

4
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 766

Die Erfüllungsübernahme gegenüber einem Bürgen bedarf nicht der für die Bürgschaftserklärung vorgeschriebenen Form.

BGH, Urt. v. 19. Januar 1972 - VIII ZR 111/70 - OLG München
LG München

4

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 111/70

URTEIL

Verkündet am

19. Januar 1972
Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Heinz M [REDACTED] in B [REDACTED], B [REDACTED] -
straße [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

S [REDACTED] - und D [REDACTED] S [REDACTED], eingetragene
Genossenschaft mit beschränkter Haftung in S [REDACTED],
T [REDACTED] platz ●, vertreten durch den Vorstands-
vorsitzenden Josef J [REDACTED] und das Vorstandsmit-
glied Gerhard B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Mormann, Braxmaier und Hoffmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 20. Mai 1970 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die klagende S- und D- gewährte der S GmbH in München (im folgenden: GmbH) einen Kontokorrentkredit, für den die Gesellschafterin der GmbH Lotte K sich bis zu einem Betrag von 50 000 DM selbstschuldnerisch verbürgte. Am 11. April 1967 übernahm der Beklagte von Lotte K und ihrer Mitgesellschafterin sämtliche Stammanteile der GmbH und wurde ihr alleiniger Geschäftsführer. Lotte K. blieb Prokuristin der GmbH. Das Kontokorrentkonto bei der Klägerin wies in diesem Zeitpunkt ein geringfügiges



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

D[REDACTED] der GmbH auf. Dieses stieg bis zum 1. Juni 1967, als das Kontokorrentverhältnis endete, auf 39 062,82 DM an. Die Klägerin erwirkte gegen die GmbH einen Vollstreckungsbefehl und gegen die Bürgin ein rechtskräftiges Versäumnisurteil über 39 062,82 DM nebst Zinsen und Kosten. Ein Vollstreckungsversuch gegen die GmbH blieb ohne Erfolg. Die GmbH ist als vermögenslos im Handelsregister gelöscht.

Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe bei der Übernahme der Stammanteile der GmbH und auch später der Bürgin, die als Prokuristin der GmbH einer weiteren Inanspruchnahme des von ihr verbürgten Kredits widersprochen habe, wiederholt versprochen, er werde persönlich den Kredit bei der Klägerin abdecken und die Bürgin von einer Inanspruchnahme aus der Bürgschaft freihalten. Die Bürgin trat am 15. Januar 1968 ihre Ansprüche gegen den Beklagten an die Klägerin ab. Diese verlangt als Zessionar der Bürgin vom Beklagten die von der GmbH geschuldeten 39 062,82 DM, ferner 1 738,57 DM Kosten aus dem Vorprozeß gegen die Bürgin und 425,31 DM Kosten eines Vollstreckungsversuchs gegen die GmbH, zusammen also 41 236,60 DM nebst Zinsen.

Die Vorinstanzen haben den Beklagten verurteilt. Dieser erstrebt mit der Revision Klagabweisung. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

1. Das Berufungsgericht stellt aufgrund der Beweisaufnahme fest, der Beklagte habe sich der Bürgin gegenüber mündlich verpflichtet, für diese die Bürgschaftsverpflichtung gegenüber der Klägerin zu erfüllen. Diese "Erfüllungsübernahme" (§ 329 BGB) sei, da keine Bürgschaft, formlos gültig, im übrigen sei auch der Beklagte als Kaufmann gemäß §§ 350, 343, 344 HGB von der Formvorschrift des § 766 BGB befreit. Der Anspruch der Bürgin auf Befreiung von der Bürgschaftsschuld habe an die Klägerin als Gläubigerin der Bürgschaftsforderung abgetreten werden können und habe sich mit der Abtretung in eine Forderung auf eine Bezahlung der Hauptschuld von 39 062,82 DM und von 425,31 DM Kosten der Rechtsverfolgung gegen die GmbH (§ 767 Abs. 2 BGB) verwandelt. Die 1 738,57 DM Kosten des Vorprozesses gegen die Bürgin schulde der Beklagte als Schadensersatz, weil er gegenüber der Bürgin in Verzug geraten sei.

