

# NEUES ZUR BÜRGSCHAFT

von Rechtsanwalt Dr. Claudius Arnold  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

## I. Verjährung

Der Bürgschaftsanspruch verjährt in drei Jahren (§ 195 BGB). Die Verjährungsfrist beginnt am 31.12. des Jahres, in dem der Anspruch aus der Bürgschaft fällig wird und der Gläubiger sowohl von den anspruchsbegründenden Umständen als auch von der Person des Bürgen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 BGB). Der Anspruch aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft wird gleichzeitig mit der gesicherten Hauptforderung fällig, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben.<sup>1</sup> Die Fälligkeit des Anspruchs aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft setzt also nicht voraus, dass der Gläubiger den Bürgen in Anspruch nimmt.

### *Beispiel:*

B hat sich selbstschuldnerisch für den Betriebsmittelkredit der S-GmbH beim Kreditinstitut K verbürgt. K kündigt den Kredit am 01.05.2005 fristlos. Damit werden sowohl der Kredit als auch die Bürgschaft fällig, ohne dass K den B aus der Bürgschaft in Anspruch zu nehmen braucht. Sowohl die Bürgschaftsansprüche als auch der Kreditrückzahlungsanspruch verjähren somit am 31.12.2008. Ob K den B mündlich oder schriftlich in Anspruch nimmt, spielt für die Verjährung keine Rolle.

Wenn K rechtzeitig vor dem 01.01.2009 zwar die Verjährung des Bürgschaftsanspruchs hemmt, nicht aber auch die Verjährung der Darlehensrückforderung, kann sich der Bürge nach dem 31.12.2008 darauf berufen, dass die verbürgte Kreditrückforderung verjährt sei. Die Bank muss daher stets sowohl die Verjährung des Kreditrückzahlungsanspruchs als auch die Verjährung des Bürgschaftsanspruchs im Auge behalten.

---

<sup>1</sup> Urteil des BGH vom 29.01.2008, XI ZR 160/07.

## II.

### Umfang der Bürgschaft nach § 7 Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV)

Eine Vorauszahlungsbürgschaft der Bank nach § 7 Abs. 1 MaBV soll sicherstellen, dass der Erwerber beim Scheitern oder einer nicht vollständigen oder nicht ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung seine nicht durch entsprechende Leistungen und damit Vergütungsansprüche des Bauträgers verbrauchte Vorauszahlung zurückerhält.<sup>2</sup> Sie fangen Störungen des Gleichgewichts zwischen den Vorauszahlungen des Erwerbs und den Leistungen des Bauträgers umfassend auf und sichern das entsprechende Vorauszahlungsrisiko.<sup>3</sup>

Die Bürgschaft nach § 7 MaBV sichert nicht nur Gewährleistungsansprüche nach §§ 633 ff. BGB wegen Baumängeln und Rückgewähransprüche nach einem Rücktritt vom Vertrag gemäß § 326 BGB, sondern auch Rückzahlungsansprüche des Erwerbers nach einvernehmlicher Aufhebung oder bei Nichtigkeit des Bauträgervertrages.<sup>4</sup> Dabei setzt der Anspruch aus der Bürgschaft gemäß § 7 MaBV nicht voraus, dass der Bauträger die Nichtdurchführung des Bauvorhabens verschuldet oder zu vertreten hat. Selbst wenn die Aufhebung oder die Nichtigkeit des Bauträgervertrages, die einen bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch des Erwerbers zur Folge hat, auf Gründen beruht, die in der Sphäre des Erwerbers liegen oder von ihm zu vertreten sind, hindert dies die Inanspruchnahme des Bürgen grundsätzlich nicht. Auch in diesem Fall soll dem Erwerber das Insolvenzrisiko des Bauträgers durch die Bürgschaft gemäß § 7 MaBV abgenommen werden.<sup>5</sup> Nur wenn Erwerber und Bauträger den Bürgschaftsfall einvernehmlich bewusst zum Nachteil des Bürgen herbeiführen, kommt eine Einschränkung der Bürgenhaftung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) in Betracht.<sup>6</sup>

Wenn ein Bauträgervertrag nichtig ist, weil bei der nötigen Beurkundung nur einer der beiden Vertragspartner anwesend war, und der Erwerber in Unkenntnis der Nichtigkeit die Werklohnraten an den Bauträger bezahlt, kann der Erwerber die Zahlungen nach § 812 Abs. 1 BGB als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern. Die Bürgschaft nach § 7 MaBV sichert auch diesen Rückzahlungsanspruch.<sup>7</sup> Ob die Parteien des Bauträgervertrages die Nichtigkeit verschuldet haben, spielt keine Rolle.

