

Professor Dr. Peter Krebs

Gutachten:

1. Teil: Ausgangsfall

Anspruch der Hausbank H gegen Gesellschafter G auf Zahlung von 300.000,-- € nebst Zinsen gemäß § 765 Abs. 1 BGB i.V.m. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB

Der Hausbank H könnte gegen A ein Anspruch auf Zahlung von 300.000,-- € nach § 765 Abs. 1 BGB i.V.m. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB zustehen.

A. Anspruch entstanden

Dazu müsste ein solcher Anspruch der H-Bank entstanden sein.

Dies ist aufgrund der Akzessorietät der Bürgschaft (§ 767 Abs. 1 S. 1 BGB) der Fall, wenn eine wirksame Hauptverbindlichkeit vorliegt und zwischen dem Gesellschafter A und der H-Bank ein wirksamer Bürgschaftsvertrag vereinbart worden ist.

I. Wirksame Hauptverbindlichkeit

Fraglich ist, ob der H-Bank eine wirksame Hauptverbindlichkeit gegen die H & W – GmbH als Hauptschuldnerin zusteht.

Die Hausbank H hat mit der H & W – GmbH Darlehensverträge gemäß § 488 Abs. 1 BGB i.H.v. insgesamt 400.000,-- € geschlossen. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass diese Verträge wirksam sind.

Aus diesen Verträgen resultiert gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 BGB die Verpflichtung der H & W – GmbH zur Rückzahlung der Kredite i.H.v. 400.000,-- € nebst Zinsen.

Diese Forderung der H-Bank ist zunächst in Höhe der bereits gezahlten 100.000,-- € gemäß § 362 Abs. 1 BGB bereits erloschen, so dass hier eine Zahlung von 300.000,-- € nebst Zinsen offen steht.

Des Weiteren besteht die Verpflichtung der H & W – GmbH gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 BGB erst ab Fälligkeit. Durch die Kündigung der noch offen stehenden Kredite durch die H-Bank ist hier Fälligkeit eingetreten.

[Hinweis: Die fehlende Fälligkeit der Hauptforderung ist keine Einrede. Vielmehr ist die Fälligkeit aufgrund der Akzessorietät der Bürgschaft Voraussetzung für die Schuld des Bürgen (BGH NJW 1996, 3338 [2240]).]

II. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

Zwischen der H-Bank und dem Gesellschafter A müsste ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande gekommen sein.

1. Vertragsschluss

A hat mit der Hausbank H einen Vertrag dahingehend geschlossen, für die Verbindlichkeiten der H & W – GmbH einzustehen. Ein Vertragsschluss liegt mithin vor.

Bei der zwischen den Parteien eingegangenen Verpflichtung müsste es sich um einen Bürgschaftsvertrag handeln. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln. Hierbei ist der Bürgschaftsvertrag von einem Garantievertrag (zulässig nach §§ 311 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB) und einem Schuldbeitritt (zulässig nach §§ 311 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB) abzugrenzen.

a) Abgrenzung zum Garantievertrag

Bei einem Garantievertrag übernimmt der Garant eine verschuldensunabhängige Verpflichtung zur Schadloshaltung des Gläubigers, falls der garantierte Erfolg nicht eintritt oder aus atypischen Gründen vereitelt wird. Dabei will der Garant eine unmittelbare, gleichrangige oder primäre Haftung, was durch einen Eigennutz an der Erfüllung der Verbindlichkeit indiziert wird. Im Gegensatz dazu haftet der Bürge grundsätzlich nur akzessorisch und nachrangig. In Abgrenzung zur Bürgschaft ist der Garantievertrag also unabhängig vom Bestehen oder Fortbestand einer gesicherten Schuld und kann unabhängig vom Entstehen einer gesicherten Schuld begründet werden. Einwendungen gegen die zugrundeliegende Forderung können erst in einem Rückprozess des Hauptschuldners gegen den Gläubiger geltend gemacht werden. Der Garant kann nur bei offenkundigen liquide beweisbaren Einwendungen aus dem Grundverhältnis, die die Garantieforderung als missbräuchlich erscheinen lassen, die Zahlung verweigern.

Mithin haftet der Garant im Vergleich zu den anderen Personalsicherheiten am stärksten.

[Hinweis: Aufgrund dieser sehr weitgehenden Haftung hat der Garantievertrag Ausnahmecharakter und ist nur in eindeutigen Ausnahmefällen anzunehmen. Die Garantie ist insbesondere im internationalen Handelsverkehr üblich.]

Im vorliegenden Fall wollte der Gesellschafter A nur für die Verbindlichkeiten der H & W – GmbH eintreten und nicht unabhängig von dieser Schuld haften. Die Annahme eines Garantievertrages scheidet hier folglich aus.

b) Abgrenzung zum Schuldbeitritt

Schuldbeitritt und Bürgschaft sind insofern vergleichbar, als dass sie dem Gläubiger als zusätzliche Sicherheit einen weiteren Anspruch verschaffen. Dagegen haftet der Schuldmitübernehmer für eine nunmehr eigene Verbindlichkeit als Gesamtschuldner nach § 427 BGB, während der Bürge für die Erfüllung einer fremden Schuld eintreten will und dem Gesetz nach grundsätzlich nur nachrangig haftet. Der Schuldbeitritt ist nur bei der Entstehung der Hauptschuld abhängig, danach nicht akzessorisch. Somit ist der Schuldbeitritt aufgrund der fehlenden grundsätzlichen Nachrangigkeit und der nur eingeschränkten Akzessorietät das gegenüber der Bürgschaft schärfere Sicherungsmittel. Zur Abgrenzung beider Kreditsicherungsmittel haben Rechtsprechung und Literatur Indizien entwickelt. Danach kann der Wortlaut sowohl für die Annahme einer Bürgschaft (z.B. ich büрге, selbstschuldnerisch etc.) als auch eines Schuldbeitritts (z.B. ich trete der Schuld bei) sprechen.

Den Ausschlag für die Annahme einer Bürgschaft können persönliche und/oder altruistische Interessen und ein nachrangiger Haftungswille geben. Demgegenüber liegt ein Schuldbeitritt vor, wenn die Begründung einer eigenen Verbindlichkeit aufgrund wirtschaftlichen Eigeninteresses sowie eine gleichrangige Haftung gewollt werden. Verbleiben Zweifel, ist die Bürgschaft als gesetzlich geregeltes Institut mit speziellen Schutzvorschriften (z.B. § 766 BGB) und als etwas milderer Sicherungsmittel anzunehmen.

