

Aufbau Bürgschaftsklausur

§ 765 I BGB

I. Anspruch entstanden ?

1. Wirksamer Bürgschaftsvertrag § 765 I BGB ?

a) Abgrenzung zu Schuldbeitritt

b) § 766,1 BGB Form

Ausnahme: § 350 HGB

c) § 138 I BGB
Sittenwidrigkeit?

Bei „nahen Angehörigen“

vergl. SchR BT Ü 9

2. Anspruch
Gläubiger/Schuldner ?

Strenge Akzessorietät
§ 767 BGB

II. Anspruch erloschen ?

1. Widerruf § 355 BGB ?

Problem: Widerrufsrecht

vergl. SchR BT Ü 9

**2. Erlöschen Anspruch
Gläubiger/Schuldner § 767 BGB**

**3. Anfechtung
§ 142 I BGB ?**

Problem: Anfechtungsgrund

**4. Bürgschaft auf Zeit
§ 777 BGB**

**5. Übernahme der Schuld
§ 418 BGB**

**6. Aufgabe einer Sicherheit
§ 776 BGB**

vergl. SchR BT Ü 9

III. Anspruch durchsetzbar ?

Hat Bürge Einreden ?

1. Einreden Verhältnis Gläubiger/Bürge

Bürgschaftsbezogene Einrede

§ 771, 1 BGB

Einrede der „Vorausklage“

Ausnahme: § 349 HGB

2. Einreden Verhältnis Gläubiger/Schuldner

Forderungsbezogene Einrede

a) § 768 I 1 BGB

b) § 770 I BGB

Wichtig:
Analogie zu anderen
schwebenden
Gestaltungsrechten

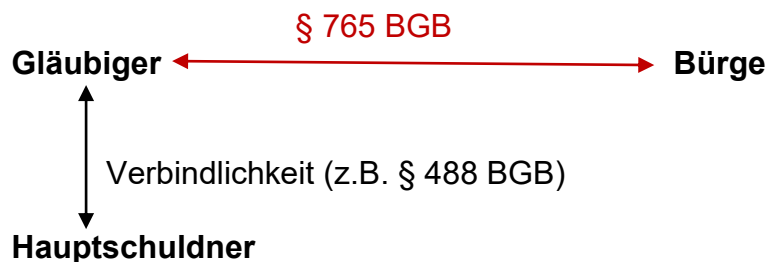
c) § 770 II BGB

Vergl. **Fall 7 SchR BT 2** zur
Analogie

Bürgschaftsrechtsprechung

Hinweis: Grundwissen ist dringend geboten, vor allem beim Thema Form, Verbraucherschutz und vor allem Wettlauf der Sicherheiten/ § 776 BGB

Grundprinzip der Bürgschaft



I. Anforderungen an Formerfordernis

Blankobürgschaft (BGH NJW 1996, 1467; NJW 2000, 1179)

BGH: Eine formbedürftige Bürgschaft (§ 766 BGB) kann **nicht** in der Weise wirksam erteilt werden, dass der Bürge eine Blankounterschrift leistet und den Gläubiger (z.B. Bank) formlos ermächtigt, die Urkunde zu ergänzen.

a) **Problem: Formumfang des § 766 S.1 BGB und § 181 BGB (Insichgeschäft):**

Durch Blankounterschrift **Form nicht gewahrt** mit der Folge des § 125 BGB

Grundsätzlich zwar Formfreiheit der Ermächtigung (§ 167 II BGB)

aber **teleologische Reduktion** von § 167 II BGB, da Funktion der Formvorschrift sonst umgangen wird.

→ **FOLGE: Formerfordernis (§ 766 BGB) für die Vollmacht**

- Vertretener sonst nicht ausreichend geschützt, weil wegen **Befreiung von § 181 BGB** Interessenkonflikt für den Gläubiger (Bank) besteht.
- **Warnfunktion des § 766 BGB** sonst nicht erfüllt

b) **Gegenüber Dritten** kann aber bezüglich der Wirksamkeit eine **Rechtsscheinwirkung** eintreten nach **§§ 172 II, 173 BGB analog** (auch bei abredewidrigem Ausfüllen).

II. Ergänzend zum Selbstbearbeiten: § 138 I BGB

Hinweis: Thema hat in den letzten Jahren im 1. Examen in der schriftlichen Prüfung sehr stark an Bedeutung verloren!

1. Grundsatz

Seit BVerfG NJW 1994, 37 und BGH:

§ 138 I BGB (+) wenn Bürge finanziell erheblich überfordert ist und zusätzliche der anderen Partei zurechenbare Umstände **hinzutreten, die die Bürgschaft als sittenwidrig prägen**

2. Bürgschaften von (volljährigen) Kindern für Eltern

a) objektiver Sittenverstoß

- **Finanziell krasse Überforderung** bei Einzelbetrachtung auf Vermögen/Einkommen des Kindes: wenn aus dem pfändbaren einkommen schon die Zinsen der Schuld nicht gezahlt werden können.
- **Zusätzlicher Umstand (wird vermutet):** Verstoß gegen familienrechtliche Rücksichtnahmepflichten (§ 1618a BGB)
 - Kinder sind Bank strukturell unterlegen, **da emotional und finanziell abhängig von Eltern.**
 - Daraus folgt **Gefühl der Dankbarkeit gegenüber Eltern**; Verweigerung wirtschaftlicher Unterstützung (Bürgschaft) stellt sich als Undankbarkeit dar.

b) subjektiver Sittenverstoß

- Zurechenbarkeit zur Bank, wenn sie Kenntnis hat oder **wenn bei ordnungsgemäßer Bonitätsprüfung obj. Sittenverstoß hätte erkannt werden müssen** (im Ergebnis: Vermutung für die Kenntnis).

3. Bürgschaften des Ehegatten

a) objektiver Sittenverstoß

→ **Finanziell krasse Überforderung** des bürgenden Ehegatten:

- **Wenn der Bürge die laufenden Zinsen der Hauptschuld nicht aufbringen kann.**
Arg. wegen §§ 366, 367 erst Anrechnung der Tilgung auf Zinsen und Kosten.

- Es kommt **nur auf die Vermögensverhältnisse des Bürgen** und nicht des Hauptschuldners (Ehegatte) an.

→ **Zusätzlicher Umstand:**
wirtschaftliche Sinnlosigkeit / emotionale Abhängigkeit

- aus finanzieller Überforderung (wirtschaftliche Sinnlosigkeit der Bürgschaft) folgt die **Vermutung**, dass der bürgende Ehegatte **aus emotionaler Verbundenheit** zum Hauptschuldner gehandelt hat (im Ergebnis: Beweislastumkehr zu Lasten der Bank).

→ **Wichtige Ausnahme von § 138 BGB:**
Vorteile (Eigeninteresse) des bürgenden Ehegatten aus der Bürgschaft?

Diese müssen aber **unmittelbar** und **geldwert** sein

Dann § 138 BGB (-)

→ **Weitere Ausnahme von § 138 BGB:**
Rechtfertigung überfordernder Bürgschaften mit Gläubigerinteresse:

Rechtfertigung wirtschaftlich sinnloser Bürgschaft nur möglich, wenn Grund der **Rechtfertigung im Vertrag festgelegt** (NJW 2002, 2228 I&I 2002, 658), sog. **beschränkter Haftungszweck**.
Dann kann die Bank aber auch nur aus dem übertragenen Vermögen vorgehen !

Grund: Schutz vor Vermögensverschiebungen zwischen Ehegatten

Bei Rechtfertigung § 138 BGB (-)

b) subjektiver Sittenverstoß

- Kenntnis der Bank von der objektiven Sittenwidrigkeit oder kennen müssen. Wobei **Pflicht des Gläubigers (Bank), sich über Vermögensverhältnisse des Bürgen zu informieren** (sonst gelten sie dem Gläubiger als bekannt).

4. Arbeitnehmerbürgschaften

BGH I&I 2019, 84 (Heft 2)

AN Bürgschaft für Verbindlichkeiten des AG ist grundsätzlich **nicht sittenwidrig**, wenn **keine finanzielle Überforderungssituation**

III. Anwendbarkeit der Verbraucherschutzvorschriften?

Frage: Kann Bürge wegen **Verbraucherschutz** widerrufen ?

