

§§ 401, 412, § 426 Abs. 1 u. 2, § 769, § 774 Abs. 1 u. 2 BGB

Der Ausfallbürge hat einen Regressanspruch gegen den Regelbürgen analog §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB

BGH, Urt. v. 20.03.2012 – XI ZR 234/11

Fall

Die Sparkasse D. (im Folgenden: Sparkasse) gewährte der Ehefrau des Beklagten (Hauptschuldnerin) gemäß Vertrag vom 20.12.1979 ein Existenzgründungs-Darlehen über 105.000 DM, für das der Beklagte sich selbstschuldnerisch verbürgte. Das Vertragsformular enthielt eine Klausel, nach der der Bürge auch auf die Einreden aus § 768 BGB und § 770 BGB verzichtet.

Als weitere Sicherung der Hauptschuld übernahm die Klägerin, die als Selbsthilfeeinrichtung der hessischen Wirtschaft Ausfallbürgschaften für Kredite gewährt, die nach bankmäßigen Grundsätzen nicht gesichert werden können, eine Ausfallbürgschaft bis zum Höchstbetrag von 80.000 DM. Im Jahre 1981 kündigte die Sparkasse den Darlehensvertrag mit der Hauptschuldnerin wegen Zahlungsrückstands und nahm die Klägerin aus der Ausfallbürgschaft in Anspruch. Von einer Inanspruchnahme des Beklagten aus dessen selbstschuldnerischer Bürgschaft sah die Sparkasse seinerzeit ab, weil die Eheleute in der Liste der Insolvenzen und Schuldnerverzeichnisse 12/81 aufgeführt seien. Die Klägerin überwies der Sparkasse einen Betrag von 78.000 DM als Abschlagszahlung auf den voraussichtlich eintretenden Kreditausfall. Mit an die Sparkasse gerichtetem Schreiben vom 16.07.1982 bezifferte sie den endgültigen Kreditausfall mit 77.425,89 DM.

Mit der bereits am 21.10.2002 erhobenen Klage nimmt die Klägerin den Beklagten „aus der von ihm übernommenen selbstschuldnerischen Bürgschaft“ in Anspruch und verlangt Zahlung von 30.763,16 €. Der Beklagte beruft sich auf die Verjährung der Hauptforderung. Hat die Klägerin einen durchsetzbaren Zahlungsanspruch gegen den Beklagten?

Entscheidung

I. Da sowohl die Klägerin als auch der Beklagte Bürgen sind, kommt ein Anspruch aus Mitbürgschaft gemäß **§§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB** in Betracht.

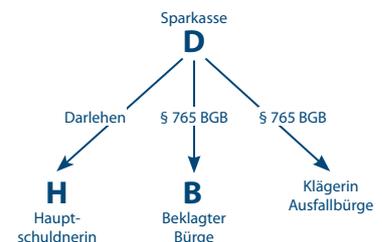
Die Klägerin und der Beklagte müssten Mitbürgen sein. Mitbürgen haften gemäß § 769 BGB als Gesamtschuldner. Wie die Gesamtschuld setzt auch die Mitbürgschaft voraus, dass die Beteiligten **gleichstufig** haften. Gleichstufigkeit ist nur gegeben, wenn nicht einer der Beteiligten vorrangig haftet und Andere nachrangig. Der Ausfallbürge haftet aber nur subsidiär und nicht gleichstufig mit dem Regelbürgen.

„[21] b) Allerdings setzt der bereits mit Begründung der Gesamtschuld entstehende (...) Anspruch auf internen Verlustausgleich zwischen mehreren Bürgen deren Stellung als Mitbürgen voraus. Ausfallbürge und Regelbürge sind jedoch nach einheitlicher Auffassung in Rechtsprechung (...) keine Mitbürgen im Sinne von § 769 BGB.

[22] Bei einer Ausfallbürgschaft hat der **Ausfallbürge dem Gläubiger im Regelfall von vornherein nur für den Fehlbetrag einzustehen, mit dem der Gläubiger bei der Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen des Haupt-**

Leitsatz

Befriedigt der im Verhältnis zum Regelbürgen nur subsidiär haftende Ausfallbürge den Gläubiger der Hauptforderung, so steht ihm ein interner Ausgleichsanspruch gegen den Regelbürgen zu, der selbstständig neben die kraft Gesetzes mit der Hauptforderung auf den Ausfallbürgen übergehende Bürgschaftsforderung gegen den Regelbürgen tritt.



