

Fall 14 - Lösung

ÜBERSICHT FALL 14

Anspruch des S gegen H aus § 765 BGB

I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

1. Inhalt der Vereinbarung zwischen S / H

⇒ Auslegung ergibt, dass Bürgschaft gewollt war (Abgrenzung von Garantievertrag und Schuldbeitritt)

2. Nichtigkeit gem. § 118 BGB („guter Scherz“)?

⇒ (-), da H wusste, dass S mit einer „Scherzerklärung“ niemals einverstanden wäre ⇒ nicht § 118 BGB, sondern § 116 S. 1 BGB („böser Scherz“)

3. Formnichtigkeit nach §§ 766, 125 S. 1 BGB?

⇒ (-), wenn § 350 HGB eingreift

a) § 1 II HS 2 HGB (-), da H Großhandlung betreibt und damit Kaufmann ist

b) Handelsgeschäft (+), §§ 343, 344 HGB

4. Nichtigkeit nach § 142 I BGB?

a) Eigenschaftsirrtum, § 119 II BGB?

⇒ (-), da Zahlungsfähigkeit des P allein in den Risikobereich des Bürgen fällt

b) Arglistige Täuschung, § 123 BGB?

(1) Täuschung über Erbschaft (+)

(2) Aber: P ist hier Dritter und S hat keine Kenntnis von Täuschung des P

⇒ wegen § 123 II BGB keine Anfechtbarkeit

5. Ausgebliebener Lottogewinn relevant?

a) Keine Bedingung (§ 158 I BGB) für Bürgschaft

b) Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB?

⇒ (-), da Risiko des Bürgen

II. Umfang der Bürgschaftsschuld, § 767 BGB

1. Grundsatz der Akzessorietät erfordert wirksamen Kaufvertrag

2. Kaufvertrag nicht durch ausgebliebenen Lottogewinn weggefallen, da weder Bedingung noch SGG gem. § 313 BGB (vgl. o.)

III. Rechtzeitige Geltendmachung

⇒ kein Freiwerden des H wegen Fristablaufs, da Frist am 02.10. gerade noch gewahrt

IV. Gegenrechte des H

1. Einrede der Vorausklage

⇒ (-), wegen § 349 S. 1 HGB

2. Einrede der aufrechenbaren Gegenforderung, § 770 II BGB

a) Gegenseitige, gleichartige Forderung aus §§ 823 I, II, 826 BGB (+)

b) Wegen § 393 BGB ist § 770 II BGB aber dem Wortlaut nach ausgeschlossen ⇒ Gläubiger kann gerade nicht aufrechnen

c) Evtl.: Analoge Anwendung des § 770 I BGB, wenn Hauptschuldner aufrechnen kann

⇒ ob § 770 I BGB generell analog anwendbar ist, kann offenbleiben, da sich der Bürge wegen der Ratio des § 393 BGB (Sanktion für S) auf § 770 II BGB berufen können muss

3. Mangelhaftigkeit des Pkw

⇒ fraglich, ob § 770 I BGB auf Minderung (jetzt Gestaltungsrechte) analog anwendbar ist

⇒ hier Analogie abzulehnen, da keine Regelungslücke besteht:

- bei behebbaren Mängeln besteht Einrede des nichterfüllten Vertrages, § 320 BGB

- Bürge ist daher schon über § 768 BGB geschützt

Ergebnis: Anspruch aus § 765 BGB (+) ⇒ H kann sich aber mit § 768 BGB und § 770 II BGB verteidigen!

SchuldR-BT

Fall 14 - Lösung - Seite 2

ÜBERSICHT FALL 14

S könnte gegen H einen Anspruch gemäß § 765 I BGB haben.

I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

Dann müsste ein wirksamer Bürgschaftsvertrag vorliegen. Eine Einigung zwischen S und H liegt hier vor.

1. Inhalt der Vereinbarung

Fraglich könnte aber schon sein, welchen Inhalt die geschlossene Vereinbarung hatte. Was die Parteien wirklich gewollt haben, ist durch Auslegung zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB.

Dabei ist nicht zwingend vom Wortlaut der Erklärung, in dem von „Bürgschaft“ die Rede ist, auszugehen, sondern es ist danach zu fragen, was nach den Interessen der Parteien wirklich gewollt ist.

Der Wortlaut ist dabei jedoch Ausgangspunkt der Auslegung und hat zweifellos auch eine gewisse Indizwirkung.

Da die Vereinbarung allerdings von Nichtjuristen geschlossen wurde, ist auch denkbar, dass eine kumulative Schuldübernahme (Schuldbeitritt) oder ein Garantievertrag gewollt war.

- a) Beim Garantievertrag handelt es sich um die gefährlichste aller drei Vertragsformen. Die Schuld des Gewährleistenden ist hier vom Fortbestand, manchmal sogar von der Entstehung der Hauptschuld unabhängig.¹

Aufgrund dieser weitreichenden Bindung wird daher verlangt, dass der Wille zum Abschluss eines Garantievertrages eindeutig erkennbar sein muss. Hier ist ein solcher Wille zur Haftung unabhängig vom Bestehen der Forderung gegen P nicht ersichtlich. Daher muss der Garantievertrag ausscheiden.

- b) Abzugrenzen voneinander sind **Bürgschaft** und kumulative Schuld(mit)übernahme (= **Schuldbeitritt**).²

- aa) Der Schuldbeitritt ist im BGB nicht ausdrücklich geregelt, gemäß **§ 311 I BGB** aber grundsätzlich unbedenklich möglich. Bürgschaft und Schuldübernahme unterscheiden sich dadurch, dass bei der Bürgschaft für *fremde* Schuld gehaftet wird, während bei der

Schuldmitübernahme eine *eigene* Verbindlichkeit begründet wird. Auch die Erklärung des H, er werde „für die Forderung des P eintreten“, spricht für eine Bürgschaft.

- bb) Auch hier ist bei der Auslegung zu beachten, dass in einigen Bereichen ein unterschiedliches Risiko besteht.

Insbesondere steht der Bürge wegen der Akzessorietät der Bürgschaft grundsätzlich besser als der Schuldmitübernehmer, dessen Verbindlichkeit nach ihrer Begründung eigene Wege gehen kann (nicht muss, vgl. § 425 BGB).

Außerdem gilt das Schriftformerfordernis des § 766 BGB für die Schuldmitübernahme nicht (allenfalls kann **§ 492 BGB** eingreifen³), so dass auch die dadurch gegebene Schutz- und Warnfunktion nicht gegeben ist.

Im Zweifelsfall ist daher vom Willen zum Abschluss einer Bürgschaft auszugehen. Ein wirtschaftliches Eigeninteresse kann zwar Indiz für den Abschluss eines Schuldbeitritts sein. Allerdings ist dies weder unbedingt notwendig noch allein ausreichend.

- cc) Hier haben die Parteien ausdrücklich von „bürgen“ gesprochen. Klare Anhaltspunkte, dass sie damit etwas anderes gemeint haben könnten, sind nicht gegeben. Es liegt daher der Wille beider Parteien zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrages vor.⁴

2. Dass der gesicherte Kaufpreisanspruch zum Zeitpunkt der Vereinbarung der Bürgschaft noch nicht fällig war, ist grds. kein Problem, da gemäß **§ 765 II BGB** die Bürgschaft sogar für eine künftige Verbindlichkeit bestellt werden kann.

3. Unwirksamkeit gemäß § 118 BGB

Fraglich ist, ob die Behauptung des H, seine Erklärung sei ein Aprilscherz gewesen, zur Unwirksamkeit der Willenserklärung gemäß § 118 BGB führt.

Viel spricht schon dafür, dass dies eine bloße nachträglich erfundene Schutzbehauptung ist.

Letztlich kommt es auf die Wahrheit seiner Behauptung aber dann nicht an, wenn sie hier ohnehin keine rechtliche Auswirkung hätte.

3 **Vgl. Vertiefungshinweis am Ende der Lösung!**

4 Das Problem konnte durchaus auch etwas knapper behandelt werden. Allerdings sollten die Anführungszeichen beim Begriff „bürgen“ i.d.R. Anlass sein, eine solche Auslegung vorzunehmen. Vgl. zu dieser Frage und zur Anfechtbarkeit einer Bürgschaft **Hemmer/Wüst, Kreditversicherungsrecht, Rn. 9 ff.**

¹ BGH, NJW 1967, 1020 = **juris**byhemmer.