1. Bürgschaft und §§ 491, 495 I, 514 f. BGB

a) Direkte Anwendung § 491 BGB (-)

- Bürgschaft ist **kein Kreditvertrag** i.S.v. § 491 I BGB, da der Bürge keine -finanzierte- Gegenleistung erhält → **es fehlt u.a. auch an der „Entgeltlichkeit“**

b) §§ 514 II, 515 BGB (-)

- Anwendung nur auf **Darlehensverträge** und **Finanzierungshilfen**. Bürgschaft ist aber (**nur**) **Sicherheit**, keine „Finanzierungshilfe“ bzw. Darlehen

c) Richtlinienkonforme Auslegung nach EuGH (-)

- **EuGH**: Verbraucherkreditrichtlinie gilt nur für **Darlehen**, aber nicht für Sicherheiten

d) Analoge Anwendung von § 495 BGB (-)

- **BGH**: Bürge ist **ausreichend geschützt** über §§ 766, 138 BGB und **Bestimmtheitserfordernis** (keine Regelungslücke)

e) Beachte aber beim Schuldbeitritt

- **BGH**: § 491 f. BGB **analog** werden aber auf **Schuldbeitritt** angewendet, da Schuldbeitretender als Gesamtschuldner haftet, ohne eine Gegenleistung zu erhalten (**BGH NJW 1997, 654**)

„Schuldbeitritt ist Kopie“

2. Bürgschaft und §§ 312 b, g I BGB („AvG Vertrag“)

a) Direkte Anwendung (-)

→ es fehlt an der „Entgeltlichkeit“ (vergl. § 312 I BGB)

b) Analoge Anwendung ?

Dazu BGH in NJW 2006, 845 zur alten Rechtslage bei Haustürgeschäft:

Es reicht für Widerrufsrecht bei der Bürgschaft aus, dass Bürge in „Haustürsituation“ (jetzt: „außerhalb von Geschäftsräumen“) unterschreibt.

Mittlerweile aber BGH v.22.9.2020 XI ZR 219,19 I&I 2021, 73 (Heft 2):

Kein Widerrufsrecht, da entgeltliche Leistung des Unternehmers fehlt und für Analogie keine Regelungslücke mehr seit 2014 besteht ! Auch richtlinienkonforme Auslegung scheidet nach BGH aus!

Hinweis:

Trotz geändertem zu Gesetzestext vor 2022 bleibt diese neue Rechtsprechung des BGH natürlich auch beim jetzigen Gesetzeswortlaut in § 312 I BGB gültig!

IV. Umfang der Bürgschaft

WICHTIG: Regress bei Bürgschaft und Grundpfandrecht

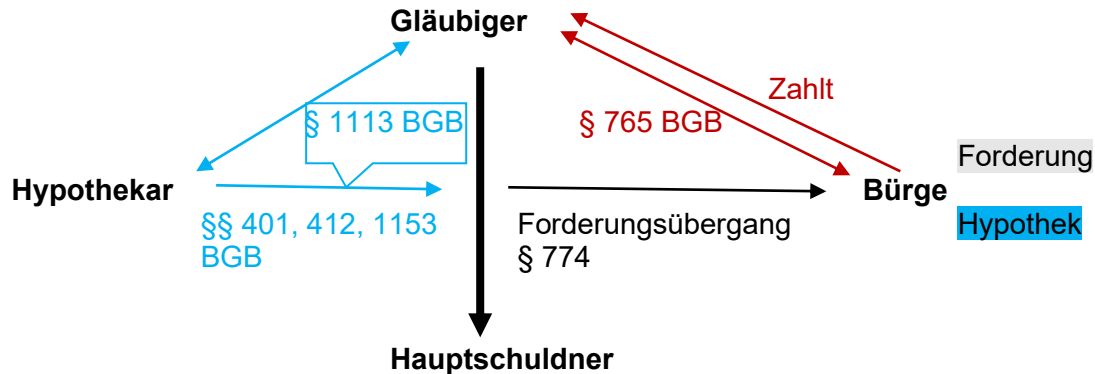
(BGH NJW 1992, 3228) = WETT LAUF DER SICHERHEITEN (Fall 8 BT 2)

Fall: G gewährt dem S ein Darlehen über 40.000 €; B gewährt Bürgschaft, E eine Hypothek in dieser Höhe. B zahlt an G 40.000 € und will von E 20.000 €

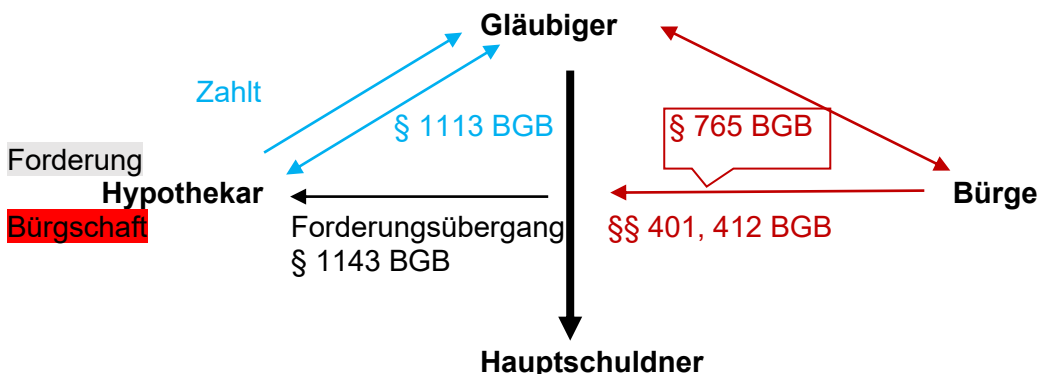
Problem: Ist neben Bürgschaft auch Hypothek/ Grundschuld bestellt, so ist **anders** als bei §§ 1225 S.2/§ 774 II keine gesamtschuldnerische Haftung für Ausfall der gesicherten Forderung vorgesehen.

a) Situation wenn Bürgschaft/Hypothek

- **Bürge** befriedigt Gläubiger: Forderung geht gem. **§ 774 I BGB** („cessio legis“) über; ihm steht gem. **§§ 412, 401 BGB (bzw. § 1153 I BGB)** die Hypothek zu.



- **Hypothekar** befriedigt Gläubiger: Forderung gegen Hauptschuldner geht gem. **§ 1143 I BGB** („cessio legis“) über; die Bürgschaft steht gem. **§§ 412, 401 BGB** auch dem Hypothekar zu.



Also unsinniger „Wettlauf“ → wer zuerst zahlt bekommt die volle andere Sicherheit

Lösung:

eA: Bürge haftet privilegiert, da er mit ganzen Vermögen haftet (größeres Risiko), so dass er Regress des Realsicherers nicht dulden muss (Tiedtke BB 1984, 19).

BGH/h.M.: Haftung als **Gesamtschuldner (§ 774 II, 426 BGB analog)**, da gleichrangige Haftung der Sicherungsgeber für **gemeinsames Risiko**. Also grundsätzlich **50:50**

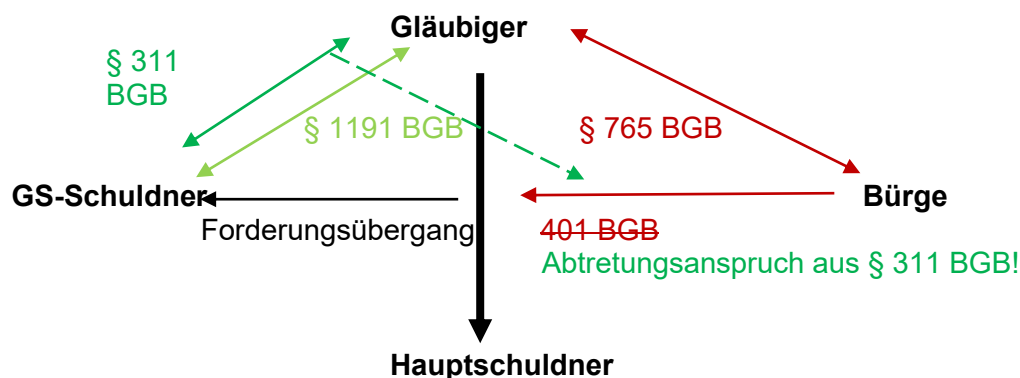
b) Situation wenn Bürgschaft/Grundschuld

Hier greift § 401 BGB (bzw § 1153 I BGB) nicht direkt, da **Grundschuld nicht akzessorisch**.

