

# Behauptungs- und Beweislastverteilung im Bürgschafts- und Selbst- schuldbürgschaftsvertrag

*Ichiro Kasuga\**

## 1. Einwendungs- und Leugnungstheorie

(1) Der Kampf um die Folgen des qualifizierten Geständnisses für die Beweislastverteilung betrifft hauptsächlich Prozesse auf Erfüllung von Verträgen und in der Literatur streiten „Leugnungs-“ und „Einwendungstheorie (n)“ um die richtige Lösung der Beweislastfragen, die bei Zweifeln über das Zustandekommen und den Inhalt eines Rechtsgeschäfts auftauchen.

(2) Im japanischen Recht vertreten die Rechtsprechung und die wohl herrschende Meinung im Gegensatz zum deutschen Recht die Einwendungstheorie. Danach ist gegenüber einem vertraglichen Erfüllungsanspruch die Behauptung, z. B. der Vertrag sei aufschiebend bedingt geschlossen, die Bedingung aber noch nicht eingetreten, eine rechtshindernde Einwendung, die vom Anspruchsgegner zu beweisen ist (§ 127 I JBGB = § 158 I BGB wird als eine „Gegennorm“ angesehen.).

Die Leugnungstheorie faßt solche Behauptungen des Beklagten als Leugnung des Klagegeschäfts auf. Nach dieser Theorie ist die Bedingung nicht eine Nebenabrede, sondern integrierter Bestandteil des Vertrages. Deshalb entstehe der vertragliche Anspruch nur, wenn entweder eine Bedingung nicht gesetzt oder die gesetzte Bedingung eingetreten sei. Der Kläger trägt also die Beweislast für die Unbedingtheit oder dafür, daß die vereinbarte aufschiebende Bedingung eingetreten ist. Die Leugnungstheorie wird damit begründet, daß die Änderung eines unbedingten Schuldverhältnisses in ein bedingtes oder umgekehrt, die Änderung des wesentlichen Bestandteils einer Schuld sei (§ 513 II JBGB) und als Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderung verbunden mit einem neuen Antrag gilt (§ 528 JBGB = § 150 II BGB), und damit in diesem Fall überhaupt kein Vertrag zustandekommt. Bleibt ungeklärt, ob eine Bedingung vereinbart worden ist, so geht diese Unaufklärbarkeit zu Lasten des Klägers.

---

\* außerordentlicher Professor (Jokyōju) des Zivilverfahrensrechts

(3) Der Meinungsstreit zwischen Einwendungs- und Leugnungstheorie gilt entsprechend für die Behauptung, daß ein anderes Rechtsgeschäft vorliege, z. B. Bürgschaft statt Selbstschuldbürgschaft oder Schenkung statt Kauf.

Um diesen Meinungsstreit zu lösen, soll zunächst versucht werden, die Unterschiede zwischen beiden Theorien am konkreten Beispiel (hier, Bürgschaft statt Selbstschuldbürgschaft) deutlich zu machen.

## 2. Vergleich zwischen Bürgschaft und Selbstschuldbürgschaft

(1) Die Selbstschuldbürgschaft unterscheidet sich von der normalen Bürgschaft dadurch, daß die Einrede der Vorausklage (§§ 452 und 453 JBGB ≙ § 771 BGB) gemäß § 454 JBGB (= § 773 I Nr 1) ausgeschlossen ist, und daß das für die Schuldmehrheit ausgesprochene „beneficium divisionis“ (Mehrere Schuldner verpflichten sich zu einer gleichen teilbaren Leistung.) beseitigt ist (§§ 456, 427 JBGB, diese Vorschrift steht im Gegensatz zum § 769 BGB. vgl. Art. 2026 C. civ.). Und die gegenüber dem Selbstschuldbürgen eingetretenden Tatsachen wirken für und gegen den Hauptschuldner (Entsprechende Anwendung der folgenden Vorschriften durch § 458 JBGB<sup>(1)</sup>). Dies gilt insbesondere für die Unterbrechung der Verjährung durch die Forderung (§ 434 JBGB), die Novation und Aufrechnung (§§ 435, 436 I JBGB) und die Vereinigung der Forderung mit der Schuld (§ 438 JBGB).