---

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 19.07.2001, IX ZR 149/00.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 12.04.2007, VII ZR 50/06.

<sup>4</sup> BGHZ 162, 378, 383.

<sup>5</sup> BGHZ 162, 378, 383.

<sup>6</sup> BGHZ 162, 378, 383.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 29.01.2008, XI ZR 160/07.

### **III. Widerruflichkeit nach § 1 Haustürgeschäfte-Widerrufsgesetz (jetzt § 312 BGB)**

Eine Bürgschaftserklärung, die der Verbraucher nicht an seinem eigenen Arbeitsplatz, sondern am Arbeitsplatz des Hauptschuldners abgibt, ist nicht gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG (§ 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB) widerruflich, unabhängig davon, ob der Verbraucher überrumpelt wurde oder nicht. Die Widerrufs-Vorschriften schützen den Verbraucher nicht vor jeglicher Überrumpelung. Vielmehr muss der Verbraucher sich zusätzlich in einer „Befangenheitssituation“ befinden, wie sie in der eigenen Wohnung oder am eigenen Arbeitsplatz besteht, da der Verbraucher sich den Vertragsverhandlungen in der eigenen Wohnung oder am eigenen Arbeitsplatz nicht durch Verlassen des Raumes entziehen kann, anders als bei Verhandlungen in fremden Räumen.<sup>8</sup>

### **IV. Sicherung des Rückgriffsanspruchs des Bürgen**

Der BGH hatte im Urteil vom 13.03.2008<sup>9</sup> über folgenden Sachverhalt zu befinden:

Ein Kautionsversicherer übernahm gegen Prämienzahlung Bürgschaften gegenüber den Gläubigern einer GmbH. Zur Sicherung der Ansprüche aus dem Kautionsversicherungsvertrag trat die GmbH dem Versicherer Ansprüche aus einem Festgeldkonto ab. Am 13.03.2001 wurde über das Vermögen der GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter zog die Festgeldguthaben ein. Am 29.01.2002 zahlte der Versicherer aufgrund einer am 14.10.1999 übernommenen Bürgschaft 41.000,00 € an einen Gläubiger der GmbH. Der Versicherer verlangte nun vom Insolvenzverwalter abgesonderte Befriedigung aus dem Festgeldguthaben und bekam beim BGH Recht.

Mit Zahlung von 41.000,00 € ging im Insolvenzverfahren der verbürgte Anspruch des Gläubigers gegen die GmbH auf den Kautionsversicherer über. Der verbürgte Anspruch stand dem Kautionsversicherer aber schon vor Insolvenzverfahrenseröffnung aufschiebend bedingt zu, nämlich unter der Bedingung, dass der Kautionsversicherer aus der Bürgschaft in Anspruch genommen wird. Bedingt begründete Rechte werden im Insolvenzfall als bereits bestehend behandelt<sup>10</sup>, auch wenn die Bedingung

---

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 27.02.2007, XI ZR 195/05.

<sup>9</sup> IX ZR 14/07.

<sup>10</sup> BGHZ 155, 87, 92.

– wie hier – erst nach Insolvenzeröffnung eintritt.<sup>11</sup> Entscheidend ist, ob das Recht aus dem Vermögen des Schuldners bereits zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung ausgeschieden war, so dass für ihn keine Möglichkeit mehr bestand, es aufgrund alleiniger Entscheidung wieder zurückzuerlangen.<sup>12</sup>

So war es hier. Der Schuldner konnte den Übergang der verbürgten Forderung auf den Kautionsversicherer nicht mehr verhindern. Mit der Bestellung der Sicherheit durch ihn und der Erteilung der Bürgschaft durch den Versicherer war der Rechtsboden für die gesicherte Forderung begründet.<sup>13</sup>

Nicht anders verhält es sich mit dem aus dem Bürgschaftsauftrag folgenden Aufwendersersatzanspruch des Versicherers nach §§ 675, 670 BGB.<sup>14</sup>