„gar kein Wettlauf“ nach dem Gesetz („negativer Wettlauf“)

Aber:

- Hypothek und Grundschuld **wirtschaftlich eng verwandt**
- § 401 BGB wird ersetzt durch Abtretungsanspruch aus dem Sicherungsvertrag
- „Grundschuld ist die neue Hypothek“



Deswegen BGH aao: Auch hier §§ 774 II, 426 I BGB analog ! Also grundsätzlich 50:50

c) Prüfungsrelevantes Sonderproblem: unterschiedliche Haftung im Außenbereich

BGH I&I 2009, 236; NJW 2009, 437

Anteilige (relative) Haftung nach Quote, wenn unterschiedliche Höchsthaftung, da von vornherein unterschiedliches Risiko übernommen wurde:

„wer im Außenverhältnis höheres Risiko übernimmt, bekommt im Innenverhältnis entsprechend weniger oder nichts“

Ergänzend zum Selbstbearbeiten:

Verzicht des Gläubigers auf andere Sicherheit § 776 BGB

BGH I&I 2013, 648 (Heft 9): Verzicht des Gläubigers auf Grundschild

- **Weiter Aufgabebegriff**
- § 776 BGB wird auf die **Grundschild entsprechend angewendet**, da mit Hypothek vergleichbar („eng verwandt“)!
- § 776 BGB ist **Einwendung** und nicht nur Einrede !

Fall 7

(Vertiefungsfall zur selbständigen Bearbeitung)

Als Page am Bildschirm freudestrahlend verfolgt hatte, wie „seine“ Lottozahlen gezogen wurden, beschloss er im Gefühl künftigen Reichtums, einen besseren Pkw zu kaufen. Am 28. März 2023 erzielte er „grundsätzliche Einigkeit“ mit Kfz-Händler Santana über den Kauf eines neuen „Kojota“ für 45.000,- €. Der Kaufpreis sollte bei Lieferung fällig sein. Bereits zuvor aber hatte Santana den Page darauf hingewiesen, dass derzeit mit einer Lieferzeit von möglicherweise bis zu einem halben Jahr zu rechnen sei, er aber eine gewisse Sicherheit brauche, bevor er den Vertrag endgültig unterzeichne. Bei diesem Gespräch erklärte der Page auch, dass er sich den Wagen wegen seines Lottogewinns nun leisten könne.

Page bat den Hendrix, bei Santana für ihn „zu bürgen“; immerhin sei er doch ein so guter Kunde. Dies sei nur Formsache, da er bald Lottokönig sei. Hendrix, der eine Musikaliengroßhandlung betreibt, rief am 1. April 2023 bei Santana an und teilte ihm mit, dass er für die Kaufpreisschuld seines Kunden Page bis zu einem Betrag von 45.000,- € „einstehen werde“. Die Verpflichtung sollte aber vorbehaltlos erlöschen, wenn er - Hendrix - nicht innerhalb eines halben Jahres in Anspruch genommen werde. Santana war hiermit einverstanden. Am gleichen Tag noch wurde der Kaufvertrag über den Wagen unterzeichnet.

Später stellte sich aber heraus, dass Page ausgerechnet diesmal versehentlich andere Nummern als die üblichen angekreuzt hatte. Am 2. Oktober 2023 (Montag) wurde der bestellte „Kojota“ dem Page geliefert. Da Santana aber schon vom fehlgeschlagenen Lottogewinn des Page erfahren hatte, teilte er noch am gleichen Tag dem Hendrix mit, dass er ihn nun aus der Bürgschaft in Anspruch nehmen werde.

Hendrix erklärt, es müsse doch wohl klar sein, dass das Ganze ein Aprilscherz war. Im Übrigen fechte er den Vertrag an, da er über die Vermögensverhältnisse des Page im Irrtum gewesen sei. Page habe ihn außerdem auch arglistig getäuscht, da er zusätzlich noch behauptet habe, eine Erbschaft gemacht zu haben, was aber - wie er mittlerweile erfahren habe - gar nicht stimmt. Weiter beruft sich Hendrix - im Tatsächlichen zutreffend - darauf, dass dem Page gegen den Santana aus anderer Sache ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 1.000,- € zustehe. Dies deswegen, weil Santana vor einigen Monaten anlässlich eines Streits dem Page vorsätzlich einen Verstärker zertrümmert habe.

Hendrix macht außerdem geltend, dass der „Kojota“ mit einem minderwertigen Beifahrer-Airbag ausgerüstet gewesen ist, der sich beim Betätigen der Hupe immer öffnete. Deswegen müsse auch seine Zahlungspflicht zumindest in Höhe einer Kaufpreisminderung von 500,- € entfallen. Ein von Page geltend gemachtes Nachbesserungsverlangen wurde von Santana kategorisch abgelehnt.

Page selbst hat diesbezüglich und bezüglich der Aufrechnung noch nichts unternommen.

Vermerk für die Bearbeitung:

Prüfen Sie gutachtlich, ob Santana (S) Zahlung von Hendrix (H) verlangen kann. Dabei ist auf den 1. Dezember 2023 abzustellen.

Fall 7- Lösung

ÜBERSICHT FALL 7

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-2

Fall 7 - Lösung - Seite 2

ÜBERSICHT FALL 7

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 Schuld-

mitübernahme 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, Kredit-sicherungsrecht, 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-2

Fall 7 - Lösung - Seite 3

Fraglich ist also, ob diese Behauptung des H - unterstellt, sie träfe zu - zur Anwendbarkeit des § 118 BGB führen würde. Grund für die Nichtigkeit nach § 118 BGB ist die subjektive Erwartung des Erklärenden, der Empfänger werde die mangelnde Ernstlichkeit erkennen.

Die Vorschrift muss als gegen den Gedanken des Verkehrsschutzes verstoßende systemwidrige Ausnahmenvorschrift⁵ eng 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“.

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

4. Formwirksamkeit, § 766 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 **Unternehmerrisiko**. Die GmbH (oder eine KG) selbst ist natürlich Kaufmann, vgl. etwa § 6 HGB, § 13 III GmbHG, und damit auch Unternehmer, § 14 I BGB.⁸

- 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**.

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.

Im vorliegenden Fall hat sich H ausdrücklich für seinen Kunden verbürgt und sich aus der Bürgschaft positive Effekte für sein Geschäft versprochen (Kundenbindung). Dies reicht aus, um den notwendigen Bezug zum Betrieb des Handelsgewerbes zu bejahen.

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

Anmerkung: Wäre die Bürgschaft für den H ein Privatgeschäft gewesen, würde sich die Frage stellen, ob das Vorliegen des Handelsgeschäfts gem. § 344 I HGB vermutet wird, wenn für S dieser Privatcharakter nicht erkennbar war.

⁵ Grüneberg, § 118 BGB, Rn. 2.

⁶ Vgl. Grüneberg, § 118 BGB, Rn. 2.

⁷ Grüneberg, § 116 BGB, Rn. 6.

⁸ BGH, **Life&LAW 03/2006, 149 ff.** = NJW 2006, 431 ff. sowie BGH, **Life&LAW 02/2021, 73 ff.** = jurisbyhemmer.

SchuldR-BT-2

Fall 7 - Lösung - Seite 4

*Ist eine natürliche Person Kaufmann, so ist wegen des Vorranges des § 13 HS 2 BGB die Vermutung des § 344 I HGB nach Ansicht des BGH nicht anwendbar (vgl. dazu auch **Fall 5, Teil 2 des Hemmer-Hauptkursprogramms Handels- und Gesellschaftsrecht!**).⁹*

Fraglich ist, wie weit dieser Vorrang gilt. Geht § 13 BGB nur dann der Vermutung des § 344 I HGB vor, wenn es um die Frage der Anwendbarkeit von Verbraucherschutz geht oder gilt § 344 I HGB bei einer natürlichen Person generell nicht mehr?¹⁰

Da der BGH insbesondere mit unionsrechtlichen Erwägungen argumentiert hat, erscheint es überzeugend, § 13 BGB nur dann als vorrangig anzusehen, wenn es um die Frage der Anwendbarkeit von Verbraucherschutzrechtlichen Bestimmungen geht. Dies ist bei § 766 BGB aber nicht der Fall, da nicht nur die Bürgschaft eines Verbrauchers, sondern auch die des Unternehmers, der nicht Kaufmann ist, der Schriftform bedarf.