War der normalen Bürgschaft von Anfang an die Abrede „Selbstschuld“, die der Bedingung des Rechtsgeschäfts entspreche, hinzugefügt, so kann diese Abrede zweierlei Bedeutung haben. Einerseits kann sie als „Zusatz des Vertrages“ aufgefaßt werden, andererseits aber auch als wesentlicher Teil des Vertragsinhalts. Im ersten Fall ist die normale Bürgschaft das Urbild und durch die Selbstschuldbürgschaft hat der Bürge nur noch weitere Verpflichtungen übernommen. Im zweiten Fall sind die normale Bürgschaft und die Selbstschuldbürgschaft völlig verschiedene Dinge und die Abrede „Selbstschuld“ gestaltet als Inhalt des vom Gläubiger behaupteten Vertrages einen anderen Vertrag als den normalen Bürgschaftsvertrag.

(2) Zwischen diesen beiden Betrachtungsweisen besteht ein großer Unterschied. Das mag folgendes Beispiel zeigen.

Der Kläger begründet seinen Anspruch gegen den Bürgen mit der Behauptung, der Beklagte sei „Selbstschuldbürge“.

---

(1) Bei dieser Vorschrift diente dem Gesetzgeber des JBGB als Vorlage der Art. 2021 C. civ. (auquel cas (=elle se soit obligée solidairement avec le débiteur) l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires.).

Dagegen verteidigt der Beklagte damit, daß er nur normaler Bürge sei.

In diesem Fall umfaßt nach der ersten Ansicht der vom Kläger geltend gemachte Anspruch aus Selbstschuldbürgschaft auch den Erfüllungsanspruch aus „normaler Bürgschaft“. Nach der zweiten Ansicht hingegen wäre die Klage unbegründet, wenn der Kläger einen Erfüllungsanspruch aus „Selbstschuldbürgschaft“ geltend macht, der Beklagte tatsächlich aber nur als „normaler Bürge“ verpflichtet ist<sup>(2)</sup> (Im folgenden werden die erste Ansicht als **B-theorie** und die zweite als **S-theorie** bezeichnet. Die **B-theorie** entspricht der **Einwendungstheorie** und die **S-theorie** der **Leugnungstheorie**. Die normale Bürgschaft wird im folgenden als „Bürgschaft“ bezeichnet.).

### 3. Unterschied zwischen Bürgschaftstheorie und Selbstschuldbürgschaftstheorie in der Zivilrechtspraxis

Einen praktischen Unterschied zwischen der B-theorie und der S-theorie gibt es in folgenden fünf Punkten.

#### **B-theorie**

(1) Nach der B-theorie ist die Abrede „Selbstschuld“ nur „Zusatz“ des Bürgschaftsvertrages. Deshalb sind der Anspruch aus Bürgschaft und der Anspruch aus Selbstschuldbürgschaft im Grunde identisch. Somit besteht nur ein einziger prozessualer Anspruch. Eine Unterscheidung der Ansprüche findet nur durch ihre rechtliche Qualifikation in den Urteilsgründen statt. Die Rechtshängigkeit einer Klage, mit der der Anspruch aus Bürgschaft geltend gemacht wird, steht einer gleichzeitigen weiteren Klage aus Selbstschuldbürgschaft entgegen (§231 JZPO=§261 ZPO).

(2) Die Klage ist hinreichend mit der Behauptung begründet, der Kläger habe mit dem Beklagten einen Bürgschaftsvertrag geschlossen. Die Behauptungen, er habe einen Vollstreckungsversuch unternommen oder die Abrede „Selbstschuld“ sei der normalen Bürgschaft hinzugefügt gewesen, sind nicht erforderlich und stellen sich als „antizipiertes Bestreiten“ einer erwarteten Einrede des Beklagten (z. B. Einrede der Mahnung oder Vorausvollstreckung, §§452, 453 JBGB=§771 BGB) dar (siehe! 4. B-theorie).

(3) Läßt der Kläger den anfangs behaupteten Anspruch aus Bürgschaft fallen und stützt seinen Anspruch nunmehr auf Selbstschuldbürgschaft

---

(2) Im Gegensatz zum deutschen Recht ist nach der japanischen Rechtsprechung und der h. M. der Streitgegenstand durch den konkreten materiellrechtlichen Anspruch individualisiert (Es gibt also die grundsätzliche Identität zwischen materiellem Anspruch und prozessualen Streitgegenstand.)

oder umgekehrt, liegt hierin keine Klageänderung (§232 JZPO=§263 ZPO).

(4) Hinsichtlich der materiellen Rechtskraft ergibt sich folgendes: Wird die Klage aus Bürgschaftsforderung als unbegründet abgewiesen, so muß eine neue Klage aus Selbstschuldbürgschaftsforderung als unzulässig abgewiesen werden (§199 I JZPO=§322 I ZPO), da nach der B-theorie beide Ansprüche identisch sind (vgl. (1)).