² Zum Schuldbeitritt vgl. auch **Tyroller**, Der Dritte in der Klausur (Teil 4), **Life&LAW 02/2016**, 130 ff.

SchuldR-BT

Fall 14 - Lösung - Seite 3

Fraglich ist also, ob diese Behauptung des H - unterstellt, sie trafe zu - zur Anwendbarkeit des § 118 BGB führen würde.

Nichtigkeitsgrund bei § 118 BGB ist die subjektive Erwartung des Erklärenden, der Empfänger werde die mangelnde Ernstlichkeit erkennen.

§ 118 BGB hat einen begrenzten Anwendungsbereich; die Vorschrift muss als gegen den Gedanken des Verkehrsschutzes verstößende systemwidrige Ausnahmegesetz⁵ ausgelegt werden.

- a) Es ist streitig, ob § 118 BGB auch dann eingreifen kann, wenn - wie hier - der Mangel der Ernstlichkeit objektiv *nicht erkennbar* ist.⁶

Vor allem wegen der andernfalls zu großen Beeinträchtigung der Rechtssicherheit spricht viel für die Meinung, dass die objektive Erkennbarkeit notwendig ist. Die Schadensersatzfolge des § 122 BGB (negatives Interesse) erscheint bei Nichterkennbarkeit nicht als ausreichender Ausgleich.

- b) Letztlich kann diese Streitfrage hier aber offen bleiben, da hier § 118 BGB auch dann nicht anwendbar ist, wenn man die objektive Erkennbarkeit des Scherzcharakters nicht fordert.

Erforderlich für § 118 BGB ist nämlich wenigstens, dass der H bei seiner Erklärung *die Erwartung* hatte, der S werde den Mangel der Ernstlichkeit erkennen. Davon kann man hier *nicht* ausgehen. Dem H musste hier - v.a. aufgrund der Vertagung der Vertragsunterzeichnung und der Begründung dafür - klar gewesen sein, welchen Wert der S auf den Abschluss des Bürgschaftsvertrages legte. Ihm musste klar sein, dass der S den Kaufvertrag andernfalls wohl doch nicht abschließen werde.

Nach Erfahrungssätzen beurteilt bedeutet dies, dass H ganz genau wusste, dass sich der S mit einer Scherzerklärung nicht zufrieden geben konnte. Also konnte er auch nicht die Erwartung haben, dass dieser sie als eine solche versteht. Es ist daher hier nur von einem sog. „bösen Scherz“ auszugehen, der nicht dem § 118 BGB, sondern dem Anwendungsbereich des § 116 BGB unterfällt.⁷ § 118 BGB erfasst nur den „guten Scherz“.⁸

Im Ergebnis kann hier also keinesfalls von einer Nichtigkeit gemäß § 118 BGB ausgegangen werden.

4. Unwirksamkeit wegen §§ 766 S. 1, 125 S. 1 BGB

Die Bürgschaftserklärung des H könnte aber wegen § 766 S. 1 BGB gemäß §§ 125 S. 1, 126 I BGB unwirksam sein. Das Schriftformerfordernis wurde hier nicht beachtet.

Allerdings könnte wegen § 350 HGB auch die mündliche Erklärung formwirksam sein, wenn die Bürgschaft für den Bürgen ein Handelsgeschäft i.S.d. § 343 HGB wäre.

- a) Zu prüfen ist zunächst die Kaufmannseigenschaft des H. Diese ist zu bejahen, da er ein Gewerbe betreibt (§ 1 I, II HGB) und für den *Ausnahmefall* eines Kleingewerbes gemäß § 1 II HS 2 HGB nichts ersichtlich ist.

Anmerkung: Nach der Rechtsprechung des BGH ist selbst der Alleingesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH weder Kaufmann noch Unternehmer, da er kein Unternehmen betreibt.

Er hat zwar gem. § 35 GmbHG Leitungsmacht (= **Unternehmerinitiative**), aber wegen § 13 II GmbHG kein **Unternehmerisiko**. Die GmbH (oder eine KG) selbst ist natürlich Kaufmann, vgl. etwa § 6 HGB, § 13 III GmbHG, und damit auch Unternehmer, § 14 I BGB.⁹

- b) Aus der Tatsache, dass der H Kaufmann ist, müsste sich ergeben, dass für ihn auch ein Handelsgeschäft vorliegt. Dies richtet sich nach §§ 343, 344 HGB.

- aa) Fraglich ist, ob die Übernahme der Bürgschaft zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörte. Damit sind auch bloße Hilfs- und Nebengeschäfte, ungewöhnliche Geschäfte und bloße vorbereitende Geschäfte gemeint.

Hier lässt der Sachverhalt die Vermutung zu, dass sich H aus der Bürgschaft positive Effekte für sein Geschäft versprach (Kundenbindung).

Dies dürfte ausreichen, um den notwendigen Bezug zum Betrieb des Handelsgewerbes zu bejahen.

andere gewesen, dann hätte der H den S aufklären müssen, als er erkannte, dass dieser die Erklärung doch ernst nimmt. Mangels einer solchen Aufklärung hätte er sich dann nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB nicht auf die Wirkung des § 118 BGB berufen dürfen (Grüneberg [vormals Palandt], § 118 BGB, Rn. 2 a.E.).

- 9 **BGH, Life&LAW 03/2006, 149 ff.** = NJW 2006, 431 ff. sowie **BGH, Life&LAW 02/2021, 73 ff.** = jurisbyhemmer.

⁵ Grüneberg (vormals Palandt), § 118 BGB, Rn. 2.

⁶ Vgl. Grüneberg (vormals Palandt), § 118 BGB, Rn. 2.

⁷ Grüneberg (vormals Palandt), § 116 BGB, Rn. 6.

⁸ Grüneberg (vormals Palandt), § 118 BGB, Rn. 2. Wäre es - was nach dem Gesagten als recht lebensfern erscheint -

SchuldR-BT

Fall 14 - Lösung - Seite 4

Würde man die Anforderungen wesentlich höher schrauben, dann würde § 350 HGB außerhalb des Bankverkehrs weitgehend leerlaufen.

bb) Letztlich muss dies aber nicht endgültig entschieden werden.

Jedenfalls lässt sich die Übernahme der Bürgschaft nach dem Sachverhalt nicht *eindeutig* dem Privatbereich zuordnen. Dann aber greift *zumindest* die **Vermutung des § 344 I HGB** ein.

Dass der H - dem insofern die Beweislast obliegt - die Zuordnung zum geschäftlichen Bereich widerlegen könnte, lässt sich nach dem Sachverhalt nicht bejahen. Weiter würde eine solche Widerlegung auch voraussetzen, dass der Geschäftspartner den privaten Charakter des Geschäftes **gekant** hätte oder hätte kennen müssen. Auch dies könnte man hier kaum bejahen, da der S sich andernfalls wohl nicht mit der mündlichen Erklärung zufrieden gegeben hätte.

Letztlich kann hier also zumindest wegen § 344 I HGB von einem Handelsgeschäft ausgegangen werden. Daher ist § 766 BGB wegen § 350 HGB nicht anwendbar. Die Bürgschaft ist formwirksam.

Anmerkung: Beachten Sie zur Schriftform gem. § 126 BGB unbedingt, dass die Übermittlung per Fax [anders als bei prozessual vorgesehener Schriftform, § 130 Nr. 6 HS 2 ZPO] nicht ausreicht. Es handelt sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, und bei einer solchen ist die Form nur beachtet, wenn gerade der Zugang einer Erklärung in der vorgeschriebenen Form erfolgt. Gemäß § 126 BGB heißt dies, dass die original unterschriebene Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangen muss (Umkehrschluss aus § 127 II S. 1 BGB); durch die Klarstellung mit der Notwendigkeit einer „Erteilung“ wird dies in § 766 BGB besonders deutlich.

Da bei einem Telefax aber die Originalunterschrift gerade beim Absender verbleibt, erfüllt diese nicht die Form des § 766 BGB.¹⁰

5. Anfechtung des Bürgschaftsvertrages

Der Bürgschaftsvertrag könnte gemäß **§ 142 I BGB** als von Anfang an nichtig anzusehen sein, wenn der H die Bürgschaft wirksam angefochten hätte. Eine Anfechtungserklärung gemäß **§ 143 I BGB** ist gegeben.