Zwar ist vorliegend angesichts der Gesellschafterposition des A nicht davon auszugehen, dass die Sicherung des Darlehens aus altruistischen Motiven heraus erfolgte – dies umso weniger, als A Mehrheitsgesellschafter der H & W – GmbH ist. Vielmehr hatte A

ein unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse an der Kreditvergabe durch die H-Bank an die Tiefbaugesellschaft.

Auf der anderen Seite ist jedoch zu beachten, dass hier eine gleichartige Haftung des A schwerlich als gewollt anzusehen ist.

Da ein Schuldbeitritt seiner Natur nach immer selbstschuldnerisch ist, dieses also nicht geregelt werden müsste, spricht auch der Wortlaut der Vereinbarung in § 1 („...selbstschuldnerisch...“) für die Annahme einer Bürgschaft.

[Hinweis: Sollten Sie zu dem Ergebnis kommen, dass eine eindeutige Entscheidung aufgrund der Indizien nicht möglich ist, können Sie die Annahme einer Bürgschaft auch entsprechend der obigen Zweifelsregelung herleiten.]

Damit stellt der hier vorliegende Vertrag einen Bürgschaftsvertrag i.S.d. § 765 BGB dar.

[Hinweis: Die obige Abgrenzung ist häufig wichtig bei der Frage, ob die einschlägigen Formvorschriften eingehalten wurden. Aufgrund der Uneigennützigkeit der Bürgschaft ist zum Zwecke des Übereilungsschutzes die Einhaltung der Schriftform erforderlich (§ 766 BGB), der Schuldbeitritt aufgrund des sachlichen Eigeninteresses dagegen grundsätzlich formfrei. Selbst wenn kein Eigeninteresse vorliegt, wird eine analoge Anwendung des § 765 BGB nicht für zulässig gehalten.]

2. Keine Nichtigkeitsgründe

Fraglich ist, ob die Vereinbarung zwischen A und der H-Bank wirksam ist.

a) Nichtigkeit wegen mangelnder Bestimmtheit

Dazu müsste der Vertrag zunächst hinreichend bestimmt sein.

Nach dem Bestimmtheitsgrundsatz muss neben der Person des Gläubigers und des Hauptschuldners auch die Hauptschuld bezeichnet sein. Bedenken hiergegen könnten sich vorliegend insoweit ergeben, als nach dem Wortlaut von § 5 der Bürgschaftsbedingungen die Einstandspflicht des A auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen der H-Bank aus ihren laufenden Geschäftsbedingungen mit der H & W – GmbH erstreckt wird. Ob eine solche sog. Globalsicherungsabrede den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes genügt, wird in der rechtswissenschaftlichen Diskussion kontrovers beurteilt.

In der Literatur wird teilweise angenommen, dass eine Globalsicherungsabrede mit dem Bestimmtheitsgrundsatz unvereinbar sei, da sich aus der Bürgschaftsvereinbarung die konkreten gesicherten Forderungen oder jedenfalls ein Höchstbetrag der Haftung

ergeben müsse (*Reinicke/Tiedtke* JZ 1985, 485 [486]; Staudinger – *Horn*, BGB, 13. Bearb. (1997), § 765 Rn. 14; *Reich/Schmitz* NJW 1995, 2533).

Hierfür wird angeführt, dass der Bestimmtheitsgrundsatz dazu diene, dem Bürgen das übernommene Haftungsrisiko vor Augen zu führen. Nur auf diese Weise könne die Warnfunktion der Schriftform vor einer Aushöhlung geschützt werden. Daran fehle es bei der Globalbürgschaft, weil hier weder ein Maximalbetrag noch die gesicherten Forderungen oder die Dauer der Haftung ersichtlich seien.

Die Bürgschaftserklärung des A wäre demnach mangels Bestimmtheit unwirksam.

Der BGH ist dieser Auffassung nicht gefolgt (BGH NJW 1986, 928 [929]; BGH NJW 1992, 896 [897]; BGHZ 130, 19). Nach Auffassung des BGH ist die Haftung des Bürgen auch bei der Globalbürgschaft hinreichend bestimmt, da sich aus der Bürgschaftserklärung ergebe, dass der Bürge schlicht für *alle* Forderungen aus der Geschäftsbeziehung haften müsse. Zweifel über den Haftungsumfang und die Identität der gesicherten Forderungen könnten daher nicht aufkommen. Der gewohnheitsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz, der ursprünglich aus dem Schriftformerfordernis entwickelt wurde, sei kein taugliches Mittel, um den Schutz des Bürgen vor dem unkontrollierten Ausufern seiner Verbindlichkeit sicherzustellen (BGHZ 130, 19 [22]; ebenso schon *Bydlinski* WM 1992, 1301 [1304]). Auch ergebe sich aus dem allgemeinen Bürgschaftsrecht kein Erfordernis einer Beschränkung auf einen Höchstbetrag; vielmehr zeige § 767 Abs. 1 S. 1 BGB, dass der Gesetzgeber von einer betragsmäßig unbeschränkten Haftung ausging (BGHZ 130, 19 [22]).

Nach Auffassung des BGH ist dem Erfordernis der Bestimmtheit bei Globalbürgschaften genüge getan, wenn auf Forderungen verwiesen wird, die aus einem festgelegten Kreis von Rechtsbeziehungen entstehen können (BGH NJW 1992, 896 [897]). Da hier die Rechtsbeziehungen auf die bankmäßigen Geschäftsverbindungen begrenzt werden, wäre nach dieser Ansicht § 5 der Bürgschaftsvereinbarungen als hinreichend bestimmt anzusehen.

Das beide Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist der Streit zu entscheiden.

Für die Ansicht des BGH spricht, dass kein Grund besteht, pauschal in die Handlungsfreiheit einzugreifen. Für Ungleichgewichtslagen, insbesondere aufgrund AGB steht mit den §§ 305 ff. BGB ein besser geeignetes Instrumentarium zur Inhaltskontrolle derartiger Klauseln zur Verfügung. Mithin ist dem BGH zu folgen und es reicht die vor-

liegende Eingrenzung der gesicherten Forderungen auch ohne Angabe eines Höchstbetrages aus, so dass die Bürgschaft nicht schon wegen eines Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz unwirksam ist.

b) Schriftform gemäß § 766 BGB / Nichtigkeit gemäß § 494 Abs. 1

Fraglich ist weiterhin, ob der Bürgschaftsvertrag dem Schriftformerfordernis der §§ 125, 766 S. 1, 126 BGB genügt.

Dies setzt jedoch voraus, dass die Bürgschaftserklärung des A überhaupt der Form des § 766 BGB genügen muss. Dies erscheint im vorliegenden Kontext problematisch.

aa) Ausschluss des Schriftformerfordernisses nach § 350 HGB

Denkbar ist zunächst, dass A als Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter der H & W – GmbH Kaufmann ist, so dass er nach § 350 HGB Bürgschaften auch formlos übernehmen kann.

