
Datum: 27.02.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 30. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 30 U 135/01
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:0227:30U135.01.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 16 O 440/00

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 30. Mai 2001 verkündete Urteil des Einzelrichters der 16. Zivilkammer des Landgerichts Münster abgeändert. Der Beklagte wird verurteilt, über die erstinstanzlich ausgeurteilten 9.399,99 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 02. Juni 2000 hinaus, an die Klägerin weitere 5.419,69 EUR (10.600,01 DM) nebst 5 % Zinsen seit dem 05. Juli 2000 zu zahlen. Wegen des weitergehenden Zinsanspruchs wird die Berufung zurückge-wiesen; die weitergehende Klage bleibt abgewiesen. Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beschwer der Parteien liegt jeweils unter 20.000,00 EUR.

Entscheidungsgründe: 1

(abgekürzt nach §§ 543 Abs. 1 ZPO a.F., 26 Nr. 5 EGZPO) 2

I. 3

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin, eine Brauerei, schloß mit dem Eigentümer der Gaststätte H-Straße in N am 10.02.1994 u.a. einen auf 15 Jahre befristeten Verwaltungsvertrag, in dem in § 4 geregelt ist: 4

"Die Brauerei übernimmt dem Eigentümer gegenüber eine einmalige Pachtausfallbürgschaft für die Dauer dieses Vertrages bis zu einem Höchstbetrag von DM 25.000,00." 5

Am 04.05.1995 schloß die Streithelferin, die den Eigentümer der Gaststätte inzwischen beerbt hatte, mit dem Beklagten einen bis zum 30.04.2005 befristeten Pachtvertrag über 6

diese Gaststätte. Anfang 1997 bat der Beklagte um eine vorzeitige Entlassung aus dem Vertrag. Er stellte mit Herrn Q und Frau O Nachpächter, die aber nicht in der Lage waren, die erforderliche Kautionszahlung aufzubringen. Die Streithelferin machte daher die Aufhebung des Pachtvertrages von der Stellung einer Sicherheit durch den Beklagten abhängig. Unter dem 02.05.1997 unterzeichnete der Beklagte ein mit "Bürgschaft" überschriebenes Schriftstück, in dem es weiter u.a. heißt:	
"Herr L ... bürgt in Höhe von 20.000,00 DM für Q und O.	7
Diese Bürgschaft steht als Sicherung der Kautionszahlung für die Anpachtung der Gaststätte H-Straße in #####3 N.	8
Sollten die Pächter der Gaststätte mit Zahlungen in Verzug geraten, die eine Inanspruchnahme der Kautionszahlung, in voller Höhe oder teilweise, seitens des Verpächters ... rechtfertigen, tritt Herr L für diese Forderungen ein.	9
Die Bürgschaft erlischt mit dem Zeitpunkt, wenn die Kautionszahlung seitens der Pächter in voller Höhe dem Kautionskonto gutgeschrieben wurde."	10
In dem Pachtvertrag, den die Streithelferin mit den Nachpächtern schloß, heißt es u.a.:	11
"Zur Sicherung für alle Forderungen, welche dem Verpächter gegen den Pächter aufgrund dieses Vertrages oder aus einem sonstigen Rechtsgrunde bereits entstanden sind oder noch entstehen werden, hat der Pächter dem Verpächter Sicherheit in Höhe von 20.000,00 DM zu stellen. ..."	12
Die Nachpächter zahlten in der Folgezeit die Kautionszahlung nicht und blieben auch Pächter in Höhe von insgesamt 21.150,00 DM schuldig. Die Klägerin, von der Streithelferin im Hinblick auf die Pachtfallbürgschaft in Anspruch genommen, zahlte im Laufe des Jahres 1997 21.150,00 DM an die Streithelferin.	13
Nach vorausgegangenem Schriftverkehr, in dem es u.a. um Nebenkosten, Mietminderungen und Reparaturkosten ging, schlossen die Streithelferin und der Beklagte am 12.10.1998 einen Vergleich, mit dem "alle Ansprüche im Hinblick auf das Objekt H-Straße in N abgegolten" sein sollten.	14
Mit Schreiben vom 02.06.2000 forderte die Klägerin den Beklagten unter Berufung auf die Bürgschaft ohne Erfolg zur Zahlung von 21.150,00 DM auf. Mit der daraufhin erhobenen Klage hat sie zunächst wiederum 21.150,00 DM begehrt, hat dann aber die Klage in Höhe von 1.150,00 DM zurückgenommen und hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 20.000,00 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 02.06.2000 zu zahlen.	15
Der Beklagte hat die Klageforderung in Höhe von 9.399,99 DM nebst 4 % Zinsen anerkannt und im übrigen Klageabweisung beantragt.	16
Er hat behauptet, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein. In Kenntnis dieses Umstandes habe die Streithelferin ihm die Bürgschaftserklärung mit den Worten, es handle sich um eine Kündigungserklärung in Bezug auf das Pachtverhältnis, zur Unterschrift vorgelegt. Er habe unterschrieben, ohne zu wissen, daß es sich um eine Bürgschaftserklärung handle. Er habe deshalb - was unstreitig ist - unter dem 24.11.1997 die Anfechtung seiner Erklärung vom 02.05.1997 erklärt.	17

