.

Die vorangegangene Untersuchung führt zu folgenden – nach Themenkomplexen gegliederten – Ergebnissen:

Die Bürgschaft als Dauerschuldverhältnis

1. Die Bürgschaft ist immer ein Dauerschuldverhältnis, unabhängig davon ob die Bürgschaftsverpflichtung selbst oder die durch die Bürgschaft gesicherten Verbindlichkeiten des Hauptschuldners gegenständlich oder zeitlich beschränkt sind. In einem Bürgschaftsverhältnis ist die den Dauerschuldcharakter der Bürgschaft begründende Leistungsbereitschaftspflicht von der im Sicherungsfall punktuell zu erbringenden Einstandspflicht des Bürgen zu unterscheiden. Für die Einordnung als Dauerschuldverhältnis reicht es aus, wenn die prägende Leistungspflicht eines Vertrages nicht ohne den Faktor Zeit quantifizierbar ist. Der Umfang der Leistungsbereitschaft des Bürgen bemisst sich bei der Bürgschaft

aus einer Kombination der betragsmäßigen Höhe der Leistungsbereitschaft und der Länge des Zeitraums ihres Bestehens.

Voraussetzungen einer Kündigung von Bürgschaften und Auswirkungen auf Innenverhältnis

2. Als Dauerschuldverhältnis kann die Bürgschaft gemäß § 314 BGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes immer außerordentlich gekündigt werden, unabhängig davon, ob der Bürgschaftsvertrag oder die gesicherte Hauptforderung gegenständlich oder zeitlich beschränkt sind. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Bürgen das Festhalten am Bürgschaftsvertrag unzumutbar ist. In der Rechtsprechung und Rechtslehre haben sich hierzu Fallgruppen herausgebildet. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist die außerordentliche Kündigung einer Bürgschaft ohne Einhaltung einer Wartefrist jederzeit möglich.
3. Änderungen in der persönlichen Beziehung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner führen häufig dazu, dass dem Bürgen im Bürgschaftsverhältnis nicht mehr zugemutet werden kann, an seiner ursprünglich zugesagten Leistungsbereitschaft für die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners festzuhalten. Letztlich hängen fast alle anerkannten wichtigen Gründe für die außerordentliche Bürgschaftskündigung mit Änderungen in der Beziehung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner zusammen. Auch wenn sich Pauschalisierungen verbieten, führen dieselben Umstände, die den Bürgen im Bürgschaftsverhältnis zur Kündigung berechtigen, häufig auch dazu, dass ihm das Festhalten am bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis nicht mehr zugemutet werden kann. Es besteht in beiden Vertragsverhältnissen häufig eine Parallelität der Kündigungsgründe.
4. Das Recht zur ordentlichen Kündigung eines Bürgschaftsvertrages ist dem Bürgen immer eröffnet, wenn die Bürgschaft und die gesicherte Hauptforderung keinen definierten Endpunkt haben und somit potentiell ewig laufen. Eine ordentliche Kündigung befristeter Bürgschaften oder von Bürgschaften, die befristete Verbindlichkeiten des Hauptschuldners sichern, ist ohne eine entsprechende vertragliche Regelung hingegen regelmäßig nicht

- möglich. Die Vereinbarung einer weiten Sicherungsabrede führt auch bei einer zeitlich und/oder gegenständlich beschränkten Anlassverbindlichkeit dazu, dass die Bürgschaft für den Bürgen insgesamt eine zeitlich und gegenständlich unbegrenzte Verpflichtung begründet. Die ordentliche Bürgschaftskündigung ist – ohne Einhaltung einer Wartefrist – voraussetzungslos möglich. Ein Kündigungsaußchluss kann für eine gewisse Dauer individuellervertraglich vereinbart werden und im Einzelfall auch ohne ausdrückliche Regelung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung als vereinbart anzusehen sein.
5. Hinsichtlich der ordentlichen Kündigung besteht nicht dasselbe Maß an Parallelität zwischen dem Bürgschaftsverhältnis und dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis, wie dies bei der außerordentlichen Kündigung der Fall ist. Insbesondere die ordentliche Bürgschaftskündigung selbst stellt nicht ohne Weiteres einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung dar. Die für eine ergänzende Vertragsauslegung erforderliche Interessenabwägung wird regelmäßig ergeben, dass ein redlicher Bürge sich im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis auf einen Kündigungsaußchluss für einen gewissen Zeitraum hätte einlassen müssen. Die exakte Dauer des Kündigungsaußlusses bemisst sich anhand der Umstände des Einzelfalls. Es ist daher durchaus möglich, dass eine ordentliche Kündigung des Bürgschaftsvertrages zu einem Zeitpunkt möglich ist, zu dem die ordentliche Kündigung des bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnisses noch nicht möglich ist. In einer solchen Konstellation könnte ein Bürge sich durch eine vorzeitige Kündigung des Bürgschaftsvertrages gegenüber dem Hauptschuldner schadensersatzpflichtig machen.