Es ist besser Ansprüche aus einer eventuellen Mitbürgschaft zuerst zu prüfen, weil der später zu prüfende Anspruchsübergang aus § 774 Abs. 1 S. 1 BGB bei einer Mitbürgschaft nicht eingreift. Bei einer Mitbürgschaft geht der Anspruch gemäß §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 2 BGB über.

Vor dem gesetzlichen Anspruchsübergang sollte der eigenständige Ausgleichsanspruch geprüft werden. Damit sind §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB die erste Anspruchsgrundlage.

schuldners und der Verwertung etwaiger anderer Sicherheiten trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt endgültig ausfällt (...). Im Gegensatz zur gewöhnlichen Bürgschaft ist der Ausfallbürge daher nicht auf die Einrede der Vorausklage angewiesen (...). **Seine Haftung ist vielmehr schon wesensmäßig subsidiär** (...) und stellt im Allgemeinen das Gegenteil der selbstschuldnerischen Bürgschaft dar (...). Dass im Streitfall eine – grundsätzlich mögliche (...) – Vereinbarung über einen vom Regelfall abweichenden Umfang der Ausfallhaftung der Klägerin getroffen wurde, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

[23] Mit Rücksicht auf die bloß subsidiäre Haftung des Ausfallbürgen fehlt es deshalb an dem für die Gesamtschuld konstitutiven (...) Merkmal der Gleichstufigkeit seiner Eintrittspflicht mit derjenigen des Regelbürgen.“

Da keine gleichstufige Haftung besteht, sind die Klägerin als Ausfallbürge und der Beklagte als Regelbürge keine Mitbürgen. Es besteht kein Anspruch aus einer direkten Anwendung der §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB.

II. Ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten kann sich aus **§§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401, 765 Abs. 1 BGB** ergeben.

1. Da der Ausfallbürge und der Regelbürge keine Mitbürgen sind, geht bei Zahlung der Anspruch des Hauptschuldners gemäß § 774 Abs. 1 S. 1 BGB und nicht gemäß §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 2 BGB auf den Zahlenden über.

2. Gemäß §§ 412, 401 BGB erwirbt der zahlende Ausfallbürge auch die Bürgschaftsforderung gegen den Regelbürgen.

„[15] a) Bestehen – wie hier – zur Sicherung der Hauptforderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner sowohl eine selbstschuldnerische (Regel-) Bürgschaft als auch eine Ausfallbürgschaft und befriedigt der Ausfallbürge den Gläubiger, so erwirbt er nach § 774 Abs. 1, §§ 412, 401 BGB mit der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner als Nebenrecht die (Bürgschafts-) Forderung des Gläubigers gegen den Regelbürgen (...) ...“

3. Der Beklagte hat sich auf die Verjährung der Hauptforderung berufen. Gemäß **§ 768 Abs. 1 S. 1 BGB** kann der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Zu diesen Einreden gehört auch die Verjährung der Hauptforderung.

a) Gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 1 EGBGB gelten die §§ 194 ff. BGB auch für Altforderungen. Darlehensforderungen verjährten nach früherem Recht in der damaligen Regelverjährung von 30 Jahren. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Schuldrechtsreform war die Hauptforderung daher noch nicht verjährt. Nach Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 EGBGB begann die Verjährung am 01.01. 2002. Die Verjährung der Hauptschuld ist auch nicht durch die von der Klägerin am 21.10.2002 erhobene Klage unterbrochen worden. Die Klage aus der Bürgschaft unterbricht die Verjährung der Hauptschuld nicht. Die auf die Klägerin übergegangene Hauptforderung ist daher gemäß §§ 195, 199 BGB mit Ablauf des 31.12.2004 verjährt.

„[15] ... Gegenüber seiner auf diesen Forderungsübergang gestützten Inanspruchnahme aus der Bürgschaftsforderung kann sich der Regelbürge freilich, auch wenn ihm – wie im Streitfall – die Einrede der Vorausklage nicht zusteht, gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Verjährung der Hauptforderung berufen; insofern kann im Verhältnis des Regel- zum Ausfallbürgen nichts anderes gelten als in der Beziehung des Regelbürgen zum Gläubiger der Hauptforderung (...)“

b) In dem Vertrag der Sparkasse mit dem Hauptschuldner ist die Berufung auf die Einreden aus § 768 BGB und § 770 BGB ausgeschlossen. Der formularmäßige Ausschluss sämtlicher Einreden des Bürgen kann gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sein.