Fraglich ist aber, ob der H hier überhaupt einen Anfechtungsgrund hatte. Da für einen Inhalts- oder Erklärungsirrtum i.S.d. § 119 I BGB nichts ersichtlich ist, könnte sich ein solcher aus § 119 II BGB oder § 123 BGB ergeben.

a) Ein Anfechtungsgrund gemäß **§ 119 II BGB** könnte sich nur dann ergeben, wenn man die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners P als verkehrswesentliche Eigenschaft i.d.S. ansehen würde.

aa) Allein die Tatsache, dass der P nicht Vertragspartner des Bürgschaftsvertrages ist, würde dem § 119 II BGB nicht entgegenstehen, da auch Eigenschaften einer dritten Person unter § 119 II BGB fallen können.¹¹

bb) Es muss um solche tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse gehen, die die Person unmittelbar kennzeichnen. Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit werden als verkehrswesentliche Eigenschaften in diesem Sinne anerkannt.¹²

cc) Dies kann aber dann nicht gelten, wenn ein Bürge sich über die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners irrt. Da die Bürgschaft gerade die Sicherung der Hauptschuld zum Inhalt hat, gehört die Vermögenslage des Hauptschuldners **zum typischen Risiko des Bürgen**.

Dieses Risiko soll dem Gläubiger durch die Bürgschaft gerade abgenommen werden. Eine Irrtumsanfechtung aus diesem Grund würde daher den Sicherungszweck der Bürgschaft vereiteln. Deswegen kommt eine Anfechtung nach **§ 119 II BGB hier nicht** in Frage.

Anmerkung: Ein Konkurrenzverhältnis zu § 321 I BGB besteht nicht, da letzterer nur dann einschlägig ist, wenn der Vermögensverfall erst nach Vertragsschluss eingetreten ist.

Im Übrigen handelt es sich bei der Bürgschaft nicht um einen gegenseitigen Vertrag i.S.d. §§ 320 ff. BGB.

b) Fraglich ist, ob eine Anfechtung gemäß **§ 123 BGB** möglich ist.

aa) Zwar hat der P den H nicht hinsichtlich des Lottogewinnes getäuscht, da zum Zeitpunkt der Abgabe der auf den Abschluss des Bürgschaftsvertrages gerichteten Willenserklärungen noch nicht bekannt war, dass es mit dem Lottogewinn nicht geklappt hatte.

¹⁰ BGHZ 121, 224 = jurisbyhemmer; Grüneberg (vormals Palandt), § 766 BGB, Rn. 1.

¹¹ Grüneberg (vormals Palandt), § 119 BGB, Rn. 26.

¹² Vgl. Grüneberg (vormals Palandt), § 119 BGB, Rn. 26.

SchuldR-BT

Fall 14 - Lösung - Seite 5

Wohl aber ist davon auszugehen, dass im Hinblick auf die Erbschaft, die ebenfalls die Zahlungsfähigkeit des P bewirkt hätte, eine arglistige Täuschung vorliegt. P hat dem H hier bewusst falsche Tatsachen vorgespiegelt.

- bb)** Da der Bürgschaftsvertrag aber zwischen H und S geschlossen wurde, könnte **§ 123 II S. 1 BGB** der Anfechtung entgegenstehen.

S selbst hatte **keine Kenntnis** von diesen Vorgängen; der Sachverhalt gibt nichts dafür her, dass er irgendetwas mit der Zusicherung der Erbschaft zu tun haben könnte oder infolge Fahrlässigkeit davon nichts wusste.

S wusste nur vom möglichen Lottogewinn, doch dies stellte sich ja erst später als unrichtig heraus.

Daher kommt hier eine Anfechtung nach § 123 I BGB nur dann in Betracht, wenn der täuschende P im Verhältnis zu S sog. „**Nicht-dritter**“ wäre.

Anmerkung: Beachten Sie bitte, dass diese Einschränkung nicht bei der Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung gilt. Lesen Sie dazu **Hemmer/Wüst, BGB-AT III, Rn. 440!**

- cc)** Es ist anerkannt, dass nicht jede Person, die nicht selbst Vertragspartner ist, automatisch Dritter i.S.d. § 123 II S. 1 BGB ist.

Vielmehr ist Dritter i.S.d. § 123 II BGB nur der am Geschäft gänzlich Unbeteiligte.

Kein Dritter ist, wer auf Seiten des Erklärungsempfängers (und damit Anfechtungsgegners) steht und maßgeblich am Zustandekommen des Vertrages mitgewirkt hat (Rechtsgedanke des § 278 S. 1 BGB).

Nur so wird § 123 BGB seinem Schutzzweck gerecht; andernfalls könnte man ihn durch Einschalten weiterer Personen leicht umgehen.

- dd)** Bei der Bürgschaft verhält es sich regelmäßig so, dass der Hauptschuldner bei der Bestellung des Bürgen nicht bloßer „verlängerter Arm“ des Gläubigers ist, weil er nicht allein dessen Interessen an ausreichender Sicherung der Forderung vertritt. Vielmehr verfolgt er durchaus auch eigene Interessen. Kann er keinen Bürgen organisieren, bekommt er ja häufig den Kredit gar nicht.

Hier lag der Fall so. Ohne die Bürgschaft hätte der S mit P den Kaufvertrag nicht geschlossen, weil er befürchten musste, dass sich die Vermögensverhältnisse des P ändern würden.

Da P also zumindest *auch* eigene Interessen verfolgte, als er den H unter Vorspiegelung falscher Tatsachen zur Abgabe der Bürgschaftserklärung veranlasste, war er hier Dritter i.S.d. § 123 II BGB.

Der Hauptschuldner ist daher im Verhältnis Bürge - Gläubiger regelmäßig als Dritter anzusehen.

Anders ist dies nur dann, wenn der Schuldner beim Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages Beauftragter des Gläubigers war oder als dessen Vertrauensperson aufgetreten ist. Dafür aber ist hier nichts ersichtlich, zumal es nicht ausreicht, wenn der Gläubiger den bloßen Anstoß zu den Verhandlungen gegeben hat.¹³ Da die Voraussetzungen von § 123 II BGB nicht vorliegen, kann die Täuschung durch P dem S nicht zugerechnet werden.

Damit scheidet § 123 BGB als Anfechtungsgrund aus. Die Anfechtungserklärung des H ging ins Leere. Der Bürgschaftsvertrag entfällt daher nicht aufgrund einer Anfechtung.

6. Auswirkung des ausgebliebenen Lottogewinnes

Fraglich ist, ob die Tatsache, dass der P wider Erwarten doch nicht im Lotto gewonnen hatte, sich in anderer Weise auf *den Bürgschaftsvertrag* auswirken könnte.

- a)** Eine Bedingung i.S.d. **§ 158 I BGB** wurde eindeutig nicht vereinbart. Auch für eine ergänzende Auslegung des Bürgschaftsvertrages (§§ 133, 157 BGB) in dieser Hinsicht ist hier nichts ersichtlich.
- b)** In Frage käme noch eine Anwendung der Grundsätze über die **Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 II BGB**.¹⁴

Geschäftsgrundlage ist gemäß § 313 I BGB ein Umstand,

- der zur Grundlage des Vertrages wurde,
- der für die Partei(en) auch so wichtig war, dass sie den Vertrag nicht oder anders abgeschlossen hätte, wenn sie die Veränderung vorausgesehen (Absatz 1) bzw. die Unrichtigkeit ihrer Vorstellung (Absatz 2) erkannt hätte(n) und
- auf dessen Berücksichtigung die andere Partei sich redlicherweise hätte einlassen müssen.

¹³ BGH, NJW-RR 1992, 1006 = jurisbyhemmer.

¹⁴ Zur Störung der Geschäftsgrundlage vgl. **Hemmer/Wüst, Schuldrecht AT, Rn. 607 ff.**

SchuldR-BT

Fall 14 - Lösung - Seite 6

Für den Bürgschaftsvertrag müssen hierbei **hohe Anforderungen** gelten, weil der Bürge schlechthin und unbeschränkt das Risiko für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners übernimmt.¹⁵

Das darf er nicht so einfach über die Grundsätze der Störung der GG wieder auf den Gläubiger abwälzen.¹⁶

Daher muss hier davon ausgegangen werden, dass die Grundsätze der Störung der GG **nicht** gegeben sind. Treu und Glauben gebieten gerade nicht die Anpassung und damit letztlich die Verlagerung des Risikos auf den Gläubiger.