(1) Anwendbarkeit des § 350 HGB

Nach h.M. betreibt der Geschäftsführer und Gesellschafter einer GmbH selbst kein Handelsgewerbe und ist daher kein Kaufmann i.S.v. §§ 1 Abs. 1, 2 HGB (Baumbach/Hopt – *Hopt*, HGB, § 1 Rn. 31, 50; Canaris, Handelsrecht, § 26 II 1b; K. Schmidt, Handelsrecht, § 5 I 1b). Das Gewerbe wird vielmehr von der GmbH betrieben, die als eigenständige juristische Person ihrerseits nach §§ 6, 13 Abs. 3 HGB Formkaufmann ist. Das Formerfordernis nach § 766 BGB entfällt daher nicht in unmittelbarer Anwendung des § 350 HGB.

(2) Analoge Anwendbarkeit des § 350 HGB

Denkbar ist jedoch eine analoge Anwendung des § 350 HGB in Fällen, in denen ein Mehrheitsgesellschafter, der gleichzeitig auch Geschäftsführer der betreffenden Gesellschaft ist, eine Bürgschaft für die Verbindlichkeiten der GmbH übernimmt.

Während die Rechtsprechung eine solche Analogie stets abgelehnt hat (BGH NJW-RR 1987, 42 [43]; NJW-RR 1991, 757; BGHZ 121, 224 [228]; BGH NJW 1996, 1467 [1468]), wird in der Literatur vielfach eine analoge Anwendung für solche Personen befürwortet, die zwar nicht Kaufmann sind, aber doch wie ein Kaufmann am Handelsverkehr teilnehmen. Dazu sollen insbesondere geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH gehören (K. Schmidt ZIP 1986, 1511 [1515]; MüKo – *Habersack*, BGB, § 766 Rn.

3; Canaris, Handelsrecht, § 26 II 1b). Wesentliches Argument für die Analogie soll dabei neben der geschäftlichen Erfahrung des Geschäftsführers, die eine Differenzierung gegenüber Kaufleuten als unangemessen erscheinen lassen, die Tatsache sein, dass der Gesellschafter der GmbH auch das wirtschaftliche Risiko seines Handelns trägt (K. Schmidt ZIP 1986, 1511 [1515]). Dies könne allerdings nicht schon bei jeder noch so geringen Beteiligung zu einer Verneinung der Schutzwürdigkeit führen, weil ein Splitteranteil einen angestellten Geschäftsführer noch nicht zu einem selbständig handelnden Teilnehmer am Geschäftsverkehr mache. Letztlich bleibe für eine Analogie zu § 350 HGB nur in den Fällen des geschäftsführenden Einmann- oder Mehrheitsgesellschafters Raum (MüKo – *Habersack*, BGB, § 766 Rn. 3; Canaris, Handelsrecht, § 26 II 1b; *Riehm* JuS 2000, 343 [347]).

Wegen der mehrheitlichen Beteiligung des A an der H & W – GmbH wäre nach dieser Ansicht eine analoge Anwendung des § 350 HGB geboten.

Die dargestellte Auffassung führt jedoch gerade im Hinblick auf die Beteiligung als Mehrheitsgesellschafter zu Rechtsunsicherheiten. Ein beherrschender Einfluss, wie er für die analoge Anwendung des § 350 HGB erforderlich wäre, lässt sich mit „letzter Sicherheit“ vielmehr nur beim geschäftsführenden Alleingesellschafter bejahen. Da der Gesetzgeber des HGB die Beteiligungsform des Mehrheitsgesellschafters bei Normierung des § 350 HGB gekannt hat, ist das für eine Analogie erforderliche Vorliegen einer Regelungslücke (planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes) sehr zweifelhaft ist. Der Rechtsverkehr braucht auch keine mündlichen Bürgschaften.

Insofern ist hier mit der Rechtsprechung eine analoge Anwendung des § 350 HGB im Falle einer Bürgschaftsübernahme durch einen geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafters abzulehnen (a.A. gut vertretbar).

[Hinweis: Diesbezüglich ist auf die parallel gelagerte Problematik im Steuerrecht zu verweisen. Erst kürzlich hat der BFH in seinem Urteil vom 10.3.2005 (BFH DB 2005, 1311) entschieden, dass bei GmbH-Geschäftsführer eine Gesamtabwägung unter Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Abhängigkeitskriterien (§ 84 Abs. 1 S. 2 HGB) darüber entscheidet, ob ein GmbH-Geschäftsführer „Unternehmer“ im Sinne der Umsatz- und Gewerbesteuer ist. Ein Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer müsste nach diesen Voraussetzungen grundsätzlich Unternehmer im Sinne des Steuerrechts sein. Da auch das Sozialrecht entsprechende Gesellschafter-Geschäftsführer jedenfalls unternehmerähnlich behandelt, könnte es sein, dass die zivilrechtliche Rechtsprechung sich ändert.]

[Hinweis: - Aktualisierung – Nun hat auch der IX. Senat (ehem. „Bürgschaftssenat“) des BGH entschieden, dass zumindest aus insolvenzrechtlicher Sicht der geschäftsführende Alleingesellschafter eine

selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. (BGH-Beschluss vom 22.9.2005 – IX Z.B. 55/04 – abgedruckt in DB 2005, 2624 ff.) Eine weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.]

[Hinweis: - Aktualisierung – Wie aus dem Urteil v. 8.11.2005 – XI ZR 34/05 hervorgeht, hält der XI. Senat (derzeitiger „Bürgschaftssenat“) an seiner Rechtsprechung zur entsprechenden Anwendung der §§ 491 ff. BGB auf die Mithaftungsübernahme des geschäftsführenden Allein- oder Mehrheitsgesellschafters fest. Die Gleichsetzung des geschäftsführenden Allein- oder Mehrheitsgesellschafters mit einem Kaufmann nach §§ 1 ff. HGB oder einem Unternehmer nach § 14 BGB sei de lege lata nicht zu rechtfertigen.]

Folglich ist die Formvorschrift des § 766 BGB vorliegend nicht durch § 350 BGB (analog) ausgeschlossen.