Wenn man die Aufbauregel der Prüfung des eigenen Anspruchs vor dem übergegangenen Anspruch konsequent anwendet, müsste man hier direkt die analoge Anwendung der §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB prüfen. Das wäre auch kein Fehler, weil die Regelungslücke gerade in dem Fehlen eines **eigenen** Anspruchs besteht.

Die Regelungslücke zeigt sich aber noch deutlicher, wenn man die Schwäche (Verjährung der Hauptforderung) des übergegangenen Anspruch aufzeigt.

Ein wesentliches Merkmal der Akzessorietät der Bürgenhaftung ist es, dass der Bürge sich auf Einwendungen und Einreden gegen die Hauptschuld berufen kann. Von diesem gesetzlichen Leitbild weicht die Formularklausel erheblich ab. Der vollständige Ausschluss der Einreden gegen die Hauptschuld beeinträchtigt den Bürgen unangemessen. Die Klausel ist gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

„[17] Zwar enthält der vom Beklagten als Bürge mit unterzeichnete Darlehensvertrag zwischen der Sparkasse und der Hauptschuldnerin vom 20. Dezember 1979 hinsichtlich der Bürgenhaftung eine formularmäßige Ausschlussklausel, wonach der Bürge auf die Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit gemäß § 770 BGB sowie auf die Einrede der Verjährung der Hauptschuld verzichtet und auf die sonstigen Einreden nach § 768 BGB insoweit verzichtet wird, als sie nicht unbestritten oder nicht rechtskräftig festgestellt sind.

[18] Hierauf kommt es aber im Ergebnis nicht an. Denn ein derart weitgehender klauselmäßiger Ausschluss des § 768 BGB durchbricht den Akzessorietätsgrundsatz, wonach die Bürgenschaft vom jeweiligen Bestand der Hauptschuld abhängig ist, und den damit verbundenen Bürgenschutz so nachhaltig, dass er einem umfassenden Ausschluss gleichkommt. Eine solche Allgemeine Geschäftsbedingung ist daher gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG) unwirksam (...).“

Die auf die Klägerin übergegangene Hauptforderung ist verjährt. Der Beklagte kann sich gemäß § 768 Abs. 1 S. 1 BGB auf die Verjährung berufen. Der Klägerin steht kein durchsetzbarer Anspruch aus §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401, 765 Abs. 1 BGB zu.

III. Der Klägerin kann gegen den Beklagten ein Anspruch aus einer analogen Anwendung der §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB zustehen.

1. Dann müsste eine Regelungslücke, d.h. eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes vorliegen.

a) Gegen eine Regelungslücke könnte der in §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB geregelte Übergang der Hauptforderung und Nebenrechte sprechen. Eine gesetzlicher Forderungsübergang hat im Regress aber regelmäßig nur die Funktion einen eigenständigen Ausgleichsanspruch dadurch zu verstärken, dass er gemäß §§ 412, 401 BGB etwaige Sicherungsrechte mit übergehen lässt. Neben der gemäß § 774 Abs. 1 S. 1 BGB übergegangenen Forderung steht dem Bürgen regelmäßig ein Ausgleichsanspruch aus dem Innenverhältnis mit dem Hauptschuldner zu (Palandt/Sprau, 71. Aufl. 2012, § 774 Rdnr. 1). Im Gesamtschuldnerausgleich treten die gemäß § 426 Abs. 2 BGB übergegangenen Ansprüchen neben einen eigenen Ausgleichsanspruch des Gesamtschuldners aus § 426 Abs. 1 BGB. Dass der Ausfallbürge nach der gesetzlichen Regelung **keinen eigenen Ausgleichsanspruch** gegen den Regelbürgen hat, ist eine planwidrige Regelungslücke, weil der Ausfallbürge als subsidiär haftender danach schlechter steht als ein gleichstufig haftender Mitbürge.

2. Diese Regelungslücke ist dadurch zu schließen, dass dem Ausfallbürgen nach Inanspruchnahme ein eigener Ausgleichsanspruch in entsprechender Anwendung der §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB zusteht.