Damit ist hier von einer **wirksamen Bürgschaft** auszugehen.

II. Umfang der Bürgschaftsschuld

Gemäß § 767 I S. 1 BGB ist der Umfang der Hauptschuld maßgebend. Diese bestand hier in einem Kaufpreisanspruch gemäß § 433 II BGB in Höhe von 45.000,- €.

Fraglich ist aber, ob sich nicht durch die Tatsache, dass der erwartete Lottogewinn des P ausblieb, etwas am Bestand des Kaufpreisanspruches änderte.

1. Dies wäre denkbar, wenn S und P den **Kaufvertrag** unter der **Bedingung** abgeschlossen hätten, dass der P tatsächlich Lottokönig wird. Dafür könnte man u.U. auch eine ergänzende Vertragsauslegung prüfen.

Im vorliegenden Fall ist dafür aber nichts Ausreichendes ersichtlich. Die Tatsache, dass der P dem S gegenüber diese Angelegenheit erwähnte, kann von diesem (objektiver Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB) nicht so verstanden werden, dass er die Wirksamkeit des Kaufvertrages unmittelbar hiermit verknüpfen wollte.

Ein solcher Ausnahmefall müsste viel deutlicher gemacht werden, da damit eine Risikoverlagerung auf den Vertragspartner erfolgen würde.

2. Zu erörtern wäre allenfalls, ob die **Geschäftsgrundlage des Kaufvertrages** entfallen ist, (§ 313 II BGB).

Von den drei Tatbestandsmerkmalen der Störung der GG (§ 313 BGB) ist hier aber zumindest die dritte Voraussetzung (normatives Element) nicht erfüllt: S hätte sich nicht redlicherweise darauf einlassen müssen, dass der Kaufvertrag bei Wegfall des Lottogewinnes nicht oder anders durchzuführen wäre. Der Verkäufer hat legitime Interessen, sicher von einem fest geschlossenen Vertrag auszugehen. Er muss den Gegenstand ja selbst wieder abnehmen und hat sich daher selbst vertraglich gebunden. Das Risiko der eigenen Zahlungsfähigkeit muss jeder selbst tragen. Dies gilt in unserer Rechtsordnung unabhängig von Verschulden. Es geht nicht an, dieses Risiko über die Störung der GG auf den Vertragspartner abzuwälzen.

3. Damit ist grundsätzlich vom Bestehen des Kaufpreisanspruches in Höhe von 45.000,- € auszugehen, da nichts dafür ersichtlich ist, dass der P ein ihm eventuell zustehendes Gestaltungsrecht (etwa Aufrechnung) **schon ausgeübt** hätte.¹⁷

III. Rechtzeitige Geltendmachung der Bürgschaft

Es könnte hier eine **Zeitbürgschaft** i.S.d. § 777 I BGB vorliegen.

1. Dies ist dann der Fall, wenn vereinbart wird, dass der Gläubiger den Bürgen innerhalb bestimmter Frist in Anspruch nehmen muss und der Bürge andernfalls frei wird.

§ 777 I BGB ist nicht anwendbar, wenn die Zeitbestimmung im Einzelfall nur bedeutet, dass der Bürge nur für Forderungen haften soll, die aus der bestimmten Zeit **herrühren**, für diese aber dann zeitlich unbeschränkt.¹⁸

Hier ergibt die Auslegung, dass nur erstere Variante gemeint sein kann. Die zweite Möglichkeit liegt schon deswegen fern, weil die Möglichkeit des Entstehens anderer Forderungen gar nicht ersichtlich war. H wollte seine Haftung für diese eine Forderung zeitlich einschränken. Dies ist der Fall des § 777 I BGB.

2. Hier ist grundsätzlich **§ 777 I S. 2 BGB** einschlägig, da dem Bürgen H wegen § 349 HGB - Anwendbarkeit gemäß §§ 1, 343, 344 HGB, s.o. - die Einrede der Vorausklage nicht zuzustand.

¹⁵ Vgl. BGH, NJW 1983, 1850 = **juris**byhemmer.

¹⁶ Zur Anwendung der Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage auf die Bürgschaft vgl. auch BGH, ZIP 1999, 877 ff.; BGH, NJW 2000, 362 ff. = **juris**byhemmer.

¹⁷ Die schon ausgeübte Aufrechnung hätte nichts mit dem unten zu diskutierenden Streit zu tun. Sie würde schon über die strenge Akzessorietät der Bürgschaft (§§ 765, 767 BGB) unproblematisch dazu führen, dass auch der Bürge insoweit nicht mehr verpflichtet wäre.

¹⁸ Grüneberg (vormals Palandt), § 777 BGB, Rn. 1, 2.

SchuldR-BT

Fall 14 - Lösung - Seite 7

- a) Allerdings ist die getroffene Vereinbarung gemäß §§ 133, 157 BGB so auszulegen, dass die Parteien eine **Abweichung von § 777 I S. 2 BGB** wollten: Grundsätzlich genügt nämlich ein „unverzügliches“ (vgl. § 121 BGB) Vorgehen des Gläubigers gegen den Bürgen, um ihm seine Rechte zu wahren.

Die Vereinbarung, die Bürgschaft solle „vorbehaltenlos“ erlöschen, wenn nicht die Inanspruchnahme erfolge, bedeutet aber, dass es sich bei dieser Halbjahresfrist um eine absolut feste Frist i.S.e. **auflösenden Befristung gem. §§ 163, 158 II BGB** handeln sollte; d.h. der Gläubiger hätte in diesem Fall nicht mehr diese letzte Frist, die ihm der Begriff „unverzüglich“ gewähren würde.¹⁹

Die Bürgschaft sollte erlöschen, wenn nicht *spätestens am letzten Tag der Frist* die Anzeige erfolgt wäre.

- b) Hier ist die Anzeige aber rechtzeitig erfolgt. Mangels anderweitiger Vereinbarung ist die Frist gemäß §§ 187, 188 BGB zu berechnen. Daher begann die Frist am 02. April 2017 um 0⁰⁰ Uhr (§ 187 I BGB) und endete mit Ablauf des **1. Oktober 2017** (§ 188 II BGB).

Da der 1. Oktober aber ein Sonntag war, endete die Frist gem. § 193 BGB erst am 2. Oktober 2017.

Die erforderliche Anzeige erfolgte hier am 2. Oktober 2017, also **gerade noch rechtzeitig**.

Zu diesem Zeitpunkt war auch die Kaufpreisforderung schon fällig geworden, da der Wagen ebenfalls am 2. Oktober 2017 ausgeliefert wurde. Auf die Frage, ob eine solche Anzeige auch dann ihre Wirkung entfalten kann, wenn sie **vor** Fälligkeit erteilt wurde, kommt es hier daher nicht an.

IV. Gegenrechte des H²⁰

1. Einrede der Vorausklage

H könnte gegenüber dem S gemäß **§ 771 BGB** die Einrede der Vorausklage haben. Er könnte ihn also möglicherweise darauf verweisen, sich zunächst einen Titel gegen den P zu erstreiten *und* aus diesem einen Vollstreckungsversuch zu unternehmen.

- a. Ein Ausschluss dieser Einrede gemäß **§ 773 I BGB** ist hier **nicht** gegeben.

Insbesondere lässt sich dem Sachverhalt nichts dafür entnehmen, dass - wie praxisüblich - eine selbstschuldnerische Bürgschaft gemäß § 773 I Nr. 1 BGB vereinbart wurde.

- b. Allerdings ist § 771 BGB hier gemäß **§ 349 HGB** ausgeschlossen.

Oben wurde festgestellt, dass es sich gemäß §§ 343, 344 HGB um ein zum Betrieb des Handelsgewerbes des H gehörendes Geschäft handelt.

Die Einrede der Vorausklage scheidet daher aus.

2. Einrede der aufrechenbaren Gegenforderung

Fraglich ist, ob der Bürge H gemäß **§ 770 II BGB** dem Anspruch entgegenhalten kann, dass gegenüber der Kaufpreisforderung eine aufrechenbare Gegenforderung besteht. Eine solche könnte sich hier aus der Tatsache ergeben, dass der S den Verstärker des P beschädigt hatte.