Hält man hingegen § 13 BGB generell für vorrangig, so hätte § 344 I HGB bei Einzelkaufleuten gar keinen Anwendungsbereich mehr. Die Vermutung des § 344 I HGB wäre daher nur noch auf die Handelsgesellschaften (§ 6 HGB) und die juristischen Personen (§§ 13 III GmbHG, 6 I, II HGB und §§ 3 I AktG, 6 I, II HGB) anwendbar.

Zwischenergebnis: Da hier die Bürgschaft eindeutig ein Handelsgeschäft war, ist § 766 BGB wegen § 350 HGB nicht anwendbar. Die Bürgschaft war daher formwirksam.

Anmerkung: Beachten Sie zur Schriftform gem. § 126 BGB unbedingt, dass die Übermittlung per Fax 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. Gem. § 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.¹¹

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.¹²
- 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.¹³
- cc) Dies gilt aber dann nicht, 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 **zu dem 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.

⁹ BGH, **Life&LAW 05/2022, 289 ff.** = NJW 2022, 686 ff. = jurisbyhemmer.

¹⁰ In diese Richtung tendieren Leyens/Hubert, Die Vermutung für das Handelsgeschäft, JuS 2023, 193 ff.

¹¹ Grüneberg, § 766 BGB, Rn. 1.

¹² Grüneberg, § 119 BGB, Rn. 26.

¹³ Vgl. Grüneberg, § 119 BGB, Rn. 26.

SchuldR-BT-2

Fall 7 - Lösung - Seite 5

- 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.

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.¹⁴ 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**.¹⁵

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

¹⁴ BGH, NJW-RR 1992, 1006 = jurisbyhemmer.

¹⁵ Zur Störung der Geschäftsgrundlage vgl. **Hemmer/Wüst, Schuldrecht AT, Rn. 607 ff.**

SchuldR-BT-2

Fall 7 - Lösung - Seite 6

- auf dessen Berücksichtigung die andere Partei sich redlicherweise hätte einlassen müssen.

Für den Bürgschaftsvertrag müssen hierbei **hohe Anforderungen** gelten, weil der Bürge schlechthin und unbeschränkt das Risiko für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners übernimmt.¹⁶

Das darf er nicht so einfach über die Grundsätze der Störung der GG wieder auf den Gläubiger abwälzen.¹⁷

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.¹⁸

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.¹⁹

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

¹⁶ Vgl. BGH, NJW 1983, 1850 = jurisbyhemmer.

¹⁷ Zur Anwendung der Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage auf die Bürgschaft vgl. auch BGH, ZIP 1999, 877 ff.; BGH, NJW 2000, 362 ff. = jurisbyhemmer.

¹⁸ 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.

¹⁹ Grüneberg, § 777 BGB, Rn. 1, 2.

SchuldR-BT-2

Fall 7 - Lösung - Seite 7

- Anwendbarkeit gemäß §§ 1, 343, 344 HGB, s.o. - die Einrede der Vorausklage nicht zu stand.

- 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.²⁰

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 2023 um 0⁰⁰ Uhr (§ 187 I BGB) und endete mit Ablauf des **1. Oktober 2023** (§ 188 II BGB).

Da der 1. Oktober aber ein Sonntag war, endete die Frist gem. § 193 BGB erst am 2. Oktober 2023.

Die erforderliche Anzeige erfolgte hier am 2. Oktober 2023, also **gerade noch rechtzeitig**. Zu diesem Zeitpunkt war auch die Kaufpreisforderung schon fällig geworden, da der Wagen ebenfalls am 2. Oktober 2023 ausgeliefert wurde.

IV. Gegenrechte des H²¹

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.²²

²⁰ Vgl. BGH, NJW 1982, 172 = jurisbyhemmer.

²¹ Zu den Gegenrechten des Bürgen vgl. die Darstellung bei Hemmer/Wüst, Kreditsicherungsrecht, Rn. 186 ff.

²² Grüneberg, § 393 BGB, Rn. 2.

SchuldR-BT-2

Fall 7 - Lösung - Seite 8

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).²³

Der BGH ist mit Beschluss vom 15.09.2009 dieser Ansicht entgegengetreten.²⁴

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.²⁵ 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 deute 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 BGB²⁶ 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 Gegenmeinung²⁷, 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 erlischt, dass der Schuldner ein ihm zustehendes Gestaltungsrecht ausübt.

Das muss für die Aufrechnung genauso gelten. Es kann keinen Unterschied machen, ob das Erlöschen durch Anfechtung oder durch 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.²⁸

Anmerkung: Seit dem 01.01.2024 ist dies nun bei der GbR und OHG/KG ausdrücklich in § 721b II BGB bzw. § 128 II HGB geregelt.

- 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.

²³ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 14. Auflage, Band I, § 18 VI b; Lücke/Huppert, JuS 1971, 165 (167).

²⁴ BGH, **Life&LAW 12/2009, 804 ff.** = BB 2009, 2209 ff. = jurisbyhemmer.

²⁵ Grüneberg, § 770 BGB, Rn. 3; MüKo, § 770 BGB, Rn. 9.

²⁶ Vgl. Grüneberg, § 273 BGB, Rn. 9.

²⁷ Medicus, JuS 1971, 501.

²⁸ A.A. vertretbar, wenn das Problem erkannt und diskutiert wird.

SchuldR-BT-2

Fall 7 - 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 Mängelinrede gemäß **§ 438 V, IV S. 2 BGB nach Verjährungseintritt** ist kein Gestaltungsrecht, würde also in jedem Fall unter § 768 I BGB fallen.²⁹

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.

²⁹ Vgl. Grüneberg, § 770 BGB, Rn. 4.

SchuldR-BT-2

Fall 7 - 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).³⁰

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.³¹

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

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 Lotteregewinn 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?

³⁰ Vgl. dazu bereits Fall 6, Schuldrecht-BT.

³¹ Vgl. Hofmann/Pammler, „Die Mängel einrede beim Kauf – die Lage nach der Schuldrechtsreform“, in ZGS 2004, 293 [296]; **Fall 6 SchuldR-BT wiederholen!**

SchuldR-BT-2

Fall 7 - Lösung - Seite 11

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) Die in den §§ 286 ff. InsO vorgesehene Möglichkeit der Restschuldbefreiung schließt die Anwendung des § 138 I BGB auf ruinöse Bürgschaften finanzschwacher Ehepartner etc. nicht aus. Vgl. dazu BGH, **Life&LAW 11/2009, 732 ff. = NJW 2009, 2671 ff. = jurisbyhemmer.**
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 nach § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB 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.³² 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).

³² Vgl. auch Lorenz, JuS 1999, 1146.

SchuldR-BT

Fall 14 - Lösung - Seite 12

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.³³

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.³⁴

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

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.³⁵ 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.³⁶

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.³⁷

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.³⁸

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.³⁹ 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.

³³ So Lorenz JuS 1999, 1146 (1149).

³⁴ 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).

³⁵ **BGH, Life&LAW 02/2022, 101 ff.**

³⁶ **BGH, Life&LAW 11/2000, 784 ff.** = ZIP 2000, 1523 ff. = jurisbyhemmer.

³⁷ **BGH, Life&LAW 03/2006, 149 ff.**

³⁸ BGH, NJW 1996, 2865 = jurisbyhemmer.

³⁹ BGH, NJW 1997, 654 ff. = jurisbyhemmer.

SchuldR-BT-2

Fall 7 - Lösung - Seite 13

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.⁴⁰

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!

Aber auch dann, wenn der Hauptschuldner Verbraucher ist, lehnen der BGH und auch der EuGH⁴¹ 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 spiele – 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 spiele 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.⁴²

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.

⁴⁰ BGH, Life&LAW 06/1998, 370 ff. = NJW 1998, 1939 ff. = jurisbyhemmer.

⁴¹ EuGH, Life&LAW 07/2000, 445 ff. = NJW 2000, 1323 ff. = jurisbyhemmer.

⁴² BGH, Life&LAW 02/2021, 73 ff. = ZIP 2020, 2175 ff. = jurisbyhemmer.

SchuldR-BT-2

Fall 7 - Lösung - Seite 14

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.