(5) Erscheint der Beklagte im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung nicht, so wird gegen ihn ohne weiteres ein Urteil erlassen, wenn die als zugestanden anzusehende (§140 III JZPO=§331 ZPO) Behauptung des Klägers (Vorhandensein der Bürgschaft) dies rechtfertigt.

### **S-theorie**

(1) Der Anspruch aus Bürgschaft ist mit dem aus Selbstschuldbürgschaft nicht identisch. Deshalb können beide Ansprüche gleichzeitig in verschiedenen Prozessen verfolgt werden, ohne daß die Rechtshängigkeit der einen Klage die andere Klage unzulässig macht.

(2) Für die Bestimmung des prozessualen Anspruchs kommt es darauf an, ob der Kläger den Anspruch aus der Bürgschaft oder den aus der Selbstschuldbürgschaft fordert. Es muß deshalb als ein unentbehrlicher Bestandteil des Klagegrundes in der Klageschrift klar gestellt werden, welchen der beiden Ansprüche der Kläger verfolgt. Macht der Kläger in einem Prozeß beide Ansprüche geltend, so liegt eine Klagenhäufung vor (§227 JZPO=§260 ZPO).

(3) Läßt der Kläger den anfangs behaupteten Anspruch aus Selbstschuldbürgschaft fallen und stützt seinen Anspruch nunmehr auf Bürgschaft, liegt hierin eine Klageänderung (Im Gegensatz zum §263 ZPO bedarf es keiner Zustimmung des Beklagten für die Klageänderung (§232 JZPO)).

Hat der Beklagte die Selbstschuldbürgschaft zugestanden, muß er dieses Geständnis widerrufen (nach §290 ZPO, eine entsprechende Vorschrift fehlt in der JZPO, die h.L. verlangt aber für den Widerruf gleiche Voraussetzungen wie die ZPO.), wenn er nachträglich die Vereinbarung einer Bürgschaft behaupten will.

(4) Wird die Klage aus Selbstschuldbürgschaftsforderung abgewiesen, so kann der Anspruch aus Bürgschaft im neuen Prozeß erneut geprüft und anders beurteilt werden, da nach der S-theorie die Ansprüche nicht identisch sind.

Der Richter muß es im Tatbestand oder in den Urteilsgründen klar machen, welchen Anspruch der Kläger forderte.

(5) Gegen den säumigen Beklagten wird ohne weiteres ein Urteil erlassen, wenn die als zugestanden anzusehende Behauptung des Klägers (Vorhandensein der Selbstschuldbürgschaft) dies rechtfertigt.

#### 4. Beweislastverteilung nach beiden Theorien

Auch bei der Beweislastverteilung bestehen Unterschiede bei beiden Theorien.

##### **B-theorie**

(1) Macht der Gläubiger einen Anspruch gegen den Bürgen geltend, so hat er den Abschluß und den Umfang des Bürgschaftsvertrages sowie die Entstehung und die Höhe der Hauptforderung zu beweisen.

(2) Der Bürge kann sich auf die Einreden des Hauptschuldners berufen („Akzessorität“, §768 I BGB, das JBGB enthält keine entsprechende Vorschrift.). Er trägt also die Beweislast für die Erfüllung der Hauptforderung oder das Bestehen einer Einrede oder Einwendung gegen die Hauptforderung, soweit die Beweislast für diese Einrede oder Einwendung dem Hauptschuldner obliegt (z. B. Einrede der Aufrechnung, §457 II JBGB = §770 II BGB).

Der Bürge kann verlangen, daß erst der Hauptschuldner in Anspruch genommen wird (Einrede der Mahnung<sup>(3)</sup>, §452 Satz 1 JBGB). Diese Einrede ist tatbestandslose Einrede. Er kann aber auch die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner verlangen (Einrede der Vorausvollstreckung, §453 JBGB = §771 BGB). Beides sind aufschiebende Einreden und gründen sich auf die „Subsidiarität“ der Bürgenverpflichtung.

Wenn der Bürge die Einrede der Vorausvollstreckung geltend macht, trägt er die Beweislast für das Vorhandensein von Vermögen des Hauptschuldners und die Leichtigkeit der Vollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners (Im Gegensatz zur Einrede der Mahnung ist diese Einrede nicht tatbestandslose Einrede.).