- a) Es handelt sich um einen Anspruch des P gegen S aus § 823 I BGB, § 823 II BGB i.V.m. §§ 303, 15 StGB bzw. § 826 BGB.

Der Anspruch ist in jedem Fall gegeben, da nach dem Sachverhalt eine **vorsätzliche** Sachbeschädigung vorliegt, für die kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich ist.

- b) Fraglich ist nun weiterhin, ob sich diese beiden Forderungen aufrechenbar gegenüberstehen. Im Hinblick auf **§ 387 BGB** ist dies hier gegeben: Die Forderungen sind gegenseitig und gleichartig (Geld). Leistendürfen und Fälligkeit ist sogar auf beiden Seiten mittlerweile gegeben.

- c) Dennoch scheidet § 770 II BGB seinem Wortlaut nach hier aus.

Dies ergibt sich aus **§ 393 BGB**, der *dem S als Gläubiger* der gesicherten Kaufpreisforderung verbietet, aufzurechnen: S hat eine vorsätzliche unerlaubte Handlung begangen. Deswegen darf er gemäß § 393 BGB nicht gegen diese Forderung aufrechnen.

Die Vorschrift ist gegen den Schädiger S gerichtet. Dagegen dürfte der Geschädigte P aufrechnen.²¹

¹⁹ Vgl. BGH, NJW 1982, 172 = jurisbyhemmer.

²⁰ Zu den Gegenrechten des Bürgen vgl. die Darstellung bei Hemmer/Wüst, **Kreditsicherungsrecht**, Rn. 186 ff.

²¹ Grüneberg (vormals Palandt), § 393 BGB, Rn. 2.

Anmerkung: In der Literatur wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB zu verneinen sei, wenn auf beiden Seiten Forderungen aus vorsätzlichen unerlaubten Handlungen gegeben sind (z.B. Schlägerei).²²

Der BGH ist mit Beschluss vom 15.09.2009 dieser Ansicht entgegengetreten.²³

Nach Ansicht des BGH gilt das Aufrechnungsverbot gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung auch dann, wenn sich zwei Forderungen aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung gegenüberstehen, die aus einem einheitlichen Lebensverhältnis resultieren.

§ 770 II BGB setzt aber gerade voraus, dass der Gläubiger der Forderung, für die gebürgt wurde, aufrechnen könnte. Das ist hier der S. Damit passt der Wortlaut des § 770 II BGB hier nicht.

- d) Fraglich ist aber, ob für den hier vorliegenden Fall, dass zwar der Schuldner der verbürgten Forderung aufrechnen kann, nicht aber der Gläubiger, eine **entsprechende Anwendung des § 770 I BGB auf das Gestaltungsrecht Aufrechnung durch den Hauptschuldner** in Frage kommt.

Wie bei § 129 III HGB, wo das gleiche Problem besteht und teilweise ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers behauptet wird, ist die Frage auch hier streitig.

- aa) Eine Meinung verneint die entsprechende Anwendbarkeit des § 770 I BGB auf diesen Fall.²⁴

Es fehle die Rechtsähnlichkeit der Tatbestände. Außerdem falle die Gefahr, dass der Hauptschuldner nicht aufrechnet (tut er dies, greift ja schon § 767 BGB ein!), ebenso in das Geschäftsrisiko des Bürgen wie die Tatsache, dass der Hauptschuldner nicht zahlt.

Diese Auffassung verweist auch auf den unterschiedlichen Wortlaut bei § 770 I BGB und § 770 II BGB:

Während im Absatz 1 vom Hauptschuldner gesprochen wird, ist in Absatz 2 ausdrücklich und nur der Gläubiger genannt. Das deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber hier bewusst eine unterschiedliche Regelung habe treffen wollen.

Nach dieser Meinung kommt der Bürge nur dann zu einer Einrede, wenn der Schuldner der Forderung, für die gebürgt wurde, ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB hat. Dieses kann er dann gemäß § 768 I BGB geltend machen.

Im vorliegenden Fall würde dies dem H aber nichts nützen, da trotz der üblichen weiten Auslegung des Zusammenhangs i.S.d. § 273 BGB²⁵ hier ein solcher nicht gegeben ist: Die Schädigung des S hat mit dem Kaufvertrag offenbar auch nicht das Geringste zu tun.

- bb) Überzeugender erscheint die Gegenmeinung²⁶, die § 770 I BGB auch auf diesen Fall anwenden will. Dies trotz der Tatsache, dass sie sich über den - jedenfalls scheinbar klaren - Wortlaut hinwegsetzt.

Aus § 770 I BGB ergibt sich, dass der Bürge nicht zu einer Leistung verpflichtet sein soll, solange noch nicht feststeht, ob die Schuld, für die er sich verbürgt hat, dadurch rückwirkend erlischt, dass der Schuldner ein ihm zustehendes Gestaltungsrecht ausübt.

Das muss für die Aufrechnung genauso gelten. Es kann keinen Unterschied machen, ob dieses rückwirkende Erlöschen durch Anfechtung, Rücktritt, oder Aufrechnung geschieht.

Die Interessenlage ist die gleiche, da entscheidend nur sein kann, dass der Bürge nicht zu zahlen braucht, solange die Möglichkeit besteht, dass er die Leistung später nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern müsste.²⁷

- cc) Auf die Streitfrage, ob § 770 I BGB auf andere Gestaltungsrechte des Hauptschuldners analog angewendet werden kann, kommt es aber im vorliegenden Fall gar nicht entscheidend an.

Die wortlautgetreue Anwendung des **§ 770 II BGB** hätte nämlich hier zur Folge, dass der S geschützt würde, obwohl es gerade er ist, der die vorsätzliche und strafbare Tat begangen hat.

²² Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 14. Auflage, Band I, § 18 VI b; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Auflage, Rn. 339; Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 4. Auflage, § 40 VI 2 a; Staudinger, § 273 BGB, Rn. 111; Erman, 12. Auflage, § 393 BGB, Rn. 2; Jauernig, 13. Auflage, § 393 BGB, Rn. 1; Lüke/Huppert, JuS 1971, 165 (167).

²³ BGH, **Life&LAW 12/2009, 804 ff.** = BB 2009, 2209 ff. = jurisbyhemmer.

²⁴ Grüneberg (vormals Palandt), § 770 BGB, Rn. 3; MüKo, § 770 BGB, Rn. 9.

²⁵ Vgl. Grüneberg (vormals Palandt), § 273 BGB, Rn. 9.

²⁶ Medicus, JuS 1971, 501.

²⁷ A.A. vertretbar, wenn das Problem erkannt und diskutiert wird.

SchuldR-BT

Fall 14 - Lösung - Seite 9

Damit ist letztlich die Wirkung des § 393 BGB, die eigentlich gegen den vorsätzlichen Schädiger gerichtet ist, im Rahmen der Bürgschaft in einen Vorteil für diesen umgewandelt. Das will nicht recht einleuchten.

Damit kann hier im Wege einer **teleologischen Reduktion des § 393 BGB** der H in **erweiternder Auslegung des § 770 II BGB** einredeweise geltend machen, dass dem P gegen S aus der Beschädigung des Verstärkers eine aufrechenbare Gegenforderung zusteht.

Auf die Analogie des § 770 I BGB kommt es demnach gar nicht an.

In dieser Höhe ist der Anspruch aus § 765 I BGB also **nicht durchsetzbar**.

3. Einrede der Mangelhaftigkeit

Dem H könnte weiterhin aufgrund der Tatsache, dass der Wagen mit einem mangelhaften Airbag bestückt war, eine Einrede zustehen, die den Anspruch aus § 765 I BGB nochmals um 500,- € reduzieren würde.

Es könnte § 768 I S. 1 BGB eingreifen, wonach der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann.

a) Fraglich ist, ob hier eine **Einrede** i.S.d. **§ 768 I BGB** in Frage kommt.

Hierunter versteht man Rechte, die die Durchsetzung eines bestehenden Rechtes verhindern. Davon sind die Gestaltungsrechte zu unterscheiden, mit denen unmittelbar auf dieses Recht eingewirkt wird.