Auszug aus:**Rechtsanwalt Michael Sperl
Zivilrecht Grundlagen
10.Auflage 2026****Hinweis:****Soweit nicht anders angegeben,
alle Paragraphen aus dem BGB!****§ 5 b Immobiliarsachenrecht**

Grundstücke	A. <u>Eigentumserwerb an Grundstücken</u>	310
	Der Eigentumserwerb vollzieht sich nach den §§ 873, 925 BGB . Die Voraussetzungen entsprechen im Wesentlichen denen des Eigentumserwerbs an beweglichen Sachen. An die Stelle der Übergabe tritt die Eintragung des neuen Eigentümers in das Grundbuch.	311
Voraussetzungen	Voraussetzungen: • Einigung (sog. Auflassung) • Eintragung • Einigsein • Berechtigung • Verfügungsbefugnis	312
Einigung	I. Einigung = Auflassung § 925 I BGB	313
§ 925 I BGB	Für den Eigentumserwerb bedarf es zunächst der Einigung, die der Form des § 925 I BGB (Auflassung) bedarf. Für den dinglichen Vertrag gelten wiederum die allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte, soweit nichts anderes bestimmt ist. Stellvertretung § 164 BGB ist möglich.	
Eintragung	II. Grundbucheintragung An die Stelle der Übergabe bei beweglichen Sachen tritt bei Grundstücken die Grundbucheintragung.	313 a
Einigsein	III. Einigsein Die Einigung ist bis zur Eintragung widerruflich, wenn nicht ein Fall des § 873 II BGB vorliegt. Da die Auflassung praktisch immer beurkundet wird, ist Widerruf de facto nicht möglich.	313 b

Berechtigung	IV. Berechtigung Ist der Veräußernde nicht der Berechtigte, kommt ein gutgläubiger Erwerb nach § 892 I 1 BGB in Betracht.	314
Wichtig: § 892 I BGB	Voraussetzungen des § 892 I BGB • Rechtsgeschäft als Verkehrsgeschäft • Unrichtigkeit des Grundbuchs • Voreintragung des Veräußerers • Kein Widerspruch des Erwerbers • Gutgläubigkeit des Erwerbers Es schadet nur positive Kenntnis.	315
Zeitpunkt	Grundsätzlich muss der Erwerber bis zum Vollerwerb gutgläubig sein. Ausnahmen: • § 892 II BGB • § 883 II BGB analog h.M: sogenannte „große Lösung“ wenn Erwerber Vormerkung gutgl. erworben hat	316 b
Verfügungsbefugnis	V. Verfügungsbefugnis Die Verfügungsbefugnis spielt in den Scheinklausuren i.d.R. keine Rolle, den Punkt also idR weglassen.	317
Anwartschaftsrecht	Sonderproblem: Anwartschaftsrecht	317 a
Auflassung + Antrag	Dem Erwerber eines Grundstücks steht zumindest dann ein Anwartschaftsrecht zu, wenn die bindende Auflassung gem. § 873 II, 925 BGB vorliegt und auch der Eintragungsantrag durch den Erwerber selbst gestellt wurde. Wegen § 17 GBO hat er damit eine ausreichend gesicherte Rechtsposition erlangt.	
Vormerkung	Eine weitere Möglichkeit, ein Anwartschaftsrecht zu erlangen, ist die Vormerkung .	317 b
Übersicht Vormerkung	B. <u>Vormerkung</u> Der Erwerber erwirbt das Eigentum an einem Grundstück erst, wenn auch seine Eintragung im Grundbuch erfolgt ist. Die Zeit von der Stellung des Eintragungsantrags bis zur endgültigen Eintragung beträgt oft viele Monate. Während dieser Zeit ist der Veräußerer noch als Berechtigter eingetragen. Folglich besteht die Gefahr, dass der Veräußerer an einen Dritten weiterveräußert und der Dritte das Eigentum erwirbt.	318

	Gegen solche Zwischenverfügungen soll die Vormerkung schützen, vergl. § 883 II BGB :	
Wirkung § 883 II BGB	Wenn der Käufer, der durch eine Vormerkung geschützt wird, den Anspruch aus § 433 I 1 BGB geltend macht, kann ihm der Verkäufer wegen § 883 II BGB nicht § 275 I BGB entgegenhalten. Gegen den Dritten hat der Käufer den Anspruch aus § 888 BGB wegen 19 GBO.	318 a
Entstehung	I. Entstehung der Vormerkung Voraussetzungen: • vormerkungsfähiger Anspruch § 883 BGB • Bewilligung bzw. einstw. Verfügung § 885 I BGB • Eintragung § 883 BGB • Berechtigung § 885 I BGB	319
Anspruch	1. Vormerkungsfähiger Anspruch Erforderlich ist zunächst ein vormerkungsfähiger Anspruch . Die Vormerkung ist streng akzessorisch, § 883 I 1 BGB.	320
„Unterverbriefung“	Problem kann sich hier bei der sog. Unterverbriefung ergeben, wenn die Parteien beim Notar den KP zu niedrig angeben. Der beim Notar angegebene KV ist nach § 117 I BGB nichtig, der wirklich gewollte KV nach §§ 117 II, 311 b I, 125 BGB. Die Vormerkung kann hier also nicht entstehen!	320 a
§ 311 b I 2 BGB (-)	Die Heilung nach § 311 b I 2 BGB reicht nicht, da sie nur ex nunc wirkt.	320 b
§ 883 I 2 BGB (-)	§ 883 I 2 BGB kommt auch nicht zur Anwendung, da nach BGH der künftige Anspruch nur noch vom erwerber abhängig sein darf!	320 c
Bewilligung	2. Bewilligung/einstweilige Verfügung, § 885 I BGB Weiterhin erforderlich ist, dass der Veräußerer, der noch als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist, die Eintragung der Vormerkung bewilligt . Weigert sich der Verkäufer, eine solche Bewilligung auszusprechen, kann sie im Wege der einstweiligen Verfügung durch das Gericht ersetzt werden.	321
Eintragung	3. Eintragung Analog zu den Grundstücksrechten entsteht auch die Vormerkung erst mit ihrer Eintragung im Grundbuch.	322

Berechtigung	4. Berechtigung	323
	Der Veräußerer, der die Vormerkung bewilligt, muss berechtigt sein. D.h. er muss entweder Eigentümer sein oder von diesem über § 185 BGB ermächtigt sein.	
	Schließlich kommt auch gutgläubiger Erwerb in Betracht:	
Gutgl. (Erst) Erwerb	(P) Gutgläubiger (Erst) Erwerb nach §§ 893 2. Alt, 892 BGB	324
	Darunter versteht man den Erwerb vom vermeindlichen Eigentümer. Nach h. M. ist die Bewilligung einer Vormerkung eine Verfügung, so dass über § 893, 2. Alt. BGB ein gutgläubiger Erwerb gem. § 892 BGB möglich ist.	
	Beachte: Geschützt wird nur der gute Glaube an die Berechtigung des Verfügenden, nicht der gute Glaube an das Bestehen der Forderung.	324 a
Übertragung	II. Übertragung der Vormerkung	325
	Wegen der Akzessorietät der Vormerkung kann die Vormerkung nicht isoliert übertragen werden, sondern geht gem. § 401 BGB analog mit der Abtretung des gesicherten Anspruchs über.	
	Der Zweiterwerb kommt nur in Betracht, wenn die Forderung besteht!	
Gutgl. Zweiterwerb umstritten	Umstritten ist dann, ob die Vormerkung bei der Übertragung gutgläubig erworben werden kann (sog. gutgläubiger Zweiterwerb), da § 892 BGB das Tatbestandsmerkmal „ durch Rechtsgeschäft “ enthält.	325 a
Lit. (-)	Die Lit. lehnt den Zweiterwerb ab, da die Vormerkung kraft Gesetzes übergeht (§ 401 BGB),	
BGH (+)	Der BGH lässt den Zweiterwerb zu, da mittelbar wegen der Abtretung (§ 398 BGB) ein Rechtsgeschäft vorliegt und die Vormerkung verkehrsfähig sein soll.	325 b
Hyp und GS	C. <u>Hypothek und Grundschuld</u>	326
Rechtsnatur	I. Rechtsnatur	
Hypothek	1. Hypothek	326 a
akzessorisch	Die Hypothek wird zur dinglichen Sicherung von Forderungen verwendet. Sie ist gemäß § 1113 I BGB ein akzessorisches Sicherungsmittel ; d.h.	