2. Die Revision greift die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts nicht an. Sie rügt jedoch, die (angebliche) Erfüllungsübernahme des Beklagten gegenüber der Bürgin habe derselben Form bedurft, wie die Bürgschaftsübernahme selbst (§ 766 BGB), nämlich der schriftlichen Erteilung der Verpflichtungserklärung. Die Formfreiheit für Kaufleute nach § 350 HGB gelte nicht für den Beklagten. Denn es fehle an der Feststellung, daß der Beklagte Kaufmann sei. Dies sei er weder als Alleingesellschafter der GmbH noch als deren Geschäftsführer gewesen. Er habe sich demnach der Bürgin gegenüber nicht

mündlich verpflichten können, sie von einer Inanspruchnahme aus der Bürgschaft freizuhalten.

Die Rügen bleiben ohne Erfolg.

3. a) Aus der Erfüllungsübernahme durch den Beklagten - deren Rechtswirksamkeit zunächst unterstellt - erwuchs der Bürgin gegenüber dem Beklagten ein Anspruch darauf, daß dieser sie von ihrer Bürgschaftsverpflichtung gegenüber der Klägerin befreite. Diesen Befreiungsanspruch konnte die Bürgin, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, an die Klägerin, von deren Forderung der Beklagte sie zu befreien hatte, abtreten (BGHZ 12, 136, 141 m.w.Nachw.). Während in der Person der Bürgin der Befreiungsanspruch den Inhalt hatte, daß der Beklagte die von der Bürgin geschuldete Leistung an die Klägerin zu erbringen hatte, konnte die Klägerin, nachdem sie durch die Abtretung seitens der Bürgin Inhaber des Befreiungsanspruchs geworden war, die von der Bürgin geschuldete Leistung (auch) vom Beklagten verlangen. Die Klägerin konnte demnach - bei Rechtswirksamkeit der Erfüllungsübernahme - vom Beklagten dasselbe verlangen, was sie von der Bürgin verlangen kann, nämlich daß er ihr wie ein Bürge für die Kreditschuld der GmbH, einschließlich der Kosten der Rechtsverfolgung gegen die GmbH (§ 767 Abs. 2 BGB), einsteht.

Entgegen der Ansicht der Revision rechtfertigt dies jedoch nicht die Schlußfolgerung, daß die Formvorschrift des § 766 BGB auch für die Erfüllungsübernahme gegenüber einem Bürgen gilt.

b) § 766 BGB ist nach seinem Wortlaut lediglich eine Formvorschrift für die Bürgschaftserklärung. Es wird "schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung" gefordert. Der Bürge muß also seine Verpflichtungserklärung schriftlich niederlegen und dem Gläubiger die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Urkunde verschaffen. Dem Gesetz liegt die Erwägung zugrunde, daß ein Bürge bei der Bürgschaftsübernahme sich leicht von der Überlegung leiten läßt, er werde aus der Bürgschaft schon nicht in Anspruch genommen werden, weil der Hauptschuldner selbst leisten werde, und daß er deshalb das Gewicht einer Bürgschaftsübernahme unterschätzt. Dem soll das Formerfordernis entgegenwirken, durch dessen Einhaltung der Bürge gewarnt werden soll.

Dieses Formerfordernis gilt nach dem Wortlaut des Gesetzes nur für die Bürgschaftserklärung, ob-
schon dem Gesetzgeber bekannt war, daß es mehrere Arten bürgschaftsähnlicher Verpflichtungserklärungen gibt (z.B. Kreditauftrag, Schuldbeitritt, Garantiever-sprechen), die im Ergebnis für den sich Verpflichtenden ebenso nachteilig sein können wie eine Bürgschaftserklärung. Das Gesetz stellt demnach hinsichtlich des Formerfordernisses auf den Vertragstyp und nicht darauf ab, ob im einzelnen Falle eine Warnung vor der Abgabe einer bürgschaftsähnlichen Verpflichtungserklärung als ebenso angezeigt erscheinen könnte wie bei einer Bürgschaftserklärung. Dementsprechend wird auch im Schrifttum und in der Rechtsprechung das Formerfordernis des § 766 BGB nur für die Bürgschaftserklärung und nicht für bürgschaftsähnliche Verpflichtungserklärungen