Das Landgericht hat durch Teilanerkennnis- und Schlußurteil den Beklagten entsprechend dem Anerkenntnis verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, daß der Bürgschaftsanspruch durch Zahlung der 21.150,00 DM an die Streithelferin nur in Höhe des anerkannten Betrages auf die Klägerin übergegangen sei. Die Klägerin und der Beklagte seien Mitbürgen, so daß der Übergang der Bürgschaftsforderung auf die Höhe des Ausgleichsanspruches zwischen den Mitbürgen beschränkt sei. Dieser Anspruch betrage hier 44,44 % der gezahlten 21.150,00 DM = 9.399,99 DM.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin, die bei gleichem Sachvortrag die Verurteilung des Beklagten zu weiteren 10.600,01 DM begehrt. Sie ist der Auffassung, daß der Rückgriff gegen den Beklagten nicht auf eine Quote beschränkt sei, weil die Klägerin als Ausfallbürgin im Verhältnis zu normalen Bürgen nur subsidiär hafte. Der Beklagte begehrt bei gleichem Sachvortrag die Zurückweisung der Berufung. Er ist der Auffassung, die Bürgschaftserklärung wirksam widerrufen zu haben. Zudem sei die Bürgschaftserklärung durch den 1998 geschlossenen Vergleich mit der Streithelferin erloschen.

II.

Die Berufung der Klägerin ist begründet.

Die Klägerin kann vom Beklagten nach §§ 765 Abs. 1, 774 Abs. 1, 412, 401 BGB neben den bereits ausgeurteilten 9.399,99 DM weitere 10.600,01 DM = 5.419,69 EUR verlangen. Sie hat durch Erfüllung der eigenen Bürgschaftsverpflichtung gegenüber der Streithelferin im Wege des gesetzlichen Forderungsübergangs die Hauptschuld und damit auch die Ansprüche aus der Bürgschaftsvereinbarung vom 02.05.1997 gegen den Beklagten in voller Höhe erworben.

1.

Die Klägerin hat die Hauptschuld, die in den unstreitigen Pachtrückständen der Nachpächter in Höhe von 21.150,00 DM bestand, 1997 durch Zahlung dieses Betrages erfüllt.

2.

Die Klägerin hat diese Zahlung auf die Hauptschuld als Ausfallbürgin erbracht.