	sie kann nicht ohne eine zugrundeliegende Forderung existieren.	
Grundschild	2. Grundschild	326 b
Nicht akzessorisch	Die Grundschild entspricht der Hypothek und räumt ihrem Inhaber ebenfalls ein Sicherungsrecht an einem Grundstück ein. Der Unterschied zur Hypothek ist gem. § 1191 I BGB die fehlende Akzessorietät . D.h. eine Grundschild kann entstehen und fortbestehen, auch wenn keine Forderung vorhanden ist. § 1192 I BGB erklärt nur diejenigen Vorschriften der §§ 1113 ff. BGB für anwendbar, die nicht auf der Akzessorietät beruhen.	
§ 1192 I a BGB SGS	In der Regel besteht jedoch auch bei der Grundschild eine zu sichernde Forderung. Schließlich soll der Gläubiger auch bei der Grundschild nur dann einen Zugriff auf das Grundstück haben, wenn seine Forderung nicht befriedigt wird. Für diese Sicherungsgrundschild gilt § 1192 I a BGB .	327
Sicherungsabrede	Zwischen Grundschild und Forderung besteht dann auch eine gewisse Verknüpfung, nämlich über die sog. Sicherungsabrede . Diese ist ein schuldrechtlicher Vertrag und besagt, dass der Gläubiger nur dann und nur insoweit in das Grundstück vollstrecken darf, wie er mit seiner Forderung ausfällt.	328
	Wichtig ist dabei aber, dass die Sicherungsgrundschild trotz dieser Verknüpfung ein nichtakzessorisches Recht ist, d. h. auch für sie gilt bei der Verweisung des § 1192 I BGB die oben erörterte Begrenzung.	328 a
Wirkung	3. Wirkung von Hypothek und Grundschild	329
	Trotz teilweise missverständlicher Formulierungen (vgl. § 1113 I BGB) kann der aus einer Hypothek oder Grundschild Berechtigte aufgrund dieses Grundpfandrechtes keinen Zahlungsanspruch geltend machen (anderes gilt natürlich für die zugrundeliegende schuldrechtliche Forderung).	
Anspruch auf Duldung ZV § 1147 BGB	Vielmehr geht der Anspruch gemäß § 1147 BGB (evtl. i. V. m. § 1192 I BGB) auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück.	330
§ 1142 BGB	Zur Abwendung dieser Vollstreckung kann der Eigentümer gem. § 1142 BGB allerdings freiwillig zahlen.	330 a

Entstehung	II. Entstehung	331
Entstehung d. Hypothek	1. Entstehung der Hypothek	331
	Voraussetzungen:	a
	• Einigung, §§ 873 I, 1113 I BGB • Eintragung, §§ 873 I, 1115 I BGB • Berechtigung des Bestellers, § 873 BGB • Briefübergabe § 1117 I BGB oder Ausschluss der Brieferteilung, § 1116 II BGB (je nachdem ob Brief- oder Buchhypothek vorliegen soll) • Forderung, § 1113 I BGB	
Entstehung d. Grundschuld	2. Entstehung der Grundschuld	332
	Voraussetzungen:	332
	• Einigung, §§ 873 I BGB • Eintragung, §§ 873 I BGB • Berechtigung des Bestellers, § 873 BGB • Briefübergabe §§ 1192, 1117 I BGB oder Ausschluss der Brieferteilung, §§ 1192, 1116 II BGB	a
Forderung nicht Erforderlich!	Beachte: Das Bestehen einer Forderung ist aber gerade keine Entstehungsvoraussetzung!	332 b
Übertragung	III. Übertragung	333
Hypothek	1. Hypothek	334
	Wichtig ist, dass nicht die Hypothek als solche übertragen wird. Vielmehr wird die Forderung nach § 398 BGB übertragen und die Hypothek geht kraft Gesetzes mit über, § 1153 I BGB. Übertragen wird also lediglich die hypothekarisch gesicherte Forderung.	
§ 1154 BGB	§ 1154 BGB ist dabei Formvorschrift.	334 a
	→ Briefhypothek: § 1154 I BGB → Buchhypothek: § 1154 III BGB	
	In Klausursachverhalten ist dennoch häufig von der "Abtretung einer Hypothek" die Rede. Dann wird erwartet, dass Sie klarstellen, dass diese Formulierung durch Auslegung als Forderungsabtretung zu behandeln ist: §§ 133, 157 BGB.	
Grundschuld	2. Grundschuld	335
Brief GS	Hier richtet sich die Übertragung der Briefgrundschuld nach §§ 413, 398, 1192 I, 1154 I BGB.	

Buch GS	Für die Buchgrundschuld gilt §§ 1192 I, 1154 III, 873 BGB.	335 a
	Die Forderung per se wird nach § 398 BGB übertragen.	
	Die Forderung und Grundschuld können grundsätzlich unabhängig voneinander übertragen werden.	335 b
gutgl. Erwerb	IV. Gutgläubiger Erwerb	336
Gutgläubiger Ersterwerb	1. Gutgläubiger <u>Ersterwerb</u>	337
	= Erwerb vom vermeintlichen Eigentümer	
Immer § 892 BGB	Der gutgläubige Ersterwerb richtet sich bei Hypothek und Grundschuld immer nach § 892 BGB .	
Gutgläubiger Zweiterwerb Hypothek	2. Gutgläubiger <u>Zweiterwerb der Hypothek</u>	337 a
	= Erwerb vom vermeintlichen Inhaber der Hypothek	
Forderung fehlt	<u>Fall 1: Forderung fehlt</u>	337 b
	Wenn die Forderung fehlt, kann die Hypothek eigentlich nicht übertragen werden § 1153 II BGB.	
1138 1.Alt. BGB	In diesen Fällen wird das Bestehen der Forderung fingiert, d. h. das Gesetz ermöglicht gem. § 1138 1.Alt. BGB i. V. m. § 892 BGB den Erwerb der „forderungsentkleideten“ Hypothek.	
„Mitreißtheorie“	Ein Sonderproblem dabei ist die sog. Mitreißtheorie , wonach die Hypothek, die bei einem Dritten bestehende Forderung mitzieht.	337 c
Dinglicher Mangel § 892 BGB	<u>Fall 2: „dinglicher“ Mangel besteht</u>	337 d
	Wenn die Hypothek selbst dinglich nicht besteht, aber der Veräußerer die Forderung hat, gilt § 892 I BGB.	
Sog. Doppelmangel	<u>Fall 3: Forderung fehlt und dinglicher Mangel</u>	337 e
	Doppelt gutgläubiger Erwerb: Sowohl § 1138 BGB als auch § 892 BGB.	
Gutgläubiger Zweiterwerb Grundschuld	3. Gutgläubiger <u>Zweiterwerb der Grundschuld</u>	338
	Der gutgläubige Zweiterwerb der Grundschuld richtet sich immer nach § 892 BGB (nur dinglicher Mangel denkbar).	