Gestaltungsrechte würden nicht unter § 768 I S. 1 BGB fallen, sondern wären im Rahmen des § 770 I BGB zu prüfen.

Dies deswegen, weil es dem Hauptschuldner selbst überlassen bleiben muss, ob er die Gestaltungsrechte geltend macht oder nicht. Unmittelbar auf den Kaufvertrag einwirken soll nur er, nicht auch der Bürge.

b) Zu prüfen ist, welches Recht hier dem **Hauptschuldner P** zustehen würde.

aa) Nach dem Sachverhalt ist davon auszugehen, dass aufgrund des minderwertigen Airbags ein **Sachmangel i.S.d. § 434 I BGB** vorliegt.

Die Ist-Beschaffenheit des Wagens weicht jedenfalls von der vertraglich vorausgesetzten (§ 434 I S. 2 Nr. 1 BGB) bzw. gewöhnlichen (§ 434 I S. 2 Nr. 2 BGB) Sollbeschaffenheit ab.

bb) Auch kommt ein Ausschluss der §§ 434 ff. BGB gemäß **§ 377 II HGB** hier nicht in Frage, da nach dem Sachverhalt nicht davon auszugehen ist, dass auch *der P* Kaufmann i.S.d. §§ 1 ff. HGB ist, und deswegen keinesfalls ein beiderseitiger Handelskauf vorliegen kann (§§ 343, 344 HGB).

cc) Dem P steht gegenüber S auch ein Minderungsrecht gemäß **§§ 437 Nr. 2, 441 BGB** zu.

Gemäß § 441 I BGB kann P „**statt**“ des Rücktritts durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer den Kaufpreis mindern.

Anmerkung: Ein Rücktrittsrecht besteht angesichts der geringfügigen Minderung von 500,- € im Verhältnis zum Wert (45.000,- €) wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung (§ 323 V S. 2 BGB) wohl nicht.

Die Rücktrittsvoraussetzungen müssen – mit Ausnahme des Erheblichkeitserfordernisses (§§ 441 I S. 2, 323 V S. 2 BGB) – demnach vorliegen.

Die nach **§ 323 I BGB** an sich erforderliche Fristsetzung zur Nacherfüllung wurde hier zwar nicht ausgesprochen; sie war aber entbehrlich, weil S das von P geltend gemachte Nachbesserungsbegehren kategorisch verweigert hat.

Da ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I BGB vorlag, war die Fristsetzung daher nach § 475d I Nr. 4 BGB entbehrlich.

Auf den Ausschlussgrund des § 323 V S. 2 BGB kommt es i.R.d. Minderung nach § 441 I S. 2 BGB nicht an.

c) Zu prüfen ist daher, wie ein solches Minderungsrecht in Bezug auf die §§ 768 I, 770 BGB einzuordnen ist.

aa) Die bloße Mängleinrede gemäß **§ 438 V, IV S. 2 BGB** nach Verjährungseintritt ist kein Gestaltungsrecht, würde also in jedem Fall unter § 768 I BGB fallen.²⁸

Hier aber ist die zweijährige Gewährleistungsfrist des § 438 I Nr. 3 BGB, die gem. § 438 II BGB mit der Ablieferung beginnt, noch nicht abgelaufen.

Damit hätte Hauptschuldner P also noch die Möglichkeit, durch Ausübung des Minderungsrechts, bei dem es sich um ein Gestaltungsrecht handelt, auf den Inhalt des Kaufvertrages einzuwirken.

²⁸ Vgl. Grüneberg (vormals Palandt), § 770 BGB, Rn. 4.

SchuldR-BT

Fall 14 - Lösung - Seite 10

bb) Da das Minderungsrecht ein Gestaltungsrecht ist, könnte es wiederum auf die Frage ankommen, ob auf dieses Gestaltungsrecht der §§ 437 Nr. 2, 441 I BGB **§ 770 I BGB analog** angewendet werden kann.

Für eine Analogie fehlt es aber im vorliegenden Fall an einer Regelungslücke.

Da hier ein **behebbarer Mangel** vorliegt, liegt letztlich noch keine ordnungsgemäße Erfüllung des Anspruchs aus § 433 I S. 2 BGB vor, so dass § 320 BGB einschlägig ist.

Wegen § 433 I S. 2 BGB gilt nämlich nun kraft Gesetzes die sog. **Erfüllungstheorie** (mit mangelhafter Sache wird grds. nicht erfüllt).²⁹

Die Tatsache, dass § 320 BGB im Allgemeinen Schuldrecht steht, ist insoweit nun auch kein Problem mehr, da § 437 Nr. 1 BGB auf den Nacherfüllungsanspruch verweist und dessen Nichterfüllung die Einrede nach § 320 BGB begründet.

Damit steht dem Hauptschuldner eine Einrede zu, sodass der **Bürge bereits über § 768 I BGB geschützt** ist.

Auf die Frage einer analogen Anwendung des § 770 I BGB auf andere Gestaltungsrechte des Hauptschuldners kommt es demnach wiederum nicht an.

Anmerkung: Bei **unbehebbar**en Mängeln vor Verjährung des Nacherfüllungsanspruches ist § 320 BGB wegen § 275 I BGB nicht anwendbar.³⁰

Entweder man gewährt dem Käufer auch in diesem Fall vor Verjährung **analog § 438 IV S. 2 BGB** eine **Einrede** und wendet für den Bürgen **§ 768 I BGB** an.

Oder man **lehnt** bei unbehebbar

en Mängeln vor Verjährung eine **Einrede** des Käufers **wegen der Gestaltbarkeit ab** und muss sich nun mit der dann entscheidungserheblichen Frage einer **Analogie zu § 770 I BGB** auseinandersetzen.

Gesamtergebnis: Der Anspruch des S gegen H aus § 765 I BGB ist grundsätzlich begründet. Allerdings kann der H die mögliche Aufrechnung durch P und die Mangelhaftigkeit des Wagens einwenden, sodass der Anspruch nur in Höhe von 43.500,- € durchsetzbar ist.

Ein volles Leistungsverweigerungsrecht ist angesichts der Geringfügigkeit der Minderung abzulehnen, vgl. auch § 320 II BGB.

I. Wiederholungsfragen:

1. Warum ist hier von einer Bürgschaft auszugehen?
2. Scheitert der Bürgschaftsvertrag an § 118 BGB?
3. Warum kommt hier § 766 BGB nicht zur Anwendung?
4. Woran scheitert die Anfechtung der Bürgschaft nach § 123 BGB?
5. Wie könnte der ausgebliebene Lottogewinn sich auf die Bürgschaft auswirken?
6. Wann liegt eine sog. Zeitbürgschaft vor? Warum scheidet § 777 I S. 2 BGB hier aus?
7. Welche Gegenrechte des H kommen in Betracht?
8. Warum scheidet die Einrede der Vorausklage hier aus?
9. Warum passt § 770 II BGB im Fall nicht direkt?
10. Welche Norm ist bei der Einrede der Mangelhaftigkeit für den Bürgen einschlägig?

²⁹ Vgl. dazu bereits Fall 6, Schuldrecht-BT.

³⁰ Vgl. Hofmann/Pammler, „Die Mängel einrede beim Kauf – die Lage nach der Schuldrechtsreform“, in ZGS 2004, 293 [296]; **Fall 6 SchuldR-BT wiederholen!**