[Hinweis: Es empfiehlt sich gerade in klausurtaktischer Hinsicht den vorliegenden Streit im dargestellten Sinne zu entscheiden. Zwar ist hier die Schriftform des § 766 BGB gewahrt, so dass eine Auseinandersetzung mit der Anwendbarkeit des § 350 HGB dahingestellt bleiben könnte; allerdings können sie zur Frage, ob die Formvorschrift des § 766 BGB durch die §§ 491 ff. BGB verdrängt wird, nur insoweit Stellung nehmen, als Sie feststellen, dass § 766 BGB nicht ausgeschlossen ist nach § 350 HGB. Vertretbar ist vorliegend auch der folgende Prüfungsaufbau: 1. Anwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB; 2. Ausschluss nach § 350 HGB. Dieser Aufbaualternative wird hier jedoch aus didaktischen Gründen nicht gefolgt.]

bb) Verdrängung der Formvorschrift nach § 766 BGB durch die §§ 491 ff. BGB

Fraglich ist des weiteren, ob § 766 BGB durch die speziellere Vorschrift des § 494 BGB verdrängt wird. In diesem Fall könnte der Bürgschaftsvertrag nach § 494 Abs. 1 BGB i.V.m. § 492 Abs. 1 S. 5 Nr. 5 BGB nichtig sein, weil die dort vorgeschriebenen Angaben in der Bürgschaftserklärung fehlen.

Dann müssten die §§ 491 ff. BGB auf den zwischen A und der H-Bank geschlossenen Bürgschaftsvertrag überhaupt anwendbar sein.

(1) Anwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB auf die Bürgschaft

Die §§ 491 ff. BGB enthalten keine Regelungen über die Beteiligung Dritter.

Allerdings ist für den Schuldbeitritt als ungeregeltem aber nach §§ 311, 241 BGB zulässigem Schuldverhältnis mittlerweile höchstrichterlich entschieden worden, dass dieser einem den §§ 491 ff. BGB unterfallenden Vertrag gleichzusetzen ist, wenn es sich um einen Beitritt eines Verbrauchers zu einem Darlehensvertrag handelt (BGH NJW 1996, 2156 [2157]). Wegen der Nähe von Bürgschaft und Schuldbeitritt ist nun fraglich, ob die Vorschriften der §§ 491 ff. BGB auch auf die Bürgschaft anzuwenden sind.

Da der Bürge kein entgeltliches Darlehen in Anspruch nimmt, ist er nicht berechtigt, Leistung an sich selbst zu fordern. Aufgrund der einseitigen Leistungspflicht des Bürgen besteht grundsätzliche Einigkeit darüber, dass die Bürgschaft kein Vertrag im Wortsinn der §§ 491 ff. BGB ist (BGH NJW 1996, 2156 [2157]; LG Neubrandenburg NJW 1997, 2826).

(2) Analoge Anwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB

Es stellt sich daher die Frage, ob die Vorschriften der §§ 491 ff. BGB zumindest analog auf einen Bürgschaftsvertrag anzuwenden sind. Dies ist streitig.

Nach einer Ansicht sollen die §§ 491 ff. BGB jedenfalls dann entsprechend anzuwenden sein, wenn es sich bei dem zu sichernden Vertrag sachlich um einen Vertrag i.S.d. §§ 491 ff. BGB handelt (LG Neubrandenburg NJW 1997, 2826; OLG Hamm WM 1998, 171; *Münster/Lubitz* JA 1999, 289 [290 f.]). Zur Begründung wird angeführt, dass es Sinn und Zweck der §§ 491 ff. BGB sei, den Verbraucher umfassend zu schützen. Das Schutzbedürfnis des Bürgen sei höher als das des Beitretenden, da der Bürge die Verpflichtung trage, ohne davon in der Regel einen Vorteil zu haben. Hätte der Bürge den Darlehensvertrag selbst in Anspruch genommen, wäre er zweifelsohne durch die §§ 491 ff. BGB geschützt.

Da es sich vorliegend bei dem zu sichernden Darlehensvertrag um einen Geschäftskredit handelt, welcher nicht den §§ 491 ff. BGB unterfällt, käme eine analoge Anwendung der §§ 491 ff. BGB auf den zwischen A und der H-Bank vereinbarten Bürgschaftsvertrag hiernach nicht in Betracht.

Die h.M. lehnt eine analoge Anwendung der §§ 491 ff. BGB auf die Bürgschaft ausnahmslos ab (EuGH NJW 2000, 1323 [1324]; OLG Stuttgart NJW 1997, 3450; *Medicus* JuS 1999, 833 [837]; *Riehm* JuS 2000, 138 [140 f.]). Allein mit dem Schutzgedanken sei eine analoge Anwendung nicht zu begründen. Überhaupt fehle es an einer Regelungslücke, da der Bürge, anders als der Schuldbeitretende, durch die §§ 766 ff. BGB ausreichend geschützt sei. Darüber hinaus sei zu bedenken, dass es dem Bürgen in erster Linie um Informationen über die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners ankommt, nicht so sehr auf die in § 492 BGB aufgeführten Modalitäten, die aber für den Beitretenden wesentlich sind. Das entscheidende Argument gegen eine Analogie sei jedoch in dem Fehlen einer *ungewollten* Regelungslücke zu sehen. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde nämlich die Einbeziehung der Bürgschaftsverträge unter die §§ 491 ff. BGB kontrovers diskutiert, schließlich aber abgelehnt. Letztlich müsse daher der Wille

des Gesetzgebers ausschlaggebend sein, da er zudem auch auf aktueller Diskussion beruht (OLG Stuttgart NJW 1997, 3450 [3451]).

Mithin kommt auch hiernach eine analoge Anwendung der §§ 491 ff. BGB auf den zwischen A und der H-Bank vereinbarten Bürgschaftsvertrag nicht in Betracht.

[Hinweis: Der BGH (BGH NJW 1998, 1939) hat sich vorerst dieser Ansicht explizit nur im Rahmen der Sicherung von geschäftlichen Darlehen angeschlossen.]

Da beide Ansichten zum selben Ergebnis kommen, ist ein Streitentscheid nicht notwendig. Mithin wird § 766 BGB vorliegend auch nicht durch die §§ 491 ff. BGB verdrängt.

[Hinweis: Die kontrovers diskutierte Frage, ob der persönliche Anwendungsbereich des Verbraucherdarlehensrechts auch bei geschäftsführenden Gesellschaftern einer GmbH eröffnet ist, braucht hier nicht dargestellt zu werden. Zu dieser Frage wird vorliegend im Rahmen der Abwandlung Stellung genommen.]

Mithin gilt lediglich § 766 BGB, weshalb die Bürgschaftserklärung des A schriftlich erteilt und mit vollem Namen unterschrieben worden sein müsste. Diese Voraussetzungen sind vorliegend mangels entgegenstehender Anhaltspunkte im Sachverhalt als erfüllt anzusehen.

Die Schriftform des § 766 BGB ist damit eingehalten.