Exkurs Folgen der Zahlung	V. <u>Exkurs</u>: Folgen der Zahlung	339
Hypothek	1. Hypothek	339 a
	Hier ergeben sich die Folgen unmittelbar aus dem Gesetz. Es muss jeweils danach unterschieden werden, wer die Zahlung leistet:	
Eigentümer = Schuldner §§ 1163 I 2, 1177 BGB	a) Identität von Eigentümer und Schuldner	339 b
	Zahlt der Schuldner der Hauptforderung, der zugleich Schuldner der Hypothekenforderung (=Eigentümer) ist: Entstehen einer Eigentümergrundschild gem. §§ 1163 I 2, 1177 BGB	
Eigentümer ≠ Schuldner	b) Auseinanderfallen von Eigentümer und Schuldner	339 c
Zahlung durch Eigentümer §§ 1143 I 1, 1153 I BGB	aa) Zahlung durch den Eigentümer	339 d
	Zahlt der Eigentümer, der nicht zugleich Schuldner der Hauptforderung ist: Die Forderung und Hypothek geht auf ihn über gem. §§ 1143 I 1, 1153 I BGB	
Zahlung durch Schuldner § 1164 BGB	bb) Zahlung durch den Schuldner	339 e
	Bei Zahlung durch den Schuldner, der nicht Eigentümer ist, geht die Hypothek nach § 1164 I BGB auf ihn über, wenn im Innenverhältnis zwischen Schuldner und Hypothekenschuldner der Hypothekenschuldner zur Zahlung verpflichtet war, ansonsten gilt § 1163 I BGB.	
Grundschild	2. Grundschild	340
Eigentümer = Schuldner Zahlung worauf?	a) Identität von Eigentümer und Schuldner	340 a
	Hauptproblem: Worauf wird gezahlt?	
	Worauf gezahlt werden soll, bestimmt sich nach den getroffenen Vereinbarungen im Sicherungsvertrag oder nach dem Willen des Zahlenden (§ 366 I BGB).	
	Wird der Leistungszweck nicht eindeutig bestimmt, so ist durch Auslegung §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, worauf die Zahlung erfolgt ist. In der Regel wird nur auf die Forderung gezahlt.	
	Die Grundschild bleibt unberührt, es entsteht aber ein Anspruch auf Rückübertragung aus dem Sicherungsvertrag.	
Eigentümer ≠ Schuldner	b) Auseinanderfallen von Eigentümer und Schuldner	340 b
Zahlung durch Eigentümer	aa) Zahlung durch den Eigentümer	340 c
	Zahlt der Eigentümer, dann zahlt er auf die Grund-	

	schuld, denn nur aus dieser ist er verpflichtet. Die GS geht auf ihn über und wandelt sich in eine Eigentümergrundschild. Im Übrigen kann er aus der Sicherungsabrede die Abtretung der Forderung Gläubiger/Schuldner verlangen.	
Zahlung durch Schuldner	bb) Zahlung durch den Schuldner Der Schuldner zahlt auf die Forderung. Diese erlischt nach § 362 I BGB. Die SiGS bleibt bestehen, jedoch hat der Zahlende einen Anspruch auf Abtretung der Rechte des Eigentümers aus der Sicherungsabrede gegen den Gläubiger.	340 d
Einreden	VI. Einreden	341
Hypothek	1. Hypothek	342
Pfandrechtsbezogene E.	a) pfandrechtsbezogene Einrede Die pfandrechtsbezogene Einrede ergibt sich aus dem Sicherungsvertrag . Nach Übertragung der Hypothek gilt grundsätzlich die Einrede gemäß § 1157 S.1 BGB gegen den neuen Gläubiger (Erwerber). Wenn der Erwerber aber gutgläubig ist erwirbt er nach §§ 1157 S. 2; 892 I BGB lastenfrei von der Einrede.	343 a
Forderungsbezogene E.	b) forderungsbezogene Einrede Die forderungsbezogene Einrede ergibt sich vor Übertragung der Hypothek aus § 1137 BGB . Nach Übertragung der Hypothek gilt an sich §§ 412, 404, 1137 BGB. Wenn der Erwerber aber gutgläubig ist erwirbt er nach §§ 1138 2.Alt., 892 I BGB lastenfrei von der Einrede.	344 345 346
Grundschild	2. Grundschild	347
	Auch hier gibt es die pfandrechtsbezogene und die forderungsbezogene Einrede.	
Sicherungsvertrag	Beide ergeben sich aus dem Sicherungsvertrag . Nach Übertragung gilt für beide §§ 1192 I a, 1157 S.1 BGB (bzw. § 1192 I a S.1 1.Alt.BGB).	348

1192 I a BGB	Wichtig: Nach jetziger Rechtslage gilt § 1192 I a S.1 BGB. § 1157 S.2 BGB ist bei der Sicherungsschuld gemäß § 1192 I a BGB nicht mehr anzuwenden!	349
	Es gibt damit bei der SGS keinen gutgläubigen lastenfreien Erwerb durch den Erwerber mehr!	349 a

Die Unterlagen sind urheberrechtlich geschützt.

Eine Verwertung – unter anderem auch die Vervielfältigung und/oder öffentliche Zugänglichmachung – ist mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle nur mit Einwilligung des Urhebers gestattet.

**Rechtsanwalt Michael Sperl,
Januar 2026**

Fall 17

(Vertiefungsfall zur häuslichen Nacharbeit)

A ist als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Wirklicher Eigentümer ist aber E, was A nicht weiß.

A lässt sich am 15. März an erster Rangstelle eine Eigentümergrundschild von 10.000,- € eintragen. Am 20. April wird eine von A für B bestellte Briefhypothek von 8.000,- € ins Grundbuch eingetragen. Diese Hypothek dient zur Sicherung eines dem A von B gewährten Darlehens in gleicher Höhe, für welches B im Hinblick darauf, dass es nur durch eine zweitrangige Hypothek gesichert ist, 8 % statt 7 % Zinsen verlangt.

Am 01. Juni verkauft A dem C das Grundstück in notariell beurkundeter Form für 22.000,- € (wobei die vorhandenen Belastungen bestehen bleiben sollen). Für C wird eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Erst danach erwirkt der wahre Eigentümer E einen Widerspruch gegen die Eintragung.

Prüfen Sie folgende Fragen in einem Gutachten:

1. Wie ist die Rechtslage bezüglich der Eigentümergrundschild und der Hypothek unter besonderer Berücksichtigung der Rangstellen der Belastungen?
2. Kann C seine Eintragung als Eigentümer erreichen? Wie kann er das?
3. Hat E Ausgleichsansprüche gegen A? Welche könnten das sein?

Fall 18

B gewährt dem A ein Darlehen von 10.000,- €.

Als Sicherheit bestellt ihr A eine Briefhypothek an seinem Grundstück. B wird im Grundbuch als Hypothekengläubigerin eingetragen.

Nach zehn Jahren wird B unerkennbar geschäftsunfähig. Sie tritt „die Hypothek“ in öffentlich beglaubigter Form unter Übergabe des Hypothekenbriefes an C ab, der sie in gleicher Form an D veräußert. Von der Geschäftsunfähigkeit der B wissen C und D nichts.

D verlangt nun Zahlung von A. Auch der Betreuer der B verlangt Zahlung.

A möchte wissen, wem er die 10.000,- € zahlen muss!

Fall 18 - Lösung

ÜBERSICHT FALL 18

I. Anspruch des D gegen A aus der Forderung, § 488 I S. 2 BGB

1. Abtretung der Forderung aus § 488 I S. 2 BGB?

P: Nur Abtretung der Hypothek!

a) Auslegung als Abtretung der Forderung

⇒ Grund: Isolierte Abtretung der Hypothek wäre nicht möglich (§ 1153 II BGB)

b) Form des § 1154 BGB (+)

2. Abtretbarer Anspruch des C?

⇒ C müsste selbst Inhaber der Darlehensforderung gewesen sein

⇒ (-), da Abtretungsvertrag zwischen C und B gem. §§ 398 S. 1, 1154 BGB wegen §§ 104 Nr. 2, 105 I BGB nichtig war

Ergebnis: Da C nicht Inhaber der Forderung war und kein gutgläubiger Forderungserwerb möglich ist, hat D keinen Anspruch aus § 488 I S. 2 BGB erworben.

II. Anspruch des D aus der Hypothek, § 1147 BGB

⇒ Kein Anspruch auf Zahlung, aber evtl. Zahlung des A zur Abwendung der ZVS, vgl. § 1142 BGB

1. Erwerb der Hypothek gem. § 1153 I BGB?

⇒ (-), da Abtretung der Darlehensforderung von C nicht wirksam war (s.o.)

2. Gutgläubiger Erwerb gem. § 1138 BGB?

a) § 1138 BGB erklärt § 892 BGB auch bzgl. Forderung für anwendbar

⇒ Im GB ist aber noch die B eingetragen

b) Aber: Erweiterung des guten Glaubens durch § 1155 BGB

⇒ Veräußerer C hat von der eingetragenen Vorgängerin B mit öffentlicher Beglaubigung erworben

Damit hat D für eine logische Sekunde die Forderung erworben (Fiktion), sodass die Hypothek gem. § 1153 I BGB auf ihn überging ⇒ Anspruch aus § 1147 BGB (+)

III. Wertungsmäßige Bejahung eines Anspruchs aus § 488 I S. 2 BGB?

P: B steht Forderung nach § 488 I S. 2 BGB und D die „forderungsentkleidete“ Hypothek zu ⇒ Gefahr einer Doppelbelastung des A?