Wirksamkeitszeitpunkt einer Kündigung von Bürgschaften

6. Die außerordentliche Kündigung einer Bürgschaft wirkt immer fristlos. Das Sicherungsinteresse des Bürgschaftsgläubigers erfordert bei Vorliegen eines wichtigen Grundes keine Einhaltung etwaiger Kündigungs- oder Wartefristen, sondern ist vielmehr bei

der Interessenabwägung im Rahmen der Prüfung der Kündigungs voraussetzungen zu berücksichtigen.

7. Bei der ordentlichen Kündigung einer Bürgschaft bemisst sich die einzu haltende Kündigungsfrist nach der Art der gesicherten Hauptforderung und ist daran zu orientieren, wie lange der Bürgschaftsgläubiger brauchen würde, um sich gegebenenfalls von seinem Vertragsverhältnis zum Hauptschuldner zu lösen.

Rechtsfolgen einer Kündigung von Bürgschaften

8. Die Kündigung einer Bürgschaft beendet die Leistungsbereitschaft des Bürgen *ex nunc*. Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, die nach Wirksamwerden der Kündigung entstehen, sind von der Leistungsbereitschaft des Bürgen nicht mehr umfasst. Die Einstandspflichten des Bürgen entstehen zeitgleich mit den korrespondierenden gesicherten Verbindlichkeiten. Geprägt durch die Terminologie der relevanten Grundsatzentscheidungen des *Bundesgerichtshofes* zur Bürgschaftskündigung stellt die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Rechtslehre bei der Bestimmung der nach Kündigung der Bürgschaft weiterbestehenden Einstandspflichten unscharf auf deren Begründung und nicht auf deren Entstehung ab. Die zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung begründeten Verbindlichkeiten des Hauptschuldners sind aber noch nicht entstanden und können daher auch nicht Bezugspunkt für Einstandspflichten des Bürgen sein. Maßgeblich für die Bestimmung der nach Kündigung der Bürgschaft weiterbestehenden Einstandspflichten ist daher der Entstehungszeitpunkt.
9. Zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung lediglich begründete Verbindlichkeiten des Hauptschuldners sind nur dann noch von der durch Kündigung zum Entstehungszeitpunkt bereits beendeten Leistungsbereitschaft des Bürgen erfasst, wenn dies ausdrücklich oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zwischen den Bürgschaftsparteien vereinbart war. Ohne konkrete Anhaltspunkte ist eine Einstandspflicht für zukünftig noch entstehende Ansprüche im Zweifel nicht gewollt.

Rechtsfolgen einer Kündigung von Kontokorrentbürgschaften

10. Eine Kontokorrentsaldobürgschaft sichert immer den jeweils aktuellen Rechnungsabschlusssaldo eines Kontokorrentdarlehens. Nach einer Kündigung besteht die Kontokorrentsaldobürgschaft nicht als Höchstbetragsbürgschaft für zukünftige Saldoforderungen fort; in zukünftigen Kontokorrentperioden bleiben die zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung von den Einstandspflichten des Bürgen umfassten Kontokorrenteinzelforderungen durch Kontokorrentforderungsbürgschaften besichert. Das bedeutet, dass die nach der Kündigung fortbestehende Einstandspflicht des Bürgen die kausale oder abstrakte Kontokorrentsaldoforderung der letzten Kontokorrentperiode umfasst, die in die neue Kontokorrentperiode vorgetragen wurde, sowie die zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung bereits entstandenen Kontokorrenteinzelverbindlichkeiten des Hauptschuldners. Diese Verbindlichkeiten sind nur insoweit von der Einstandspflicht des Bürgen umfasst, als ihnen zum Wirksamkeitszeitpunkt der Bürgschaftskündigung keine Kontokorrenteinzelforderungen des Hauptschuldners gegen den Bürgschaftsgläubiger gegenüberstanden. Bei mehreren sich gegenüberstehenden Kontokorrentverbindlichkeiten bemisst sich der Umfang der jeweiligen Besicherung der Kontokorrenteinzelverbindlichkeiten des Hauptschuldners nach § 366 Abs. 2 BGB.
11. Sowohl die gekündigte Kontokorrentsaldobürgschaft als auch eine originäre Kontokorrentforderungsbürgschaft sichern auch nach dem periodischen Rechnungsabschluss weiterhin die ursprünglich gesicherte Hauptforderung. Der Rechnungsabschluss führt nicht dazu, dass die Kontokorrentforderungsbürgschaft gemäß § 356 HGB anstatt der ursprünglichen gesicherten Hauptforderung den Kontokorrentsaldo in Höhe der ursprünglich gesicherten Forderung besichert. Eine Rückführung der Bürgschaftsverpflichtungen des Bürgen erfolgt nur insoweit, wie die gesicherten Hauptforderungen im Rahmen des Rechnungsabschlusses am Ende einer Kontokorrentperiode getilgt werden. Bei Anwendung der Tilgungsreihenfolge gemäß § 366 Abs. 2 BGB kommt es faktisch erst zu einer vollständigen Befreiung des Bürgen, wenn das