II. Arbeitsanleitung:

1. Zur Abgrenzung der Bürgschaft von anderen Sicherungsmitteln **Hemmer/Wüst, Kreditsicherungsrecht, Rn. 10 ff.**
2. Zum Schuldbeitritt vgl. **Hemmer/Wüst, Kreditsicherungsrecht, Rn. 79 ff.**
3. Zu den Einreden des Sicherungsgebers bei Bürgschaft bzw. Schuldbeitritt lesen Sie bitte **Hemmer/Wüst, Kreditsicherungsrecht, Rn. 218 ff. bzw. Rn. 233 ff.**
4. **Bürgschaftsrecht ist stark von aktueller Rechtsprechung geprägt**, so dass diese dort auch eine ganz besondere Examensrelevanz hat. Lesen Sie daher ergänzend folgende sehr klausurrelevanten Entscheidungen:
 - a. Zu den Voraussetzungen, die der BGH entgegen jahrzehntelanger Rechtsprechung für die Wirksamkeit einer **Blankobürgschaft** stellt, lesen Sie BGH, NJW 1996, 1467 = **jurisbyhemmer!**
 - b. Zur Entwicklung der Sittenwidrigkeit von **Angehörigen- und Ehegattenbürgschaften** lesen Sie bitte **BGH, Life&LAW 03/2002, 145 ff. und Life&LAW 10/2002, 658 ff. (wichtig!) = jurisbyhemmer.**
 - c. **Zur Sittenwidrigkeit einer Arbeitnehmerbürgschaft lesen Sie BGH, Life&LAW 02/2004, 78 ff. = NJW 2004, 161 ff. = jurisbyhemmer.**
 - d. Zur Bestimmtheit einer Bürgschaft zugunsten Dritter vgl. **BGH in Life&LAW 01/2002, 1 ff. = jurisbyhemmer.**
 - e. Ob wegen der Möglichkeit der Restschuldbefreiung nach §§ 287 ff. InsO die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaftsverträgen aufgegeben werden sollte, ist derzeit umstritten. Das **OLG Frankfurt a.M.** hat diese Frage aber zu Recht verneint (vgl. **NJW 2004, 2392 ff. = jurisbyhemmer**). Eine Klärung durch den BGH, der diese Frage zuletzt ausdrücklich offengelassen hatte, bleibt abzuwarten.
5. Nach Ansicht des BGH gilt das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB auch dann, wenn sich zwei Forderungen aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung gegenüberstehen, die aus einem einheitlichen Lebensverhältnis resultieren (z.B. Schlägerei). Lesen Sie dazu **BGH, Life&LAW 12/2009, 804 ff. = BB 2009, 2209 = jurisbyhemmer.**

6. *Im Kreditsicherungsrecht lernen Sie, dass der Rechtsgrund für die Bestellung der Sicherheit die sog. Sicherungsabrede ist.*

Bei dinglichen Sicherheiten (z.B. Pfandrecht, Sicherungseigentum, Hypothek, Grundschuld) ist das leicht vorstellbar. Die Sicherungsabrede ist die „causa“ für das dingliche Bestellungsgeschäft. Ist die Sicherungsabrede unwirksam, so ist die Sicherung rechtsgrundlos bestellt worden und kann kondiziert werden.

Bei der schuldrechtlichen Bürgschaft ist das auf einmal nicht mehr so leicht.

Ist hier der Sicherungsvertrag unwirksam, stellt sich die Frage, wie sich dies auf die Bürgschaft auswirkt.

Im Ausgangspunkt ist die Lage einfach, weil die Bürgschaft (wie auch der Schuldbeitritt) den Sicherungsvertrag in sich selbst trägt.³¹ Der Bürge kann nur aufgrund eines wirksamen Bürgschaftsvertrages, der sämtliche Abreden zwischen Bürge und Gläubiger hinsichtlich des Sicherungszwecks enthält, vom Gläubiger in Anspruch genommen werden. Wenn dieses Verpflichtungsgeschäft unwirksam ist, besteht kein Sicherungsmittel.

Davon zu trennen ist jedoch die Frage, ob zwischen Gläubiger und Hauptschuldner neben dem forderungsbegründenden Schuldverhältnis ein Sicherungsvertrag besteht, in dem sich der Hauptschuldner verpflichtet, eine Sicherheit zu stellen! Ist dieser Vertrag unwirksam, stellt sich die Frage, wie sich dies auf die Geltendmachung der Bürgschaft auswirkt.

Dazu ist zunächst zu klären, wie sich die Unwirksamkeit in der Beziehung Gläubiger/Hauptschuldner auswirkt: Hier ist es so, dass das Verlangen nach einer Sicherheit zurückgewiesen werden kann. Ist die Sicherheit (Bürgschaft) gleichwohl bestellt worden, kann der Hauptschuldner dem Gläubiger einredeweise entgegenhalten, dass er den Bürgen nicht in Anspruch nehmen darf, da das Verlangen nach Bestellen einer Sicherheit unwirksam ist.

Nach ganz h.M. kann sich darauf wiederum der Bürge über § 768 S. 1 BGB berufen. Zwar besteht die Einrede nicht unmittelbar gegen die gesicherte Forderung (der Hauptschuldner kann die Rückzahlung des Darlehens ja nicht unter Hinweis auf den unwirksamen Sicherungsvertrag verweigern).

³¹ Vgl. auch Lorenz, JuS 1999, 1146.

Aus Sinn und Zweck des Akzessorietätsgedankens folgt jedoch, dass der Bürge sich ebenfalls auf diese Einrede berufen kann, vgl. § 821 BGB.

Der Gläubiger ist insoweit ungerechtfertigt bereichert, als er eine Bürgschaft erhalten hat, die er nicht verlangen konnte. Hat der Bürge mittlerweile gezahlt, steht ihm die Möglichkeit zu, das Gezahlte gem. § 813 BGB zurückzuverlangen.

Dagegen wird z.T. vorgetragen, der Bürge erlange ein „Geschenk des Himmels“, da er sich ja wegen der cessio legis bzw. aus § 670 BGB an den Hauptschuldner wenden könne.³²

Der BGH ist dem entgegengetreten und bejaht den Rückzahlungsanspruch aus § 813 BGB. Der Anspruch gegen den Hauptschuldner dürfte i.d.R. wertlos sein. Im Übrigen ist die Situation durch den Gläubiger verursacht worden, der die Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages herbeigeführt hat.³³

*Lesen Sie hierzu **BGH, Life&LAW 05/2018, 297 ff.** = jurisbyhemmer.*

³² So Lorenz JuS 1999, 1146 (1149).

³³ BGH, **Life&LAW 05/2018, 297 ff.** (= NJW 2018, 458 ff. = jurisbyhemmer); in diesem Fall war der Sicherungsvertrag unwirksam, weil darin AGB-mäßig dem Gläubiger abverlangt wurde, eine Bürgschaft mit Klauseln zu stellen, die vom BGH als unwirksam angesehen werden. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion führt sodann dazu, dass der Gläubiger überhaupt keine Bürgschaft verlangen kann (= Unwirksamkeitsgrund für den Sicherungsvertrag).

Anwendbarkeit von § 312b BGB (außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge) bzw. §§ 491 ff. BGB (entgeltlicher Kredit oder sonstige Finanzierungshilfe) auf Bürgschaft und Schuldbeitritt

Bzgl. der Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf die Bürgschaft bzw. den Schuldbeitritt ist problematisch, dass sowohl § 491 BGB als auch § 312b BGB eine entgeltliche Leistung erfordern (vgl. für § 312b BGB auch § 312 I BGB). Der Gläubiger (Sicherungsnehmer) erbringt aber gegenüber dem Sicherungsgeber keinerlei Gegenleistung. Sowohl der Schuldbeitritt als auch die Bürgschaft sind also dem Sicherungsnehmer gegenüber (im Innenverhältnis zum Schuldner mag eine entgeltliche Geschäftsbesorgung vorliegen) unentgeltliche Leistungen.

A. Schuldbeitritt

1. §§ 491 ff. BGB (Verbraucherdarlehen oder sonstige Finanzierungshilfen)

Nach BGH sind die §§ 491 ff. trotz der Unentgeltlichkeit des Schuldbeitritts (entsprechend) anwendbar.³⁴ Begründet wird dies damit, dass der Schuldbeitretende (mindestens) die gleiche Schutzwürdigkeit aufweist wie der eigentliche Schuldner, da er zwar die volle Haftung übernimmt, aber dafür - anders als der eigentliche Kreditnehmer - noch nicht einmal eine Gegenleistung in Gestalt eines Kredits erhält.

Nach Ansicht des BGH gilt dies auch für die Angaben über die Kreditkonditionen i.S.d. § 492 II i.V.m. Art. 247 §§ 6-13 EGBGB.³⁵

Voraussetzung für die Anwendbarkeit ist allerdings, dass der Schuldbeitretende Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist. Auf die Person des Schuldners kommt es nach BGH nicht an, so dass dieser auch Unternehmer sein kann.