Der Bürgschaftsvertrag ist folglich nicht nach §§ 766, 125 BGB nichtig.

c) Nichtigkeit des § 5 der Bürgschaftsbedingungen gemäß § 307 Abs. 1 BGB

Fraglich ist schließlich, welchen Umfang die von A übernommene Bürgschaft aufweist. Nach § 5 der Bürgschaftsbedingungen erstreckt sich die Bürgschaft des A auf alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen der H-Bank gegen die H & W – GmbH (sog. Globalsicherheit). Eine solche pauschale Erstreckung der Bürgschaft auf alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen aus der laufenden Geschäftsbedingung mit dem Hauptschuldner ist jedoch sehr problematisch, da wegen der Abbedingung des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB die Gefahr einer unüberschaubaren Bürgenhaftung besteht.

Mithin könnte diese Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar sein (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB), so dass sie nach § 307 Abs. 1 BGB als unwirksam anzusehen ist.

aa) Sachlicher Anwendungsbereich

Dazu müsste zunächst der sachliche Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB eröffnet sein. Mithin müsste die Klausel des § 5 der Bürgschaftsbedingungen als eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB zu klassifizieren sein.

Bei der vorliegenden Globalsicherungsklausel handelt es sich um eine vorformulierte Vertragsbedingung, die die Hausbank H als Verwenderin einseitig in den Vertrag eingeführt hat. Da zudem kein Fall des § 310 Abs. 4 BGB vorliegt, ist der sachliche Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB hier eröffnet.

bb) Persönlicher Anwendungsbereich

Möglicherweise ist vorliegend jedoch der persönliche Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB nach § 310 Abs. 1 S. 1 BGB eingeschränkt. Danach finden die § 305 Abs. 2 und 3 BGB und die §§ 308, 309 BGB keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Der Begriff des Unternehmers entspricht dabei der Definition des § 14 BGB.

Fraglich ist daher, ob A als Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer der H & W – GmbH Unternehmer i.S.d. § 14 BGB ist.

Während es bei § 24 AGBG, der Vorgängervorschrift zu § 310 BGB, darauf ankam, ob die Partei Kaufmann i.S. der §§ 1 ff. HGB war, ist diese Vorschrift durch das Handelsrechtsreformgesetz mit Wirkung vom 1.7.1998 weiter gefasst und auf alle Unternehmer angewendet worden. Ausgehend von der Argumentation, dass eine Differenzierung zwischen geschäftsführenden Mehrheitsgesellschaftern und Kaufleuten aufgrund der Erfahrungen des Geschäftsführers als unangemessen erscheint, und der Tatsache, dass der Mehrheitsgesellschafter der GmbH auch das wirtschaftliche Risiko seines Handelns trägt (K. Schmidt ZIP 1986, 1511 [1515] – s.o.), ließe sich die Auffassung vertreten, dass der geschäftsführende Mehrheitsgesellschafter erst Recht als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB zu klassifizieren ist.

Diese Auffassung lässt sich jedoch schwerlich mit dem Wortlaut des § 14 BGB vereinbaren. Insbesondere das Halten eines GmbH-Geschäftsanteils stellt keine gewerbliche Tätigkeit dar, sondern Vermögensverwaltung (BGHZ 133, 71 [78]). Auch die Geschäftsführung der GmbH stellt keine selbstständige, sondern eine angestellte berufliche Tätigkeit dar. Folglich wäre A nicht als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB zu klassifizieren.

Da auch bei Zugrundelegung der einschränkenden Auslegung § 307 BGB unmittelbar anwendbar ist, kann hier offen bleiben, ob der persönliche Anwendungsbereich eingeschränkt ist.

cc) Einbeziehung der Klausel (§ 305 b; § 305 c Abs. 1 BGB)

Fraglich ist jedoch, ob § 5 der Bürgschaftsbedingungen überhaupt Vertragsbestandteil geworden ist.

Anderslautende individuelle Vertragsabreden sind zwischen den Parteien nicht getroffen worden, so dass § 305 b BGB einer Einbeziehung nicht entgegensteht.

Möglicherweise ist § 5 der Bürgschaftsbedingungen aber wegen § 305 c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil geworden, weil es sich um eine überraschende Klausel i.S. dieser Vorschrift handelt. Überraschenden Charakter hat eine Regelung dann, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und dieser mit ihr den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht.

(1) Objektiv ungewöhnlich

Demnach müsste die Globalsicherungsklausel zunächst objektiv ungewöhnlich sein.

Der BGH hat dies in seiner früheren Rechtsprechung stets verneint (BGH NJW 1985, 848 [849]; NJW 1986, 928; NJW 1992, 896 [897]). § 765 Abs. 2 BGB sehe die Übernahme einer Bürgschaft für künftige Forderungen explizit vor, ohne dass man den §§ 765 ff. BGB das Erfordernis einer Begrenzung der Bürgschaft auf künftige Forderungen entnehmen könne. Eine derartige Globalsicherungsklausel könne daher nicht überraschend sein, weil sie nur realisiere, was das Gesetz ohnehin vorsehe (BGH NJW 1985, 848 [849]).

Diese Rechtsprechung ist in der Literatur auf Kritik gestoßen (*Reinicke/Tiedke* JZ 1986, 426; *Derleder* NJW 1986, 97 [100]; *Tiedtke* ZIP 1994, 1237 [1240]). Jedenfalls sei bei Bürgschaften für künftige Forderungen eine Beschränkung auf einen Höchstbetrag erforderlich, da der Bürge sonst das übernommene Risiko nicht absehen könne. Das Leitbild der §§ 765 ff. BGB sei die Bürgschaft für eine einzelne Forderung und die zugehörigen Kosten (§767 BGB), so dass eine Abweichung hiervon durchaus eine überraschende Klausel sein könne (*Derleder* NJW 1986, 97 [100]).

Der BGH ist dieser Ansicht inzwischen gefolgt (BGHZ 126, 174 [176 ff.]; BGHZ 130, 19 [26 f.]), indem er § 767 Abs. 1 S. 3 BGB das Erfordernis einer Begrenzung der Bürgschaft entnimmt. Diese Vorschrift enthalte ein „Verbot der Fremddisposition“, das Leitbildfunktion für das Institut der Bürgschaft habe. Eine Globalsicherungsklausel eröffne Gläubiger und Hauptschuldner die Möglichkeit, abweichend von § 767 Abs. 1 S. 3 BGB die Haftung des Bürgen durch Rechtsgeschäft ohne dessen Beteiligung zu erweitern. Dies setze im Ergebnis Fremdbestimmung an die Stelle der Privatautonomie; mit einer solchen Abweichung vom Gesetzesrecht brauche der Bürge beim Unterzeichnen einer formularmäßigen Bürgschaft, die er aus konkretem Anlass erteilt hat, nicht zu rechnen.

