


147-28-00423

Vorausklage und Schadlosbürgschaft.



Auszug

aus der gleichbetitelten
Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen Juristischen Fakultät der
Universität Marburg.

Vorgelegt von

Joachim von Hasselbach
Gerichtsreferendar zu Cassel, Jordanstraße 48.



Berichterstatter : Geh. Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard.

MARBURG 1922

Druck von Julius Schröder, Kirchhain, Bez, Cassel.

1000/1923



A. Vorausklage.

Historische Entwicklung der Vorausklage.

Nach dem *jus civile* stand es im Belieben des Gläubigers bei Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit entweder den Bürgen, oder den Hauptschuldner zu belangen. Dieses Wahlrecht des Gläubigers schränkte Justinian insoweit ein, als er durch Einführung des *beneficium excussionis seu ordinis* den Bürgen bei einem Angriff des Gläubigers in die Lage versetzte, seine subsidiäre Haftung einredeweise geltend zu machen.

Die Vorausklage nach dem BGB.

Der im § 771 BGB. auch für das geltende Recht ausgesprochene Grundsatz der Subsidiarität der Bürgenhaftung ist nicht uneingeschränkt durchgeführt. Das Gesetz ist vielmehr von diesem Grundsatz abgewichen:

- a) in den Fällen des § 773 Ziffer 2—4 BGB.,
- b) im Falle der §§ 349, 351 HGB.,
- c) im Falle des § 194 KO.

Die Vorausklage kann aber auch vertraglich ausgeschlossen werden, insbesondere durch Verbürgung als Selbstschuldner gemäß § 773 Ziff. 1 BGB. Eine selbstschuldnerische Bürgschaft ist ihrer juristischen Natur nach eine echte Bürgschaft und unterscheidet sich durch die strenge Wahrung ihres akzessorischen Charakters sowohl von der Gesamtschuld im Sinne der §§ 421 ff. BGB., bei welcher Ereignisse, die in der Person eines einzelnen Schuldners eintreten, nur auf die Verpflichtung dieses einzelnen von Einfluß sind, während die übrigen Verpflichtungen unberührt bleiben, als auch von der kumulativen Schuldübernahme, bei welcher das Prinzip der Akzessorität nur in beschränktem Umfange durchgeführt ist.

Der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage unterliegt aus zweierlei Gründen der Schriftform. Einerseits muß die im Interesse des gewöhnlichen Bürgen getroffene soziale Schutzvorschrift des § 766 BGB. auch für den selbstschuldnerischen Bürgen gelten, der wesentlich schärfer als ersterer haftet, weil sonst der Zweck dieser Vorschrift verfehlt wäre; andererseits muß berücksichtigt werden, daß auf Grund ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG. Bd. 59, S. 10; 65, S. 46; 81, S. 414; 95, S. 9) für mündliche Nebenabreden, durch die die Haftung des Bürgen erschwert wird, Schriftform erforderlich ist.

B. Die Schadlosbürgschaft.

Historische Entwicklung der Schadlosbürgschaft.

Die fidejussio indemnitatis war bereits vor Einführung des beneficium excussionis seu ordinis beherrscht von den Grundsätzen der Akzessorietät und Subsidiarität und hat an diesen Grundsätzen auch im gemeinen Recht festgehalten.

Die Schadlosbürgschaft nach dem BGB.

Nach dem im Schuldrecht herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit ist auch nach dem BGB. der Abschluß einer Schadlosbürgschaft zulässig. Diese Verbürgungsform ist als echte Bürgschaft anzusehen, nicht etwa als Garantievertrag oder als Garantievertrag auf Forderungsausfall, weil bei ihr die Akzessorietät der Bürgenverpflichtung völlig gewahrt ist, während die Garantenvpflichtung selbständig ist.

Die Schadlosbürgschaft kann auch nicht als Ausbietungsgarantie betrachtet werden, weil sie die Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten — also einen obligatorischen Anspruch — sichern soll, während die Ausbietungsgarantie zum Schutze der Hypothek — also eines dinglichen Rechtes — dient.

C. Verhältnis von Vorausklage und Schadlosbürgschaft.

Regelung der Beweislast.

1. Bei der gewöhnlichen Bürgschaft trifft den Gläubiger nur dann die Beweislast dafür, daß eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolglos versucht ist, wenn der Bürge die Vorausklage ausdrücklich geltend macht.
2. Bei der Schadlosbürgschaft haftet der Bürge nur unter der Bedingung, daß der Gläubiger vom Schuldner nicht in voller Höhe befriedigt wird. Der Gläubiger muß somit in jedem

Falle vor Inanspruchnahme des Bürgen ziffernmäßig den Nachweis des beim Hauptschuldner erlittenen Ausfalls beibringen.

Diligenzpflicht des Gläubigers.

1. Bei der gewöhnlichen Bürgschaft braucht der Gläubiger bei seinem Vorgehen gegen den Hauptschuldner keine besondere Rücksicht auf die Interessen des Bürgen zu nehmen, denn ihm erwachsen aus dem Bürgschaftsvertrag nur Rechte, keine Pflichten.
2. Bei der Schadlosbürgschaft ist der Gläubiger zur sorgfältigen Wahrung der Interessen des Bürgen verpflichtet, weil dieser nur für den Betrag zu haften versprochen hat, welchen der Gläubiger bei Anwendung gehöriger Sorgfalt vom Hauptschuldner nicht erlangen kann.

Durchführung der Vorausklage.

1. Bei der gewöhnlichen Bürgschaft ist der Gläubiger gemäß § 771 BGB. zur Inanspruchnahme des Bürgen berechtigt, wenn er irgend eine nach den Bestimmungen der ZPO. zulässige Form der Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolglos versucht hat.
2. Bei der Schadlosbürgschaft kann eine Inanspruchnahme des Bürgen erst erfolgen, wenn der Gläubiger den ihm entstandenen Ausfall ziffernmäßig festgestellt hat. Naturgemäß kann diese Feststellung nicht durch einen Versuch, sondern nur durch planmäßige Durchführung der Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolgen.

Verzicht auf die Einrede der Vorausklage.

1. Bei der gewöhnlichen Bürgschaft ist die Vorausklage in den Fällen des § 773 BGB., im Falle der §§ 349, 351 HGB. und im Falle des § 194 KO. auf Grund einer Gesetzesbestimmung oder gemäß Vereinbarung ausgeschlossen.
2. Bei der Schadlosbürgschaft ist ein Verzicht auf die Vorausklage in keinem der angeführten Fälle möglich, weil dem Schadlosbürgen die Einrede der Vorausklage nicht allein auf Grund Gesetzes, sondern auch auf Grund der seinem Versprechen beigefügten Beschränkung zur Seite steht. Ein Verzicht auf diese — zum Wesen der Schadlosbürgschaft gehörige — Beschränkung entzieht derselben ihre rechtliche Grundlage und ist deshalb ausgeschlossen.