Der Ausfallbürge verpflichtet sich nur eingeschränkt für den endgültigen Ausfall der Hauptforderung einzustehen, d.h. er haftet regelmäßig nur für das, was der Gläubiger trotz Sorgfalt nach Zwangsvollstreckung und Verwertung anderer Sicherheiten letztlich nicht erlangen kann (vgl. Staudinger/Horn, BGB, 13. Aufl., § 771 Rn. 11; BGH NJW 1979, 646 m.w.N.). Zur Annahme einer solchen Bürgschaft genügt in der Regel die Bezeichnung als Ausfall- oder Schadlosbürgschaft (MünchKomm/Habersack, BGB, 3. Aufl., § 765 Rn. 101). Die im Verwaltungsvertrag vom 10.02.1994 gewählte Bezeichnung als "Pachtausfallbürgschaft" reicht hier daher zur Annahme dieser besonderen Bürgschaftsform aus. Die vom Beklagten gewünschte Deutung als Pachtausfall-Bürgschaft, die der reine Wortlaut der Bezeichnung zuläßt, überzeugt inhaltlich schon deshalb nicht, weil die Haftung für einen Pachtausfall durch Bürgschaft einfacher durch die Bezeichnung "Pachtbürgschaft" zum Ausdruck zu bringen ist. Insoweit ist auch parallel der Begriff der Mietbürgschaft geläufig (vgl. etwa Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III., Rn. 824 f.).

3.

Die Klägerin hat gemäß § 774 Abs. 1 S. 1 BGB die Hauptforderung und mit ihr nach §§ 412, 401 BGB etwaige Nebenrechte erworben, auch wenn der vorherige erfolglose Versuch von Zwangsvollstreckungen oder von Verwertungen anderer Sicherheiten nicht ersichtlich ist. Der gesetzliche Forderungsübergang tritt bei der Ausfallbürgschaft auch dann ein, wenn der Ausfallbürge die Hauptschuld erfüllt, noch bevor der Ausfall feststeht.

Die gegenteilige Auffassung in der Literatur (Schuler, NJW 1953, 1689, 1691), wonach der gesetzliche Forderungsübergang bei vorzeitiger Zahlung durch den Ausfallbürgen nicht stattfinden soll verkennt, daß es in der Dispositionsfreiheit der Parteien des Bürgschaftsvertrages steht, ungeachtet der wirtschaftlichen Nachrangigkeit der Ausfallbürgschaft, die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Bürgen einverständlich vorzuverlegen. Insoweit kann auch von vornherein eine selbstschuldnerische Ausfallbürgschaft vereinbart werden (vgl. MünchKomm/Habersack, a.a.O. § 765 Rn. 101). Bedenken gegen eine nachträgliche einvernehmliche Abänderung der Bedingungen, die konkludent etwa in der vorzeitigen Anforderung durch den Gläubiger und der vorzeitigen Leistung durch den Ausfallbürgen gesehen werden kann, bestehen nicht. Schutzwürdige Interessen anderer Sicherungsgeber, etwa gewöhnlicher Bürgen für die selbe Hauptschuld, werden durch eine solche Vereinbarung nicht tangiert. Etwaige Mängel der Schriftform (§ 766 S. 1 BGB) sind in dieser Konstellation jedenfalls mit Erfüllung der Hauptverbindlichkeit geheilt (§ 766 S. 3 BGB) und im vorliegenden Fall ohnehin ohne Relevanz, weil die Bürgschaft für die Klägerin ein Handelsgeschäft darstellt (§ 350 HGB).

4. 31

Die Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten besteht. Ein schriftlicher und damit formwirksamer Bürgschaftsvertrag (§§ 765, 766 BGB) ist zwischen den Beklagten und der Streithelferin unter dem 02.05.1997 zustandegekommen. Die Bürgschaft sichert auch die von den Nachpächtern geschuldeten Pachtrückstände. Dabei kann dahinstehen, ob die Bürgschaftserklärung des Beklagten sich unmittelbar auf alle von der Kautions gesicherten Forderungen oder nur auf den Kautionszahlungsanspruch bezieht. Über die Haftung für die Kautionszahlung haftet der Beklagte jedenfalls mittelbar für die entstandenen Pachtrückstände. Denn die Kautions sichert ihrerseits u.a. auch die Pachtzahlungen. Sie hätte spätestens zu dem Zeitpunkt gezahlt werden müssen, als die Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme der Kautions erfüllt waren. Dies wiederum war mit Entstehung der Rückstände der Fall.

5. 33

Der Beklagte hat seine Bürgschaftserklärung nicht wirksam angefochten. Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 1 BGB) und eine Anfechtung wegen Irrtums (§ 119 Abs. 1 1. Variante BGB) scheitern jedenfalls daran, daß die Behauptung des Beklagten, er sei davon ausgegangen, eine Kündigungserklärung zu unterschreiben, schon in sich nicht nachvollziehbar ist und zudem insoweit auch keine tauglichen Beweismittel angeboten worden sind.