Somit liegt in der Globalsicherungsabrede regelmäßig eine überraschende Klausel i.S.d. § 305 c Abs. 1 BGB, die nicht Vertragsteil wird. Dabei wird die grundsätzlich einheitliche Bürgschaftserklärung aufgeteilt in die Bürgschaft für die „Anlassverbindlichkeit“ (hier der Investitionskredit i.H.v. 200.000,-- €), die ohne weiteres wirksam ist, und die Erweiterung auf künftige Verbindlichkeiten, die in der Regel überraschend i.S.v. § 305 c Abs. 1 BGB ist.

(2) Subjektiv ungewöhnlich

Allerdings gilt bei der Anwendung des § 305 c Abs. 1 BGB ein subjektiver Maßstab.

Die Frage, ob eine Klausel überraschend ist, ist auch anhand der konkreten Situation bei der Unterzeichnung des Vertrages zu beurteilen (BGHZ 130, 19 [30 f.]). Hat sich etwa der Bürge zu diesem Zeitpunkt keinerlei Gedanken über den Umfang seiner Verbindlichkeiten gemacht, so soll die Klausel nicht überraschend sein (*Riehm* JuS 2000, 343 [345]).

Wenn die Bürgschaft von einem Geschäftsführer, Allein- oder Mehrheitsgesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft übernommen wird, passt zudem das Leitbild des Verbots der Fremddisposition nicht, da diese Personen die Höhe der abgesicherten Verbindlichkeiten unter Kontrolle haben und jederzeit die Bürgschaft aus wichtigem Grund für die Zukunft kündigen können, bevor ihnen die Haftung über den Kopf wächst (BGH NJW 1996, 249).

Vorliegend ist folglich angesichts der Tatsache, dass A geschäftsführender Mehrheitsgesellschafter ist, nicht davon auszugehen, dass die Globalsicherungsklausel subjektiv überraschend ist.

Mithin steht der Einbeziehung des § 5 der Bürgschaftsbedingungen § 305 c Abs. 1 BGB nicht entgegen.

dd) Eröffnung der Inhaltskontrolle

Weiterhin ist fraglich, ob die Globalsicherungsabrede überhaupt einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB unterliegt. Nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB kommt es hierfür darauf an, ob die Globalsicherungsabrede eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung enthält.

Dies kann zweifelhaft sein, da die Bestimmung der gesicherten Forderung bei der Bürgschaft die Bestimmung der Hauptleistungspflicht des Bürgen ist, die als solche nicht der Inhaltskontrolle unterliegt. Die Globalsicherheit nutzt zudem die Möglichkeit, die § 765 Abs. 2 BGB vorsieht, so dass auch aus diesem Grund möglicherweise keine Abweichung von der gesetzlichen Regelung vorliegt (*so früher die Rspr.* BGH NJW 1985, 848).

Diese Argumentation verkennt jedoch die Bedeutung des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB für das Institut der Bürgschaft. Leitbild der §§ 765 ff. BGB ist – wie bereits dargelegt – die Bürgschaft für eine einzelne Verbindlichkeit. Die erweiterte Abrede weicht von diesem Grundsatz ab, indem sie die Bürgschaft auf eine unbestimmte Anzahl möglicher Forderungen erstreckt. In dieser Erweiterung der Bürgenhaftung über die primär gesicherte Verbindlichkeit liegt nicht die Festlegung der Hauptleistungspflicht, sondern eine justitiable Nebenabrede zur Bürgschaft.

Danach unterliegt zwar nicht die Bürgschaft für die „Anlassverbindlichkeit“, aber deren Erstreckung auf die künftigen Verbindlichkeiten der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB.

ee) Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 BGB

Fraglich ist schließlich, ob die Klausel des § 5 nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist.

[Hinweis: Durch die Anwendung des § 307 Abs. 1 BGB sollen im vorliegenden Kontext Fälle erfasst werden, die nicht überraschend i.S.d. § 305 c Abs. 1 BGB sind (BGHZ 130, 19 [27]).

Zu prüfen ist dabei zunächst die Vermutungsregel des § 307 Abs. 2 BGB.

Wie bereits dargestellt, ist das Verbot der Fremddisposition in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB ein wesentlicher Gedanke der gesetzlichen Regelung i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Zudem werden bei Globalsicherungsabreden regelmäßig aufgrund der Unkalkulierbarkeit

des Risiko's wesentliche Rechte des Bürgen so eingeschränkt, dass gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB auch der Vertragszweck gefährdet wird (BGH NJW 1995, 2553 [2556]). Diese Bedenken gelten jedoch nur dann, wenn die Veränderungen der Hauptschuld für den Bürgen nicht kontrollierbar sind. Daher fehlt es gerade bei geschäftsführenden Mehrheitsgesellschaftern, welche Bürgschaften für die Verbindlichkeiten der GmbH eingehen, an dem Merkmal der „Fremddisposition“, so dass in solchen Fällen nicht von einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB ausgegangen werden kann (BGH NJW 1996, 3205).

Folglich verstößt auch hier die formularmäßige Globalisierungsklausel des § 5 der Bürgschaftsbedingungen nicht gegen § 307 BGB.

Die Haftung des A erstreckt sich mithin auf sämtliche Verbindlichkeiten der H & W – GmbH gegenüber der H-Bank.

Somit ist vorliegend zunächst ein Anspruch der H-Bank gegen A auf Zahlung von 300.000,-- € nebst Zinsen gemäß §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 S. 2 BGB entstanden.

[Hinweis. Sollten Sie in anderen Fallkonstellationen zu dem Ergebnis kommen, dass die Klausel gegen § 307 Abs. 1 BGB verstößt, müssen Sie des weiteren Stellung nehmen zur Frage der Rechtsfolge dieses Verstoßes.

Grundsätzlich ist die Klausel insgesamt unwirksam. Dies würde hier bedeuten, dass die Bürgschaft überhaupt keine Forderungen mehr sichert, mithin gegenstandslos würde. Der BGH hat jedoch die Klausel insoweit aufrechterhalten, als sie diejenige Verbindlichkeit betrifft, die den Anlass für die Übernahme der Bürgschaft gab (sog. Anlassrechtsprechung). Lediglich die Erstreckung auf künftige Forderungen wurde für unwirksam erklärt (Streichung gemäß dem sog. „blue pencil test“).

Dieser Rechtsprechung wird zum Teil entgegengehalten, sie führe im Ergebnis zu einer grundsätzlich unzulässigen geltungserhaltenden Reduktion, weil sie die Bürgschaft trotz der Unwirksamkeit der Klausel noch für die Anlassverbindlichkeit als wirksam behandelt (Reich/Schmitz NJW 1995, 2533 [2534]; Hager JZ 1996, 175).]

B. Anspruch erloschen

Erlöschensgründe sind vorliegend nicht ersichtlich.