Kontokorrentverhältnis ausgeglichen wird oder ein Guthaben zu gunsten des Hauptschuldners aufweist. Insbesondere Bürgschaften für Kontokorrentverbindlichkeiten von Unternehmen, die Kreditlinien umfassen und dauerhaft debtorisch geführt werden, führen zu einer potentiell „ewigen Einstandspflicht“ des Bürgen, von der dieser sich durch eine Kündigung allein selbst nicht befreien kann.

Zeitliche Begrenzung von Gesellschafterbürgschaften bei potentiell „ewiger“ Einstandspflicht

12. Für ausgeschiedene Gesellschafter, die sich für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft verbürgt haben, ist eine potentiell „ewige Einstandspflicht“ – bei Vorliegen bestimmter Rahmenbedingungen – nicht hinnehmbar. Der Grund hierfür ist, dass Gesellschafterbürgschaften häufig zu einer sogenannten „Knebelung“ des Bürgen führen, da die durch Gesellschafterbürgschaft gesicherten Verbindlichkeiten wesentliche Teile des privaten Vermögens des Bürgen binden und dadurch dessen wirtschaftliche Entfaltung in einem Maße beschnitten wird, die zur Einbuße seiner Selbständigkeit und wirtschaftlichen Entschließungsfreiheit führt. Dies ist ohne sachliche Rechtfertigung unbillig und damit sittenwidrig. Für den Zeitraum der Gesellschaftszugehörigkeit ist eine Sittenwidrigkeit jedoch aufgrund der Vermutung, dass der Bürge die Bürgschaft aus eigenen wirtschaftlichen Interessen eingegangen ist, grundsätzlich ausgeschlossen. Das gilt auch für weitere fünf Jahre nach Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft. Die gesellschaftsrechtliche Nachhaftung ist Ausdruck des in § 160 HGB niedergelegten gesetzgeberischen Ausgleichs zwischen dem Interesse des Gesellschafters an einer zeitlichen Begrenzung seiner Haftung und dem Interesse des Gläubigers an der Haftung des Gesellschafters für eine bereits begründete Verbindlichkeit. Diese Wertung ist auf Gesellschafterbürgschaften übertragbar. Nach Ablauf des gesetzlichen Nachhaftungszeitraums leben bei Vertragsschluss bereits bestehende Bedenken gegen die Gesellschafterbürgschaft jedoch wieder auf. In einer Gesamtschau können diese Faktoren zur (teilweisen) Sittenwidrig-