(3) Diese Einrede entfallen bei Konkurs oder Verschollenheit des Hauptschuldners (§452 Satz 2 JBGB = §773 I Nr 2, 3 BGB) und Verzicht des Bürgen auf diese Einreden. Diese Replik aus §452 Satz 2 steht auch der Einrede der Vorausvollstreckung entgegen. Das Vorliegen eines der die Einreden ausschließenden Gründe hat der Gläubiger zu beweisen.

Gegen die Einrede der Vorausvollstreckung kann der Gläubiger auch beweisen, daß die Vollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird (vgl. §773 I Nr 4 BGB).

---

(3) §771 BGB, Art. 2021 C. civ., Art. 495 OR und §1355 ABGB regeln nur die Einrede der Vorausklage. Das JBGB regelt dagegen diese doppelte Einrede. Das Protokoll der Kommission zur Ausarbeitung des JBGB sieht nur eine Einrede vor. Gesetzlich geregelt wurde aber letztlich die doppelte Einrede. Das ist m. E. ein Gesetzgebungsfehler.

Die Einrede der Mahnung oder Vorausvollstreckung ist kraft Gesetzes ausgeschlossen, wenn die Bürgschaft für den Bürgen ein Handelsgeschäft ist. §511 II JHGB (= §349 HGB) regelt, daß der Bürge als Selbstschuldbürge haftet, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist. Als Replik trägt der Gläubiger die Beweislast für die „Handelsgeschäftlichkeit“.

(4) Der Bürge ist dafür beweispflichtig, daß das Unmöglichwerden der Befriedigung des Gläubigers die Folge der vom Gläubiger zu vertretenden Verspätung der Vollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners ist (§455 JBGB). Diese Vorschrift ist eine rechtsvernichtende Norm.

Als Verteidigungsmittel gegen diese Duplik des Bürgen kann der Gläubiger die Leistungsklage gegen den Hauptschuldner unter der Voraussetzung des §226 JZPO (= §259 ZPO) mit einer gleichzeitigen Klage gegen den Bürgen auf künftige Leistung verbinden (Klagenhäufung). Das Urteil gegen den Bürgen ist ein bedingtes Teilurteil gemäß dessen evtl. Haftung

### **S-theorie**

(1) Macht der Gläubiger einen Erfüllungsanspruch aus Selbstschuldbürgschaft gegen den Bürgen geltend, gibt es von Anfang an keine Möglichkeit, die Einreden der Mahnung und Vorausvollstreckung geltend zu machen (§454 JBGB=§773 I Nr 1 BGB). In diesem Fall hat der Gläubiger als Klagegrund auch das Verbürgen des Bürgen als „Selbstschuldner“ außer dem Bürgschaftsvertrag und die Entstehung der Hauptforderung zu beweisen. In diesem Punkt gibt es einen beträchtlichen Unterschied zur B-theorie.

Wenn auch ein Erfüllungsanspruch aus der Selbstschuldbürgschaft rechtskräftig verneint wird, kann der Gläubiger aber in einem neuen Prozeß den Erfüllungsanspruch aus der Bürgschaft geltend machen. Da der Streitgegenstand in beiden Prozessen verschieden ist, steht der Zulässigkeit der neuen Klage die Rechtskraft des Urteils nicht entgegen (vgl. 3. S-theorie (4)).

Dem Bürgen stehen die Einreden der Mahnung und Vorausvollstreckung nicht zu, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist. Der Bürge ist in diesem Fall wie ein Selbstschuldbürge verpflichtet (§511 JHGB). Soweit also die Voraussetzung des §511 JHGB erfüllt ist, kann der Gläubiger auch gegen den Bürgen die Selbstschuldbürgschaftsforderung geltend machen. Der Gläubiger hat den Umstand „Handelsgeschäftlichkeit“ als Klagegrund zu beweisen.

(2) Angenommen, es gäbe bei der Selbstschuldbürgschaft eine ähnliche Befreiung von der „Selbstschuld“ wie bei der Gesamtschuld (§437 JBGB=§423 BGB), so besteht nur die normale Bürgschaft fort, wenn der Gläubiger den Selbstschuldbürgen durch einseitiges Rechtsgeschäft (vgl. §519 JBGB,

dagegen §397 BGB) von der Selbstschuld befreit. In der Klage auf Erfüllung der Selbstschuldbürgschaftsforderung hat der Bürge diese Befreiung von der „Selbstschuld“ zu beweisen. Steht diese fest, so muß der Gläubiger die anfangs behauptete Selbstschuldbürgschaftsforderung fallen lassen und nunmehr im Wege der Klageänderung den Anspruch auf Bürgschaft stützen. Andernfalls müßte die Klage als unbegründet abgewiesen werden (Jedoch, siehe! (1) zweiter Abschnitt).