gefordert (Oertmann, 5. Aufl. § 766 Anm. 2; Planck, 5. Aufl. § 765 Anm. 11; Staudinger, 11. Aufl. § 766 Nr. 22; Soergel/Reimer Schmidt, 10. Aufl. § 766 Nr. 14). Dies findet seine Stütze nicht zuletzt darin, daß das Gesetz auch für den von ihm ausdrücklich geregelten Kreditauftrag nicht das Formerfordernis des § 766 BGB aufstellt, obwohl es nach § 778 BGB in diesem Falle den Auftraggeber ausdrücklich für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten "als Bürgen" haften läßt. Das Gesetz verlangt die Einhaltung der Bürgschaftsform also selbst dann nicht, wenn der Schuldner aufgrund Vertrages im Ergebnis "als Bürge" haftet. Maßgebend ist nach § 766 BGB vielmehr, daß er sich gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, "für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen" (§ 765 BGB).

Die Erfüllungsübernahme gegenüber einem Bürgen erfüllt diese Voraussetzung nicht. Sie ist schon deshalb keine Bürgschaft, weil sie keine Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, sondern gegenüber dem Bürgen begründet. Auch durch die Abtretung des Anspruchs aus einer Erfüllungsübernahme für eine Bürgschaft wird dieser in der Person des Gläubigers nicht ein Anspruch aus einer Bürgschaft. Es kommt hinzu, daß ein im Zeitpunkt der Erfüllungsübernahme noch ungewisser Umstand - die spätere Abtretung - nicht dafür maßgebend sein kann, ob die Erfüllungsübernahme formbedürftig ist oder nicht. Das kann vielmehr nur von Umständen abhängen, die im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung vorhanden sind. Denn die Frage, ob ein Rechtsgeschäft einer bestimmten Form bedarf,

muß im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts beantwortet werden können.

c) Allerdings kann die Erfüllungsübernahme gegenüber einem Bürgen mit einer Bürgschaft gegenüber dem Bürgen verbunden sein. Das trifft insbesondere auf die Rückbürgschaft zu. Durch eine Rückbürgschaft verbürgt sich der Rückbürge gegenüber dem Bürgen für den Rückgriffsanspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner. Eine solche Rückbürgschaft hat jedoch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Beklagte gegenüber der Bürgin nicht übernommen. Eine Rückbürgschaft hätte die Verpflichtung des Beklagten zum Inhalt haben müssen, dafür einzustehen, daß die GmbH als Hauptschuldnerin, nachdem die Bürgin deren Schuld bei der Klägerin bezahlt hatte, ihrerseits die Bürgin schadlos hielt. Der Beklagte hat aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Bürgin versprochen (vgl. Aussage K. [REDACTED] GA Bl. 48), daß er ihr persönlich für den Ausgleich des Kreditkontos der GmbH bei der Klägerin haften wolle. Das enthielt die Verpflichtung des Beklagten, die Bürgin überhaupt von jeder Inanspruchnahme aus der Bürgschaft freizuhalten, und nicht erst, wie es bei einer Rückbürgschaft der Fall gewesen wäre, dafür einzustehen, daß die GmbH die Bürgin nach deren Inanspruchnahme wegen ihrer Rückgriffsforderung gegen die GmbH befriedigte. Diese weitergehende Verpflichtung des Beklagten entsprach der Interessenlage. Der Beklagte war, als er sich gegenüber der Bürgin verpflichtete, als Alleingesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der GmbH wirtschaftlich mit dieser identisch. Deshalb hatte er ein eigenes unmittelbares Interesse an der

Aufrechterhaltung des von der Bürgin verbürgten Kontokorrentkredits bei der Klägerin. Das rechtfertigt es, seine Verpflichtungserklärungen gegenüber der Bürgin nicht als eine Rückbürgschaft für die Rückgriffsschuld der GmbH auszulegen, sondern als eine selbständige Verpflichtung des Beklagten gegenüber der Bürgin, sie von jeder Inanspruchnahme aus der Bürgschaft freizuhalten.

Das Berufungsgericht hat deshalb zu Recht angenommen, daß hier nicht eine Bürgschaft, sondern eine Erfüllungsübernahme des Beklagten vorlag, die der Form des § 766 BGB nicht bedurfte. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der Beklagte Kaufmann war, der nach § 350 HGB im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Bürgschaft hätte formfrei übernehmen können.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Mormann

Braxmaier

Hoffmann