- keit einer Gesellschafterbürgschaft führen. Sofern ein Gesellschafterbürg, ähnlich einem Arbeitnehmer, wesentliche Teile des Familieneinkommens im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für und Mitgliedschaft in der Hauptschuldnergesellschaft erzielt, besteht eine Vermutung dafür, dass der Gesellschafterbürg die Fortdauer der Gesellschafterbürgschaft über den Zeitraum der gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung hinaus ohne die wirtschaftliche Abhängigkeit von der Gesellschaft nicht akzeptiert hätte und diese Abhängigkeit daher vom Bürgschaftsgläubiger in anstößiger Weise ausgenutzt worden ist. Sofern keine vom Bürgschaftsgläubiger zu beweisende Sondersituation vorliegt, die das Aufrechterhalten einer knebelnden Gesellschafterbürgschaft eines wirtschaftlich von der Hauptschuldnergesellschaft abhängigen Gesellschafters für den Zeitraum nach Ablauf des 5-jährigen gesellschaftsrechtlichen Nachhaftungszeitraums rechtfertigt, ist die Gesellschafterbürgschaft für den Zeitraum nach Ablauf der 5-Jahresfrist teilnichtig gemäß § 138 Abs. 1 BGB.
13. Diese Grundsätze gelten unter bestimmten Voraussetzungen auch für Bürgschaften von Gesellschaftern oder Geschäftsführern einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie für Ehegatten von Gesellschaftern oder Geschäftsführern, die sich für Gesellschaftsverbindlichkeiten verbürgt haben.
- Rücktritt vom Bürgschaftsvertrag nur im Ausnahmefall möglich**
14. Ein Rücktritt vom Bürgschaftsvertrag ist zulässig, wenn der Hauptschuldner bereits vor Vollzug des gesicherten Schuldverhältnisses aufgrund einer Pflichtverletzung des Bürgschaftsgläubigers, die auf die Unzuverlässigkeit oder Unredlichkeit des Bürgschaftsgläubigers schließen lässt, zur außerordentlichen Kündigung oder zum Rücktritt berechtigt ist oder, wenn ein Bürgschaftsvertrag neben der Bürgschaftsverpflichtung des Bürgen auch echte Leistungspflichten des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Bürgen enthält, im Falle einer erheblichen Pflichtverletzung des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Bürgen.

Widerrufsrechte des Bürgen

15. Ein Verbraucher, der mit einem Unternehmer einen Bürgschaftsvertrag in einer Haustürsituation abschließt, kann diesen gemäß §§ 355, 312 BGB widerrufen. Noch nicht abschließend geklärt ist, ob eine Bürgschaft auch gemäß §§ 495 Abs. 1, 355 BGB nach den Grundsätzen des Verbraucherdarlehensrechts widerrufen werden kann. Eine analoge Anwendung der §§ 495 Abs. 1, 355 BGB auf die Bürgschaft ist sachgemäß, da die derzeitige Ungleichbehandlung des Schuldbeitritts und der Bürgschaft in Bezug auf die Anwendbarkeit des Widerrufsrechts nach den Grundsätzen des Verbraucherkreditrechts willkürlich ist.

Kein Anwendungsbereich für eine Störung der Geschäftsgrundlage im Bürgschaftsrecht

16. Eine parallele Anwendung des Kündigungsrechts und der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage sind im Bürgschaftsrecht abzulehnen. Die Kündigung einer Bürgschaft führt dazu, dass keine neuen Einstandspflichten des Bürgen entstehen. Bei Sittenwidrigkeit einer Bürgschaft wegen krasser finanzieller Überforderung des Bürgen sind sämtliche Verpflichtungen des Bürgen von vornherein nichtig. Neben diesen zwei mittlerweile allgemein anerkannten Rechtsinstituten ist eine Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage als Korrektiv für Einzelfallungerechtigkeiten in Bürgschaftskonstellationen nicht mehr erforderlich.

Auftragsrechtlicher Befreiungsanspruch bei beendetem Auftrag zur Bürgschaftsbestellung

17. Solange zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen ein wirksames Auftragsverhältnis oder ein anderer Vertrag besteht, aus dem der Bürge auftragsrechtliche Ansprüche herleiten kann, derogiert der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB als *lex specialis* den auftragsrechtlichen Befrei-

ungsanspruch gemäß §§ 670, 662, 257 BGB. Die Interessenlage, die den Gesetzgeber dazu bewogen hat, den bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruch als spezialgesetzliche Regelung zu schaffen, ist im Falle eines beendeten Auftrags zur Bürgschaftsbestellung jedoch nicht mehr gegeben und der bürgschaftsrechtliche Befreiungsanspruch gemäß § 775 Abs. 1 BGB in diesen Konstellationen daher nicht mehr anwendbar. Die Nichtanwendbarkeit des bürgschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs im Falle einer Beendigung des der Bürgschaft zugrunde liegenden Auftragsverhältnisses führt zu einem Aufleben des allgemeinen und voraussetzungslosen auftragsrechtlichen Befreiungsanspruchs gemäß §§ 670, 662, 257 BGB.

Möglichkeit der Beendigung des Auftrags zur Bürgschaftsbestellung durch Kündigung

18. Der Auftrag zur Bürgschaftsbestellung ist ein Dauerschuldverhältnis und kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäß § 314 BGB fristlos durch außerordentliche Kündigung beendet werden. Unter bestimmten Voraussetzungen ist nach den Grundsätzen des § 242 BGB auch eine ordentliche Kündigung zulässig.