(3) Der Gläubiger kann sich dem Hauptschuldner gegenüber auf im Verhältnis zum Selbstschuldbürgen eingetretene Unterbrechung der Verjährung berufen (Entsprechende Anwendung des §434 durch den §458 JBGB<sup>(4)</sup>). Wenn der Selbstschuldbürge die Verjährung der Hauptschuld als Einrede geltend macht, so kann der Gläubiger die gegenüber dem Selbstschuldbürgen eingetretene Unterbrechung der Verjährung der Hauptschuld durch die Mahnung oder die Geltendmachung der Selbstschuldbürgschaftsforderung als Replik behaupten und beweisen.

## 5. Einige Bemerkungen

(1) Die S-theorie hat den Vorzug, daß der Gläubiger die Einreden der Mahnung und Vorausvollstreckung im Keime ersticken kann. Hierdurch wird der Prozeßverlauf einfach und unkompliziert. Insbesondere entfallen die Einreden aus Subsidiarität. Jedoch kann der Gläubiger nach dieser Theorie nicht ohne Klageänderung die Bürgschaftsforderung einklagen. Dadurch besteht die Gefahr, daß der Konflikt nicht in einem Prozeß gelöst werden kann, sondern der Gläubiger nochmals Klage erheben muß.

(2) Ein Vorzug der B-theorie liegt jedoch darin, daß das Gericht ohne die Maßnahme der Klageänderung die Selbstschuldbürgschaftsforderung prüfen kann, wenn der Kläger die anfängliche Behauptung der Vereinbarung einer Bürgschaft fallen läßt und nachträglich die Vereinbarung einer Selbstschuldbürgschaft behauptet.

Wie oben erwähnt, kann der Gläubiger den Selbstschuldbürgen durch einseitiges Rechtsgeschäft von der Selbstschuld befreien (vgl. 4. S-theorie (2)). Danach bleibt allein die Bürgschaftsforderung übrig. Dies ist ein Argument dafür, die Selbstschuldbürgschaft als eine Bürgschaft mit dem „Zusatz“ der Selbstschuld anzusehen. Bei dieser Betrachtungsweise ist es folgerichtig, wenn nach der B-theorie der Gläubiger die Abrede der „Selbstschuld“ als Replik zu beweisen hat.

(3) Allerdings gibt es auch beachtliches Argument für die S-theorie. Ein Vertrag kommt erst zustande, wenn sich die Parteien über alle wesentlichen Bestandteile geeinigt haben. Eine Annahme unter Änderung

---

(4) Dagegen §425 II BGB

gilt als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrag (§528 JBGB=§ 150 II BGB). Sofern nicht alle wesentlichen Punkte eines Vertrages vereinbart sind, kann er nicht als geschlossen angesehen werden. Bleibt ungeklärt, ob „Selbstschuld“ vereinbart worden ist, so geht diese Unauflärbarkeit zu Lasten des Klägers. Wenn man also der S-theorie folgt, ist es richtig, dem Kläger die Beweislast für das Verbürgen des Bürgen als Selbstschuldner aufzuerlegen, da dies klagegrund ist.

(4) Im Ergebnis hat jede der beiden Theorien ihre Vor- und Nachteile. Es ist also nicht leicht, in diesem kurzen Beitrag zu einem endgültigen Ergebnis zu kommen. Wie schwierig diese Materie ist, zeigt auch der Umstand, daß der Meinungsstreit zwischen Einwendungs- und Leugnungs-theorie, der sich seit der Auseinandersetzung zwischen Leo Rosenberg und Franz Leonhard fortgesetzt hat, auch in der deutschen Lehre noch nicht zum Abschluß gekommen ist.

Hinsichtlich der japanischen Zivilrechtspraxis möchte ich aber nur auf folgendes hinweisen ;

Da im japanischen Zivilprozeß die Eventualmaxime und das Prinzip des Anwaltszwangs fehlen, ist dem Kläger im Stadium der Klagegrundbestimmung das Vorbringen aller Klagegründe unzumutbar. In diesem Stadium soll es vorerst genügen, daß der Kläger nur die die Klage begründenden Tatsachen vorbringt, die für den Abschluß des Vertrages erforderlich sind. Deshalb ist grundsätzlich im Ergebnis noch immer die japanische herrschende Meinung die Einwendungstheorie.