Dieselben Grundsätze müssen dann aber meines Erachtens für die Ansprüche der Bank aus einem Avalkreditvertrag gelten. Der Avalkreditvertrag ist – ungeachtet seiner Bezeichnung – ebenfalls ein Geschäftsbesorgungsvertrag, weil die Bank sich darin verpflichtet, gegen Zahlung einer „Avalprovision“ Bürgschaften gegenüber den Gläubigern ihres Kunden bis zu einem bestimmten Höchstbetrag zu übernehmen. Die hierfür bestellten Sicherheiten sind insolvenzfest, auch wenn der Bürgschaftsfall erst nach Insolvenzverfahrenseröffnung eintritt.

## V.

### **Bürgschaft für kapitalersetzendes Gesellschafter-Darlehen**

In der Krise darf die GmbH ein Darlehen ihres Gesellschafters nicht zurückzahlen (§ 30 GmbHG). Solange die Krise anhält, ersetzt die Valuta das fehlende Eigenkapital.

Wer sich für ein derartiges Gesellschafterdarlehen verbürgt hat, kann sich trotz der Vorschrift des § 768 BGB nicht ohne weiteres darauf berufen, dass der Rückzahlungsanspruch des Gesellschafters gegen die GmbH nicht durchsetzbar sei. Zwar darf der Bürge grundsätzlich dieselben Einreden geltend machen wie der Hauptschuldner. Die Akzessorietät findet ihre Grenzen jedoch in der Sicherungsabrede der Parteien. Erfasst der ausdrücklich oder schlüssig vereinbarte Sicherungszweck den Fall, dass die schuldende Gesellschaft in eine Krise gerät, so kann sich der für ein Gesellschafterdarlehen haftende Bürge nicht auf die Rückzahlungssperre nach § 30 GmbHG berufen, da sich dabei gerade das mit der Bürgschaft gesicherte Risiko

---

<sup>11</sup> BGHZ 70, 75, 77.

<sup>12</sup> BGHZ 135, 140, 145.

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 13.03.2008, IX ZR 14/07, bei Tz. 11.

<sup>14</sup> BGH a. a. O. bei Tz. 13.

verwirklicht.<sup>15</sup> Anders verhält es sich in der Regel, wenn der Darlehensgeber bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages noch nicht Gesellschafter der GmbH ist oder der Bürge die Gesellschafterstellung des Darlehensgebers nicht kennt. Entlastet wird der Bürge dann aber nur von dem spezifischen Risiko, das gerade mit der Einordnung der Hauptschuld als kapitalersetzendes Darlehen verbunden ist. Wird die Gesellschaft als Hauptschuldnerin vermögenslos und erfüllt deswegen allgemein ihre Verbindlichkeiten nicht, so ist dieser Sicherungsfall von der Bürgschaft erfasst, ohne dass es auf die Gesellschafterstellung des Gläubigers oder auf die Kenntnis des Bürgen hiervon ankäme.<sup>16</sup>

Wenn also die GmbH jahrelang wegen erheblicher Überschuldung insolvenzreif ist und ihre Verbindlichkeiten auch nicht teilweise erfüllen kann, verwirklicht sich in der Bürgenhaftung nicht das besondere Risiko des Kapitalersatzes eines Gesellschafterdarlehens, sondern das allgemeine Bürgenrisiko einer Vermögenslosigkeit des Hauptschuldners. Dieses Risiko hat ein Bürge, der ohne sein Wissen für ein als Eigenkapital anzusehendes Gesellschafterdarlehen bürgt, ebenso wie alle Bürgen zu tragen, die allgemein für Verbindlichkeiten der Gesellschaft einzustehen haben.<sup>17</sup>

16.07.2008

BLAICH & PARTNER Rechtsanwälte & Notar  
Dr. Claudius Arnold  
Danneckerstraße 58  
70182 Stuttgart

Tel.: +49 (0) 711 / 24 44 41-14  
Fax: +49 (0) 711 / 24 44 41-18

E-Mail: [arnold@blaichundpartner.com](mailto:arnold@blaichundpartner.com)  
<http://www.blaichundpartner.com>

---

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 10.06.2008, XI ZR 331/07 mit weiteren Nachweisen.

<sup>16</sup> BGH, a. a. O. bei Tz. 24.

<sup>17</sup> BGH, a. a. O. bei Tz. 25.