Einschränkung der Geltendmachung von Befreiungsansprüchen aufgrund von Treuepflichten

19. Nachvertragliche Treuepflichten des Bürgen gemäß § 242 BGB führen im bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis häufig dazu, dass dieser die Befreiung von bestellten Sicherheiten nur insoweit geltend machen kann, als dies die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners nicht wesentlich übersteigt. Eine Pflicht des Bürgen als Sicherungsgeber zur Rücksichtnahme auf die Belange des Hauptschuldners besteht als nachvertragliche Nebenpflicht auch nach dem Ende des dem bürgschaftsrechtlichen Innenverhältnis zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses fort.

Relevanz des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs in Bürgschaftsverhältnissen

20. Ein ausgeschiedener Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts hat gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB einen Anspruch gegen seine Mitgesellschafter auf die Befreiung einer gemäß §§ 128, 160 HGB analog fortbestehenden persönlichen Haftung für Gesellschaftsschulden. Der Anwendungsbereich des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs wird auf solche Sicherheiten erweitert, die der ausgeschiedene Gesellschafter aus seinem Privatvermögen für die Gesellschaft bestellt hat. Ein ausgeschiedener Gesellschafter, der sich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft verbürgt hat, kann daher gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog die Befreiung von bereits entstandenen Einstandspflichten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft verlangen. Dies gilt über Verweisnormen oder in analoger Anwendung auch für Gesellschafter anderer Gesellschaftstypen, insbesondere von Gesellschaften mit beschränkter Haftung.
21. Ein individualvertraglicher Ausschluss des auf die persönliche Gesellschafterhaftung bezogenen Befreiungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB umfasst den auf bestellte Sicherheiten bezogenen Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog nicht, sofern die jeweilige Vereinbarung diesen nicht ausdrücklich einbezieht oder die sonstigen Umstände des Einzelfalls eine ergänzende Vertragsauslegung gebieten.
22. Wenn der gesellschaftsrechtliche Befreiungsanspruch des Gesellschafters gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB in direkter Anwendung ausgeschlossen ist, muss auch der auf Sicherheiten bezogene Befreiungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog insoweit ausgeschlossen sein, als der ausgeschiedene Gesellschafter gemäß §§ 128, 160 HGB für die durch Bürgschaft gesicherten Verbindlichkeiten haftet. Der Ausschluss des gesellschaftsrechtlichen Befreiungsanspruchs des Gesellschafters gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog entspricht jedoch nur insoweit dem hypothetischen Parteiwillen, als eine Befreiung des ausgeschiedenen Gesellschafters den geordneten Geschäftsbetrieb der Gesellschaft gefährden würde und nur für den Zeitraum, in dem die gesellschaftsrechtliche

Nachhaftung gemäß §§ 128, 160 HGB für die gesicherte Verbindlichkeit besteht.

Die Figur des Ersatzbürgen

23. Der Bürge wird nach allgemeinen Ersatzvertragspartner-Grundsätzen von sämtlichen Bürgschaftsverpflichtungen befreit, wenn dieser dem Bürgschaftsgläubiger einen geeigneten Ersatzbürgen anbieten kann. Die Ablehnung der Vertragsfortführung mit dem Ersatzbürgen führt zu einem Rechtsverlust des Bürgschaftsgläubigers, wenn der Bürge ein berechtigtes und schutzwürdiges Interesse an der Befreiung von den bereits entstandenen Einstandspflichten hat, ein Bürgschaftsverhältnis dem Grunde nach, im Einzelnen aber abhängig von den konkreten Rahmenbedingungen, einem Austausch der Vertragspartner zugänglich ist und dem Bürgschaftsgläubiger die Fortführung des Vertragsverhältnisses mit dem angebotenen Ersatzbürgen zumutbar ist. Die Vertragsfortführung mit einem Ersatzbürgen ist für den Bürgschaftsgläubiger nur zumutbar, wenn der Ersatzbürge über eine im Hinblick auf das relevante Bürgschaftsverhältnis ausreichende Bonität verfügt und er in Bezug auf seine persönlichen Lebensumstände mit dem ursprünglichen Bürgen vergleichbar ist. Wenn und soweit die Stellung zum Hauptschuldner das prägende persönliche Merkmal für die Auswahl des Bürgen ist, muss dies auch für den angebotenen Ersatzbürgen gelten. In einem solchen Fall ist der Nachfolger des ursprünglichen Bürgen in Bezug auf dessen Stellung zum Hauptschuldner als geeigneter Ersatzbürge anzusehen.