6. 35

Die (gewöhnliche) Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten (§ 765 Abs. 1 BGB) ist als Nebenrecht der Pachtforderungen gemäß §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB auf die Klägerin als Ausfallbürgin in vollem Umfang von 20.000,00 DM übergegangen.

37

Der Rückgriff des in Anspruch genommenen Ausfallbürgen gegen den gewöhnlichen Bürgen ist nicht nach § 774 Abs. 2 BGB beschränkt. Dies gilt auch dann, wenn die gewöhnliche Bürgschaft erst nach der Ausfallbürgschaft begründet wurde.

Die Haftung des Ausfallbürgen ist gegenüber allen sonstigen Sicherungsmitteln des Gläubigers subsidiär (vgl. MünchKomm/Habersack, a.a.O. § 769 Rn. 3; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, 2. Aufl., Rn. 142). Treffen Ausfallbürge und gewöhnlicher Bürge zusammen, besteht zwischen beiden keine Gleichstufigkeit. Eine Gesamtschuld und somit auch eine Mitbürgschaft im Sinne von § 769 BGB sind damit ausgeschlossen (vgl. Erman/Seiler, BGB, 10. Aufl., § 769 Rn. 3; Auernhammer, BB 1958, 973). Die Ausfallbürgschaft dient nur dazu, das Risiko des Kreditgebers, nicht aber das des gewöhnlichen Bürgen zu verringern (Palandt/Sprau, BGB, 61. Aufl., § 774 Rn. 14). Wird dieser in Anspruch genommen, stehen ihm folglich keine Ausgleichsansprüche gegen den Ausfallbürgen zu (BGH NJW 1979, 646). Umgekehrt folgt daraus, daß der Anspruch des Ausfallbürgen gegen den gewöhnlichen Bürgen nicht durch § 774 Abs. 2 BGB beschränkt wird. 38

Der Umstand, daß die gewöhnliche Bürgschaft des Beklagten erst nach der Bürgschaft der Klägerin begründet wurde, ändert an diesen Haftungsverhältnissen nichts. Da die Haftung des Ausfallbürgen subsidiär angelegt ist und es auch bleibt, kommen ihm nachträgliche Entwicklungen, etwa eine unmittelbare Verbesserung der Vermögenslage des Schuldners (vgl. Schuler, NJW 1953, 1689, 1690), aber auch nachträglich hinzukommende Haftungsobjekte und später eintretende, weitere haftende Personen uneingeschränkt zugute. 39

6. 40

Die Verpflichtung des Beklagten aus der Bürgschaft ist schließlich auch nicht durch den mit der Streithelferin am 12.10.1998 geschlossenen Vergleich erloschen. Dies scheidet schon deshalb aus, weil die Streithelferin zu diesem Zeitpunkt nicht mehr Inhaberin des Bürgschaftsanspruches gegen den Beklagten war. Dieser Anspruch war bereits 1997 nach Zahlung der Hauptschuld durch die Klägerin kraft Gesetzes auf diese übergegangen. 41

7. 42

Die Klägerin kann die noch in der Berufung geltend gemachten Zinsen in Höhe von 5 % nach §§ 284 Abs. 3, 288 Abs. 1 BGB (in der vom 01.05.2000 bis 31.12.2001 geltenden Fassung) ab dem 05.07.2000 verlangen. Die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung setzt grundsätzlich eine Leistungsaufforderung des Gläubigers voraus (Staudinger/Horn, a.a.O. § 765 Rn. 112). Diese Aufforderung ist hier mit dem Schreiben vom 02.06.2000 gegeben, so daß bei Unterstellung eines normalen Postlaufs von maximal drei Tagen dieses Schreiben am 05.06.2000 dem Beklagten zugegangen und Verzug nach § 284 Abs. 3 BGB 30 Tage später, mithin am 05.07.2000 eingetreten ist. 43

8. 44

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO, 26 Nr. 8 EGZPO. 45