„[24] c) Die im Verhältnis zum Regelbürgen bestehende Subsidiarität der Eintrittspflicht des Ausfallbürgen schließt gleichwohl einen internen Ausgleichsanspruch des Ausfall- gegenüber dem Regelbürgen entsprechend der Rechtslage unter Mitbürgen nicht aus. Im Gegenteil gebietet sie sogar die Zuerkennung eines solchen Anspruchs in entsprechender Anwendung von § 774 Abs. 2, § 426 Abs. 1 BGB. Denn andernfalls würde die bei der Ausfallbürgenschaft beabsichtigte Privilegierung des Ausfallbürgen geradezu in ihr Gegenteil verkehrt und der Ausfallbürge eben wegen dieser Privilegierung im Ergebnis deutlich schlechter als ein Regelbürge be-

handelt, obwohl er aufgrund seiner bloß subsidiären Haftung besonderen Schutz genießen soll.[25] aa) Die Vereinbarung einer Ausfallbürgschaft verstärkt, wie vorstehend unter b) dargestellt, lediglich die in § 771 BGB bereits angelegte Subsidiarität der Bürgenhaftung. Die Ausfallbürgschaft soll nicht den Regelbürgen, der für den dem Hauptschuldner gewährten Kredit ohnehin stets einzustehen hat, begünstigen, sondern vielmehr den Kreditgeber gegen das Risiko der Leistungsunfähigkeit des vorrangig haftenden Regelbürgen absichern. Wollte man angesichts dessen dem Ausfallbürgen den eigenständigen Ausgleichsanspruch entsprechend § 774 Abs. 2, § 426 Abs. 1 BGB gegen den Regelbürgen versagen, würde dies zu dem sachwidrigen Ergebnis führen, dass der – im Verhältnis zum Regelbürgen gerade privilegierte – Ausfallbürge hinsichtlich seiner Regressmöglichkeiten schlechter stünde als der Regelbürge. Während nämlich der Ausfallbürge dann insoweit ausschließlich auf die mit der Befriedigung des Gläubigers kraft Gesetzes (§ 774 Abs. 1 Satz 1 BGB) auf ihn übergehende Hauptforderung nebst den diesbezüglichen Sicherungsrechten (§§ 412, 401 BGB), insbesondere also die – ggf. Einreden und Einwendungen aus diesem Rechtsverhältnis ausgesetzte – Bürgschaftsforderung gegen den Regelbürgen zurückgreifen könnte, stünde Regelbürgen untereinander daneben noch der originäre, von dem aufgrund der Legalzession übergeleiteten Anspruch zu trennende selbständige Ausgleichsanspruch gemäß § 426 Abs. 1 BGB zur Verfügung. Sind aber mehrere Regelbürgen untereinander nach § 426 Abs. 1 BGB ausgleichspflichtig, muss das zu Gunsten des im Verhältnis zu einem Regelbürgen lediglich nachrangig haftenden Ausfallbürgen daher erst recht gelten. Dass der den Gläubiger befriedigende Ausfallbürge beim vorrangig haftenden Regelbürgen dabei nicht nur anteilig, sondern in vollem Umfang Rückgriff nehmen kann, folgt daraus, dass insoweit im Verhältnis von Regel- und Ausfallbürge wegen der vorrangigen Haftung des Ersteren im Sinne von § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB ‚ein anderes bestimmt ist‘.“

Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von 30.000 € analog §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB.

In einer Examensklausur darf man erwarten, dass die Verjährungsproblematik nicht mit dem alten Recht und den Übergangsvorschriften belastet und der Sachverhalt in die Zeit nach dem 01.01.2002 verlegt wird. Wahrscheinlich würde auch im Sachverhalt dargestellt, für welches Risiko sich die Klägerin verbürgt hat – damit wäre klargestellt, was eine Ausfallbürgschaft ist. Auch dann bliebe der Fall nicht gerade einfach.

Entscheidend für die Lösung ist, dass der gesetzliche Forderungsübergang regelmäßig nur einen eigenen Regreßanspruch dadurch verstärkt, dass er gemäß §§ 412, 401 BGB die Sicherungsrechte mit sich zieht. Der Regress ist in diesen Fällen zweigleisig: ein eigener Anspruch und ein übergegangener Anspruch, der die Sicherungsrechte gemäß §§ 412, 401 BGB mit überträgt.

Beim Gesamtschuldnerausgleich gibt es einen eigenen Anspruch aus § 426 Abs. 1 BGB und einen gemäß § 426 Abs. 2 BGB übergegangenen Anspruch.

Der Regelbürge hat zumeist einen eigenen Erstattungsanspruch gegen den Hauptschuldner gemäß §§ 675, 670 BGB aus dem Innenverhältnis (Palandt/Sprau, 71. Aufl. 2012, § 774 Rdnr. 1). Daneben tritt der gemäß § 774 Abs. 1 S. 1 BGB übergegangene Anspruch.

Zahlt der Ausfallbürge, hat er nach der gesetzlichen Regelung keinen eigenen Regressanspruch. Diese Regelungslücke ist durch analoge Anwendung der §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB zu schließen.

Josef Alpmann