Nach Ansicht des BGH ist auch der Geschäftsführer und Alleingesellschafter einer GmbH Verbraucher.³⁶

Auch für den Beginn der Widerrufsfrist der § 495 I i.V.m. § 355 BGB kommt es nach BGH allein auf den Schuldbeitritt und nicht auf die Entstehung des gesicherten Schuldnerverhältnisses an. Bedeutung hat dies insbesondere im Fall des antizipierten Schuldbeitritts, der vor Abschluss des Darlehensvertrages unter der aufschiebenden Bedingung nach § 158 I BGB erfolgt, dass es zu einem wirksamen Abschluss eines Darlehensvertrages kommt.³⁷

Bei Formnichtigkeit nach § 494 I BGB kommt keine Heilung nach § 494 II BGB in Betracht, da der Schuldbeitretende ja das Darlehen nicht empfängt, sondern das Darlehen an den Kreditnehmer ausgezahlt wird. Eine analoge Anwendung des § 494 II BGB in der Weise, dass mit Auszahlung der Darlehensmittel an den Darlehensnehmer Heilung eintritt, ist nach richtiger Ansicht des BGH mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht vereinbar.³⁸ Durch die Heilung soll der Verbraucherkreditnehmer, der sich auf die Nutzung des Darlehenskapitals eingestellt hat, davor geschützt werden, gem. § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB das Darlehenskapital sofort zurückzahlen zu müssen. Dieser Gesetzeszweck passt für den Schuldbeitritt nicht, da der Mithaftende mangels Auszahlung des Darlehens nichts erlangt hat, was er sofort zurückgewähren müsste. Es bleibt daher bei der Nichtigkeit gem. § 494 I BGB.

2. § 312b BGB (AGV-Geschäfte)

Zur Frage der Anwendbarkeit des § 312b BGB auf den Schuldbeitritt ist bisher keine obergerichtliche Entscheidung ergangen.

Es ist aber davon auszugehen, dass der BGH hier eine Parallele zu den §§ 491 ff. BGB ziehen wird (vgl. dazu sogleich).

B. Bürgschaft

1. §§ 491 ff. BGB

Die Anwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB auf die Bürgschaft wird vom BGH jedenfalls dann abgelehnt, wenn es sich um einen **geschäftsmäßigen** Kredit handelt.³⁹

Anders als beim Schuldbeitritt kommt es hier also auf die Person des Schuldners und nicht auf die des Sicherungsgebers an. Begründet wird die Ablehnung einer entsprechenden Anwendung damit, dass zum einen Schuldbeitritt und Bürgschaft wesensverschieden sind.

Während die Bürgschaft ein streng akzessorisches Sicherungsmittel ist, können sich die Forderungen aus Schuldbeitritt und gesichertem Schuldverhältnis nach dem Beitritt unterschiedlich entwickeln (vgl. § 425 BGB).

Kritik: Die Argumentation mit der Akzessorietät ist ein Irrweg. Die Akzessorietät soll den Bürgen nämlich schützen. Zieht man nun - wie der BGH - die Akzessorietät der Bürgschaft als Argument dafür heran, dem Bürgen ein Widerrufsrecht zu versagen, weil ein solches dem unternehmerischen Hauptschuldner auch nicht zusteht, so führt die Akzessorietät zu einer **Benachteiligung des Bürgen!**

³⁴ BGH, Life&LAW 09/2004, 573 ff. = jurisbyhemmer.

³⁵ BGH, Life&LAW 11/2000, 784 ff. = ZIP 2000, 1523 = jurisbyhemmer.

³⁶ BGH, Life&LAW 03/2006, 149 ff. = jurisbyhemmer.

³⁷ BGH, NJW 1996, 2865 = jurisbyhemmer.

³⁸ BGH, NJW 1997, 654 ff. = jurisbyhemmer.

³⁹ BGH, Life&LAW 06/1998, 370 ff. = NJW 1998, 1939 ff. = jurisbyhemmer.

Aber auch dann, wenn der Hauptschuldner Verbraucher ist, lehnen der BGH und auch der EuGH⁴⁰ die Anwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB auf die Bürgschaft ab. Als Begründung wird angeführt, dass der Bürge durch das Schriftformerfordernis des § 766 BGB ausreichend geschützt sei.

Kritik: Auch dieses Argument ist keinesfalls überzeugend, da § 492 II BGB eine qualifizierte Schriftform regelt, während § 766 BGB hingegen nur eine einfache Schriftform normiert.

Außerdem spielen – so der BGH – das Widerrufsrecht des § 495 i.V.m. § 355 BGB bei der Bürgschaft nach seinem Schutzzweck keine Rolle. Dieses sei darauf ausgerichtet, dem Verbraucher die Möglichkeit zu geben, mit den Angaben des § 492 I BGB in der Hand andere Kreditangebote einzuholen und sich mit den Kreditbedingungen eingehender zu befassen. Beides spielen bei einem Sicherungsmittel keine Rolle, da der Bürge vornehmlich auf die Angaben des Hauptschuldners vertraue.

2. § 312b BGB

a) Nach der vor dem 13.06.2014 geltenden Rechtslage hat der BGH ein Widerrufsrecht des Bürgen, der eine Bürgschaft in einer sog. „Haustürsituation“ erklärt hat, bejaht.

b) Für die seit dem 13.06.2014 geltende Rechtslage lehnt der BGH die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB ab.⁴¹

Nach Ansicht des BGH handelt es sich bei der Übernahme der Bürgschaft **nicht** um einen Vertrag, der eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand hat.

(1) Nach § 312 I BGB muss der Verbraucher dem Unternehmer ein Entgelt schulden

Entgegen der bis zum 12.06.2014 geltenden Rechtslage genügt es für die Anwendbarkeit der §§ 312b, 312g BGB nicht, dass der Bürge sein Leistungsversprechen in der dem Gegner erkennbaren Erwartung abgibt, ihm selbst oder einem bestimmten Dritten werde daraus irgendein Vorteil erwachsen.

§ 312 I BGB setzt in seiner seit dem 13.06.2014 geltenden Fassung vielmehr voraus, dass der Unternehmer gegen ein vereinbartes Entgelt des Verbrauchers die vertragscharakteristische Leistung erbringt.

Eine entgeltliche Leistung des Verbrauchers unterfällt der Vorschrift nach ihrem eindeutigen Wortlaut nicht.

(2) Darlehensgewährung des Unternehmers an den Schuldner ist keine Gegenleistung aus dem Verbrauchervertrag

Nach § 312 I BGB muss die entgeltliche Leistung des Unternehmers aus dem Verbrauchervertrag, für welchen das Widerrufsrecht nach § 312g I BGB in Anspruch genommen wird, geschuldet werden. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 312 I BGB, der einen Verbrauchervertrag nach § 310 III BGB als Rechtsgrund für die Leistung voraussetzt. Dass die Leistung des Unternehmers aufgrund eines separaten, nicht dem § 310 III BGB unterfallenden Vertrages an einen Dritten erbracht wird, reicht danach nicht.

(3) Die Bürgschaftsübernahme ist auch keine Finanzdienstleistung i.S.d. § 312 V BGB

Auch die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB auf Verträge über Finanzdienstleistungen führt nicht zu einem Widerrufsrecht des Bürgen. Bürgschaften oder sonstige Kreditsicherheiten von Verbrauchern werden von dem in § 312 V S. 1 BGB legaldefinierten Begriff der Finanzdienstleistung nicht erfasst.

Danach muss - in Übereinstimmung mit § 312 I BGB - die vertragsspezifische Leistung durch den Unternehmer erbracht werden und der Verbraucher Berechtigter aus dem Vertrag sein.

(4) Keine analoge Anwendung

Eine analoge Anwendung des § 312 I BGB auf die Übernahme einer Verbraucherbürgschaft aus Schutzzweckerwägungen lehnt der BGH mangels planwidriger Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung zu Recht ab.

(5) Keine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung des § 312 I BGB

Der BGH lehnt auch eine Anwendung der §§ 312 I, 312b I, 312g I BGB im Wege richtlinienkonformer Auslegung oder Rechtsfortbildung ab.

Ergebnis: Ein Widerrufsrecht des Bürgen lässt sich nach § 355 BGB i.V.m. §§ 312g I, 312b I BGB nicht begründen.

⁴⁰ EuGH, Life&LAW 07/2000, 445 ff. = NJW 2000, 1323 ff. = jurisbyhemmer.

⁴¹ BGH, Life&LAW 02/2021, 73 ff. = ZIP 2020, 2175 ff. = jurisbyhemmer.