C. Anspruch durchsetzbar

Fraglich ist jedoch, ob der Anspruch der H-Bank durchsetzbar ist.

Möglicherweise könnte A die Einrede der Vorausklage nach § 771 Abs. 1 S. 1 BGB zustehen. Danach kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange

nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat.

Die Einrede der Vorausklage ist jedoch nach § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet, insbesondere wenn er sich als Selbstschuldner verbürgt.

Vorliegend hat sich A ausweislich des Wortlauts in § 1 der Bürgschaftsbedingungen als Selbstschuldner verbürgt. Fraglich ist jedoch, ob diese Klausel wirksam ist.

Bei der vorliegenden Klausel handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. Aufgrund der Tatsache, dass das Gesetz selbst in § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB von der Möglichkeit einer selbstschuldnerischen Bürgschaft ausgeht und die selbstschuldnerische Bürgschaft schon fast zum Regelfall geworden ist, liegt hier kein Fall des § 305 c Abs. 1 BGB vor.

Die Übernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft ist von Gesetzes Wegen als Ausnahmefall konzipiert, so dass hier die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 BGB eröffnet ist. Jedoch kann auch diesbezüglich darauf verwiesen werden, dass das Gesetz selbst in § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB von der Möglichkeit einer selbstschuldnerischen Bürgschaft ausgeht und die selbstschuldnerische Bürgschaft schon fast zum Regelfall geworden ist. Mithin liegt hier auch keine Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 BGB vor.

Daher ergeben sich vorliegend keine Bedenken gegen die Wirksamkeit der Klausel in § 1 der Bürgschaftsvereinbarung, so dass A die Einrede des § 771 BGB nicht zusteht.

Folglich ist der Anspruch der H-Bank gegen A auf Zahlung von 300.000,-- € nebst Zinsen nach §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 S. 2 BGB auch durchsetzbar.

Ergebnis:

Der Hausbank H steht gegen A ein Anspruch auf Zahlung von 300.000,-- € nebst Zinsen nach § 765 Abs. 1 BGB i.V.m. § 488 Abs. 1 S. 1 BGB zu.

2. Teil: Abwandlung

Widerruf des A nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 312 BGB

Gesellschafter A kann die Bürgschaftserklärung gemäß § 355 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 312 BGB widerrufen, wenn § 312 BGB anwendbar ist, A eine formgerechte Widerrufserklärung abgibt und diese fristgerecht erfolgt.

I. Subsidiarität gemäß § 312 a BGB

Wie bereits oben dargelegt, sind die §§ 491 ff. BGB nicht anwendbar, so dass § 312 BGB nicht nach § 312 a BGB ausgeschlossen ist.

II. Persönlicher Anwendungsbereich des § 312 BGB („Verbraucher“)

Des Weiteren müsste vorliegend der persönliche Anwendungsbereich des § 312 BGB eröffnet sein. Problematisch ist dabei insbesondere, ob A die Bürgschaftserklärung als „Verbraucher“ i.S.d. § 13 BGB abgegeben hat.

[Hinweis: Nach der RL ist auch bei unselbstständiger beruflicher Tätigkeit nicht von einem Verbraucher auszugehen.]

Möglicherweise hat er die Bürgschaft nämlich als Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter der H & W – GmbH im Rahmen seiner ausgeübten selbstständigen oder beruflichen Tätigkeit übernommen, weil sie einen Kredit „seiner“ Gesellschaft sichert. Diesbezüglich ließe sich zudem anführen, dass der Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH wirtschaftlich einem selbständig Tätigen entspreche, da er in Anlehnung an § 84 Abs. 1 S. 2 HGB im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann und zudem mittelbar im eigenen wirtschaftlichen Interesse handelt (*Kurz NJW 1997, 1828; Hasselbach JuS 1999, 329 [330]*).

Mithin wäre hiernach der persönliche Anwendungsbereich hier nicht eröffnet.

Gegen diese Auffassung spricht jedoch zunächst in formaler Hinsicht, dass das Halten von GmbH-Gesellschaftsanteilen keine gewerbliche Tätigkeit, sondern bloße Vermögensverwaltung ist, die gerade nicht dem Gewerbebegriff unterfällt (Canaris, Handelsrecht, § 2 I 1b). Überdies stellt die Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH keine selbstständige, sondern eine angestellte berufliche Tätigkeit (BGHZ 133, 71 [78]) dar, so

dass der Geschäftsführer auch nicht aus diesem Grund aus dem persönlichen Anwendungsbereich des § 312 BGB fällt. Vor allem aber ist die Übernahme der Bürgschaft nicht für die Geschäftsführertätigkeit bestimmend. Dies würde voraussetzen, dass G sie als Geschäftsführer, d.h. im Namen und wenigstens für Rechnung der GmbH und nicht im eigenen Namen und für eigene Rechnung eingegangen ist. Der Hauptzweck der Geschäftsführer-Bürgschaft liegt hingegen gerade darin, die Haftung mit seinem Privatvermögen zu begründen (*Riehm JuS 2000, 138*).

Die Stellung als Geschäftsführer und Gesellschafter einer GmbH ist daher lediglich Anlass für die Verbürgung, die aber gerade nicht ein Geschäftsführer-Handeln sein soll, sondern ein Privatgeschäft (BGHZ 130, 19 [22]; *Bydlinski WM 1992, 1301 [1304]*; *Riehm JuS 2000, 138*). Mithin ist vorliegend der persönliche Anwendungsbereich des § 312 BGB eröffnet. A hat folglich die Bürgschaftserklärung als „Verbraucher“ i.S.d. § 13 BGB abgegeben.

[Hinweis: Beachten Sie, dass es hier noch eine dritte Auffassung gibt, die jedoch aus Vereinfachungsgründen nicht erwähnt ist. Hiernach handelt es sich bei dem geschäftsführenden Gesellschafter zwar nicht um einen Unternehmer i.S.d. § 14 BGB (insoweit also dem BGH zustimmend), allerdings ist dieser Personenkreis auch nicht unter § 13 BGB „subsumierbar“ (insoweit der Lit. folgend). Wenn der genannte Personenkreis weder als Verbraucher noch als Unternehmer zu klassifizieren ist, so gehöre er zwangsläufig einer dritten vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich angesprochenen Kategorie an, der Kategorie der sog. „Zivilperson“, auf welche angesichts des verminderten Schutzbedürfnisses die Verbraucherschutzregeln nicht anwendbar seien. Die Existenz der Zwischenkategorie der Zivilperson sei hiernach europarechtlich geboten, da die europäischen Richtlinien unselbstständige berufliche Tätigkeiten generell nicht als Verbrauchergeschäfte einordnen, weshalb europäisch z.B. der Arbeitnehmer bezüglich des Arbeitsvertrages nicht Verbraucher, sondern Zivilperson ist (Krebs DB 2002, 517).]

