

34. Findet die Vorschrift des § 766 B.G.B. über die Form des Bürgschaftsvertrages auf einen Kreditauftrag im Sinne des § 778 B.G.B. Anwendung?

III. Civilsenat. Ur. v. 31. Januar 1902 i. S. J. (Bekl.) w. G. (Bl.).  
Rep. III. 374/01.

I. Landgericht Kassel.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Frage ist verneint worden aus folgenden

Gründen:

„1. Die Frage, ob § 766 B.G.B., wonach zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich ist, der Mangel der Form aber geheilt wird, soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, auch auf den in § 778 — ebenfalls in Buch 2 Abschnitt 7 Titel 18 — geordneten Kreditauftrag Anwendung zu finden hat, ist verneinend zu beantworten.

a) Schon der Wortlaut des § 778 („Wer einen Anderen beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge“) spricht gegen eine solche Anwendung. Denn danach ist nicht die Annahme des Auftrages (vgl. § 662 B.G.B.), sondern die Kreditgewährung maßgebend für die Haftung des Auftraggebers als Bürgen. Der Kreditauftrag steht also an sich der Bürgschaft keineswegs gleich, sondern diese Gleichstellung erfolgt erst durch ein weiteres Moment (die Kreditgewährung); vorher ist der Kreditauftrag nach den Vorschriften über den Auftrag, der an eine Form nicht gebunden ist, zu beurteilen.

b) Auch die Entstehungsgeschichte der fraglichen Gesetzesvorschriften spricht für die Verneinung der Frage. Der § 680 des ersten Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches lautete: „Hat jemand den ihm von einem Anderen erteilten Auftrag, in eigenem Namen und für eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, angenommen, so ist das aus dem Vertrage entstehende Rechtsverhältnis, soweit nicht ein anderer Wille der Vertragsschließenden erhellt, nicht nach den Vorschriften über den Auftrag, sondern nach den Vorschriften über die Bürgschaft zu beurteilen.“ Es war hierdurch, wie die Motive Bd. 2 S. 683 ausdrücklich

betonen, die Vorschrift beabsichtigt, daß im Falle des angenommenen Kreditauftrages das aus dem Vertrage entstehende Rechtsverhältnis nicht nach den Vorschriften über den Auftrag, sondern nach denjenigen über die Bürgschaft zu beurteilen sei. Diese Regelung fand indes nicht die Zustimmung der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern es wurde die jetzige Fassung des § 778 B.G.B. beschlossen unter der Begründung, daß vor erfolgter Kreditgewährung die Bestimmungen über den Auftrag in Bezug auf Kündigung, Widerruf u. Anwendung finden sollen (Protokolle der Kommission, bearbeitet von Achilles u. Bd. 2 S. 485/6). Die Vorschrift des § 766 B.G.B. fand sich in dem ersten Entwurfe überhaupt nicht; vielmehr ging man von dem Princip der Formfreiheit auch bei der Bürgschaft aus (Motive Bd. 2 S. 659/60). In der Kommission für die zweite Lesung wurde diese Regelung gebilligt, und ein Antrag „die Bürgschaftserklärung bedarf der schriftlichen Form“ abgelehnt (Protokolle a. a. O. S. 461/3). In der Reichstagskommission dagegen wurde den § 766 einzufügen beschlossen, jedoch ein weiterer Antrag betreffs Einführung der schriftlichen Form auch für die Schuldübernahme abgelehnt.

Vgl. Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (Carl Heymanns Verlag) S. 55.

Zur Begründung wurde auf die große Bedeutung und auf die Gefahren der Bürgschaft hingewiesen, daher es sich empfehle, durch eine Formvorschrift den sich Verpflichtenden zu größerer Vorsicht anzuspornen; von dem Kreditauftrag war in der Beratung keine Rede.

c) Aus Vorstehendem ergibt sich, daß der Gesetzgeber sich des Unterschiedes zwischen Bürgschaft, die nach § 765 Abs. 2 B.G.B. auch für eine künftige oder eine bedingte Verbindlichkeit übernommen werden kann, und Kreditauftrag sehr wohl bewußt war,

vgl. auch den in den Beratungen der Kommission für die zweite Lesung in Bezug genommenen Aufsatz von Rothenberg in dem Archiv für die civilistische Praxis Bd. 77 S. 323 flg.,

und daß die Fassung des § 778 diesen Unterschied hervorheben sollte. Finden aber vor der Kreditgewährung die Vorschriften über den Auftrag, und nicht die über die Bürgschaft Anwendung, so folgt daraus, daß die Formvorschrift über die Entstehung der Bürgschaft nicht auf die Entstehung des Kreditauftrages sich beziehen kann. Zwar ist in

der Kommission für die zweite Lesung (Protokolle a. a. O. S. 463) unter anderem der Antrag auf Schriftlichkeit der Bürgschaft mit der Argumentation bekämpft worden, daß man auch in einen Widerspruch mit der für das Mandat anerkannten Formfreiheit gerate, wenn man für den Kreditauftrag eine Form vorschreibe. Allein dieser Umstand ist deshalb ohne Belang, weil bei der fraglichen Beratung in der 140. Kommissionsitzung der § 680 des ersten Entwurfes, wonach der Kreditauftrag vollständig einer Bürgschaft gleichzubehandeln war, noch nicht geändert war, die Änderung dieses § 680 (nach welcher Änderung bis zur Kreditgewährung die Grundsätze des Auftrages, und erst von der Kreditgewährung an die Grundsätze der Bürgschaft Anwendung finden sollten) aber erst später in der 142. Kommissionsitzung erfolgte.

d) Infolge des zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch bestehenden materiellen Unterschiedes, der sich besonders in der Unwiderruflichkeit der ersteren, in der Möglichkeit des Widerrufs und der Kündigung bis zur Kreditgewährung bei dem letzteren zeigt, reicht die zwischen beiden Verträgen bestehende ähnliche volkswirtschaftliche Bedeutung nicht aus, um anzunehmen, daß die für den einen Vertrag vorgeschriebene Form auch für den anderen Geltung haben müsse. Dies umsoweniger, als das Bürgerliche Gesetzbuch über ähnliche Rechtsinstitute, z. B. Intercessionen, Garantieverträge, solche Bestimmungen nicht getroffen hat und als Regel den Grundsatz der Formlosigkeit der Verträge vertritt,

vgl. Pland, Kommentar zum B.G.B. Bd. 1 § 125 Bem. 1, wie ja auch ein Antrag auf Einführung der schriftlichen Form für die Schulübernahme seitens der Reichstagskommission abgelehnt worden ist. Ubrigens ist das Ergebnis, daß für Bürgschaft und Kreditauftrag betreffs der Form des Rechtsgeschäftes verschiedene Bestimmungen gelten, nicht ohne Vorgang in der Gesetzgebung, wie z. B. das preussische Allgemeine Landrecht in § 203 XI. I Tit. 14 bestimmt, daß eine Bürgschaftserklärung ohne Unterschied des Gegenstandes schriftlich oder zum gerichtlichen Protokoll abgegeben werden muß, und in § 214 XI. I Tit. 14 (in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Princip in § 181 XI. I Tit. 5) verordnet, daß bei einem Kreditauftrag eine mündliche Erklärung gilt, wenn die Summe des zu gebenden Kredites auf 50 Thaler oder weniger eingeschränkt war.“

---

2. (Folgt die Ausführung, daß das Berufungsgericht in der vorliegenden Sache ohne Rechtsirrtum einen Kreditauftrag, und nicht eine Bürgschaft als von den Parteien gewollt angenommen hat.)