III. Sachlicher Anwendungsbereich des § 312 BGB

Fraglich ist schließlich, ob vorliegend auch der sachliche Anwendungsbereich des § 312 BGB eröffnet ist. Die Anwendbarkeit setzt gemäß § 312 Abs. 1 BGB voraus, dass ein entgeltlicher Vertrag vorliegt. Dies ist bei der Bürgschaft zweifelhaft.

Nach der früheren Rechtsprechung (BGHZ 113, 287; BGH NJW 1991, 2905) wurde die Anwendung des § 312 BGB (HWiG a.F.) abgelehnt, weil die Bürgschaft (Ausnahme: vom Hauptschuldner zu bezahlende Bankbürgschaft) kein Vertrag über eine entgeltliche Leistung sei, sondern eine einseitig übernommene Verbindlichkeit des Bürgen. Der Bürgschaftsvertrag sei gegenüber dem Darlehensvertrag ein rechtlich selbstständiger

Vertrag; nur der Darlehensvertrag sei ein entgeltliches Geschäft, nicht jedoch die Bürgschaftsverpflichtung. Überdies habe der Gesetzgeber bei der Schaffung des HWiG's a.F. nur an typische Haustürgeschäfte wie Kauf, Dienstleistung und Bestellung gedacht. Nach dieser Ansicht wäre folglich der sachliche Anwendungsbereich hier nicht eröffnet. Nach der neuen Rechtsprechung (BGH NJW 1993, 1594; KG NJW 1996, 1480; BGH NJW 1996, 930) und der h.L. (Lorenz NJW 1997, 2937; Riehm JuS 2000, 138 [142]) fällt der Bürgschaftsvertrag unter § 312 BGB.

Maßgeblicher Grund für die Änderung der Rechtsprechung ist die Tatsache, dass die EG-Richtlinie (Art. 1 der RL 85/577/EWG v. 20.12.85), auf der § 312 BGB beruht, keine Beschränkung auf entgeltliche Verträge enthält, sondern alle Verträge zwischen einem Gewerbetreibenden, der Ware liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher umfasst.

Die Pflicht der Mitgliedsstaaten zu gemeinschaftstreuem Verhalten schließt die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts ein, so dass eine weite Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 312 BGB geboten ist. Zudem ergebe sich eine Entgeltlichkeit auch dann, wenn die Bürgschaftserklärung von dem Bürgen in der erkennbaren Erwartung abgegeben werde, dass ihm oder einem Dritten ein erkennbarer Vorteil zufließt, der Gläubiger etwa einem Dritten ein Darlehen gewährt oder belässt (BGH NJW 1993, 1595). Nach dem Schutzzweck soll § 312 BGB vor Übereilung schützen. Wenn jedoch der Kauf ein Staubsaugers bereits unter den Anwendungsbereich des § 312 BGB fällt (Beachte: § 312 Abs. 3 Nr. 2 BGB), dann muss dies erst recht für das vielfach risikoreichere Geschäft eines Bürgschaftsvertrages gelten.

Somit wäre nach dieser Rechtsprechung § 312 BGB auf Bürgschaftsverträge unmittelbar anwendbar.

Der EuGH (EuGH NJW 1998, 1295 – *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG-Edgar Dietzinger*) hat die vom BGH ersuchte Vorabentscheidung nunmehr jedoch wie folgt entschieden: § 312 BGB sei lediglich dann auf Bürgschaftsverträge anwendbar, wenn die Bürgschaft selbst und die abgesicherte Schuld dem § 312 BGB unterfällt. Da die Richtlinie nur Verbraucher schützen wolle, kann sie sich auf die Bürgschaft nur erstrecken, sofern auch die durch sie gesicherte Hauptverbindlichkeit auf einem Verbraucher- und Haustürgeschäft beruht, die Hauptverbindlichkeit also nicht einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

Diese Auslegung durch den EuGH ist gemäß Art. 234 EGV für den BGH verbindlich (BGH NJW 1998, 2356 [2357]).

Da das Darlehen an die H & W – GmbH ihrer gewerblichen Tätigkeit dient, findet nach der Rechtsprechung des EuGH vorliegend § 312 BGB auf die Bürgschaftserklärung des A keine Anwendung.

Mithin wäre hiernach der sachliche Anwendungsbereich des § 312 BGB nicht eröffnet.

Diese Auslegung des EuGH ist jedoch in teleologischer Hinsicht bedenklich (Lorenz JuS 1999, 1145 [1146]; Medicus JuS 1999, 833 [837]). Da der Verbraucherschutz - vereinfacht gesagt – dem Ungleichgewicht Rechnung tragen soll, das zwischen einem berufsmäßig handelnden Profi und einem Amateur besteht, und dieses Ungleichgewicht sich auch zwischen einem Amateur und einer Bank unabhängig davon findet, ob die zu sichernde Verbindlichkeit einen Amateur oder einen Profi trifft, kann diese auf die Akzessorietät der Bürgschaft gestützte Entscheidung nicht überzeugen.

Daher ist an den alten Rechtsprechungsgrundsätzen festzuhalten, so dass der sachliche Anwendungsbereich des § 312 BGB hier eröffnet ist.

[Hinweis: Wegen der Bindungswirkung darf ein nationales Gericht letzter Instanz nicht von der Rspr. des EuGH abweichen oder es muss vorlegen (Art. 234 EGV). Der EuGH könnte jedoch seine eigene Rspr. aufheben. Im Rahmen der wiss. Lösung hier ist die Entscheidung frei.]

IV. Widerrufsfrist gemäß §§ 312 Abs. 1, 355 Abs. 1 BGB

Die Widerrufsfrist von 2 Wochen nach § 355 Abs. 1 S. 2 BGB ist vorliegend noch nicht abgelaufen, da sie erst mit ordnungsgemäßer Belehrung über das Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 2 BGB beginnt, die hier nicht erfolgt ist.

Auch eine „ultimo“-Frist gilt ausweislich des Wortlauts von § 355 Abs. 3 S. 2 BGB nicht, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist. Mithin ist hier die Widerrufsfrist nicht abgelaufen.

V. Widerrufserklärung

Ein Widerruf ist daher noch möglich. Bis dahin ist der Bürgschaftsvertrag schwebend wirksam, so dass die H-Bank Ansprüche aus dem Bürgschaftsvertrag bereits herleiten kann.

Ergebnis:

Gesellschafter A kann die Bürgschaftserklärung gemäß § 355 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 312 BGB widerrufen, wenn er eine formgerechte Widerrufserklärung gegenüber der Hausbank H abgibt.