1. Ansicht der h.M. (sog. „Mitreißtheorie“)

⇒ Wegen § 1153 II BGB und des Grds. der Akzessorietät soll zum Schutz des Eigentümers A die Forderung mit auf den D übergehen

2. Gegenansicht (sog. „Trennungstheorie“)

⇒ D erwirbt eine forderungsentkleidete Hypothek, da der Eigentümer durch §§ 1144, 1160, 1161 BGB ausreichend geschützt ist und die h.M. gegen den Wortlaut des § 1138 BGB verstößt

Ergebnis: Nach h.M. hat D mit der Hypothek auch die Forderung erworben, nach der Gegenansicht nicht.

Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 2

LÖSUNG FALL 18

I. Anspruch des D aus der Forderung, § 488 I S. 2 BGB

1. C hat zwar nur „die Hypothek“ an D veräußert, eine isolierte Abtretung der Hypothek ohne gleichzeitige Abtretung der Forderung ist aber nicht möglich, § 1153 II BGB. Die Hypothek folgt kraft Gesetzes der Forderung nach, § 1153 I BGB (vgl. auch § 401 BGB).

Die Parteien wollten in Wahrheit die rechtsgeschäftlichen Erklärungen vornehmen, die zur Übertragung der Hypothek erforderlich sind. Die Auslegung der Parteierklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB ergibt damit, dass sie sich über den Forderungsübergang geeinigt haben.

Die dazu nötige Form des § 1154 BGB ist eingehalten; dieser geht hier als Sonderregel dem § 398 BGB vor, wonach keine Form erforderlich wäre. C hat dem D eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung erteilt (vgl. § 1155 BGB). Die Übergabe des Hypothekenbriefs ist erfolgt.

Anmerkung: Beachten Sie die andere Situation bei der Grundschuld. Da für diese § 1153 BGB als Akzessorietätsvorschrift nicht gilt (wohl aber § 1154 BGB, der nur etwas anders gelesen werden muss), werden Grundschuld und Forderung in **zwei verschiedenen** Verträgen übertragen (wobei diese aber natürlich rein tatsächlich - wie so oft - auch in einem Vorgang liegen können); die Form des § 1154 BGB gilt daher bei der GS nur für das Grundpfandrecht selbst, während die Forderung nach § 398 BGB formlos abtretbar ist.

D ist somit Inhaber der Forderung geworden, wenn C als Berechtigter verfügt hat.

2. C seinerseits könnte die Darlehensforderung von B im Wege der Abtretung erworben haben. Voraussetzung dafür wäre eine wirksame Einigung über den Forderungsübergang, §§ 398 S. 1, 1154 BGB.
- a) Gemäß §§ 104 Nr. 2, 105 BGB war jedoch die Abtretungserklärung der B nichtig. C ist damit nicht Inhaber der Forderung geworden.
- b) Ein **gutgläubiger Erwerb der Forderung** seitens des D von C scheidet aus. Die Ausnahme des § 405 BGB liegt nicht vor.

Fraglich ist, ob sich aus § 1138 BGB etwas anderes ergibt.

Um die Hypothek als Kreditmittel verkehrsfähig zu halten, wird durch die Vorschrift des **§ 1138 BGB** das Fehlen der Forderung überwunden.

Dennoch greift die Vorschrift an *dieser* Stelle nicht ein: Zweck dieser Vorschrift ist es ausschließlich, die Hypothek erwerben zu können, d.h. dass der Hypothekenerwerb nicht aus Akzessorietätsgründen scheitert. **§ 1138 BGB führt damit nicht zum Erwerb der Forderung als solcher.** Vielmehr wird das Bestehen der Forderung nur **fingiert**, um den Hypothekenerwerb nicht schon allein aufgrund der strengen Akzessorietät scheitern zu lassen.

Insoweit liegt kein Erwerb der Forderung vor (vgl. aber nochmals unten).

II. Anspruch des D aus der Hypothek, § 1147 BGB

A hat eventuell 10.000,- € an D zu zahlen, um die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück abzuwenden, wenn D Inhaber der Hypothek ist und damit nach §§ 1113, 1147 BGB vorgehen kann.

Klarzustellen ist aber wegen § 1147 BGB, dass aus der Hypothek **selbst** für den Berechtigten **kein Anspruch** auf Zahlung gegeben ist, sondern „nur“ auf Duldung der Zwangsvollstreckung.

Erst nach der Zwangsversteigerung besteht gem. § 1113 BGB ein Zahlungsanspruch „aus dem Grundstück“ (gemeint ist damit aus dem Erlös).

A kann aber zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gem. § 1142 BGB freiwillig zahlen.

1. D könnte die Hypothek durch Abtretung der Darlehensforderung von C erlangt haben, §§ 1153, 1154 BGB.

Da die Forderung aber nicht wirksam abgetreten wurde (s.o.), ist dies grds. nicht der Fall.

2. D könnte aber dennoch die Hypothek nach §§ 1153, 1154 BGB erworben haben, wenn die gem. § 1138 BGB fingierte Möglichkeit eines gutgläubigen Forderungserwerbs eingreift.

Bei D kann die Fiktion des § 1138 BGB eingreifen, da er - anders als C - mit einem Geschäftsfähigen kontrahiert hat (Merke: § 1138 BGB überwindet nur das Fehlen der Forderung, nicht sonstige Mängel!).

- a) Um einen Hypothekenerwerb zu ermöglichen, erklärt § 1138 BGB insoweit den § 892 BGB auch bezüglich der Forderung für anwendbar.
- aa) Um die Hypothek als Kreditmittel verkehrsfähig zu halten, wird durch die Vorschrift des § 1138 BGB also das Fehlen der Forderung überwunden, nämlich durch eine Fiktion.

Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 3

Es gilt wegen § 1138 Alt. 1 BGB zu Gunsten des Erwerbers der hypothekarisch gesicherten Forderung das Grundbuch als richtig.

Daher kann für eine juristische Sekunde ein gutgläubiger Forderungserwerb erfolgen, in welcher die Hypothek nach § 1153 I BGB dann übergehen kann.

bb) Als Inhaber der Darlehensforderung ist aber nicht der dem D gegenüber verfügende C, sondern immer noch die B im Grundbuch eingetragen.

cc) C kann aber als Besitzer des Hypothekenbriefs seine Gläubigerberechtigung durch eine *öffentlich beglaubigte* Abtretungserklärung von der eingetragenen B ableiten.

Gemäß § 1155 BGB gilt daher dem Erwerber D gegenüber der C als Grundbuchlegitimierter. Er muss **als Veräußerer** der Briefhypothek am Ende der Kette stehen. Es ist nicht erforderlich, dass die Abtretung zwischen Veräußerer und Erwerber ihrerseits öffentlich beglaubigt ist. Diese Beglaubigung lag zwar vor, war aber nicht nötig.

Anmerkung: § 1155 BGB ist also auch nur notwendig, wenn es um **gutgläubigen** Erwerb geht. Wird vom Berechtigten erworben, reicht die Form des § 1154 BGB unproblematisch aus.

Damit hat D die Forderung für eine logische Sekunde nach §§ 1138 Alt. 1, 1155, 892 I S. 1 BGB gutgläubig erworben. Damit konnte die Hypothek gem. § 1153 I BGB auf D übergehen.

Anmerkung: C hat zwar die Hypothek seinerseits nicht von B erworben, da B geschäftsunfähig war und ihre Willenserklärung damit nach §§ 104 Nr. 2, 105 I BGB nichtig war (s.o., und § 1138 BGB nicht geholfen hat). C war somit nicht Inhaber der Hypothek. Einziger Grund hierfür war aber, dass C die Forderung von B nicht erworben hat. Damit liegt hier kein Fall des sog. „Doppelmangels“ vor, sondern lediglich ein Fall des Forderungsmangels. Die zusätzliche Anwendung des § 892 BGB bzgl. der Hypothek ist daher nur in den Fällen nötig, in denen der dingliche Beststellungsakt der Hypothek selbst unwirksam war. Zum Problem des Doppelmangels lesen Sie Hemmer/Wüst, Sachenrecht III, Rn. 195 f.

Ergebnis: A kann die Zwangsvollstreckung in das Grundstück nur durch Zahlung an D abwenden.

III. Damit stellt sich aber nochmals die Frage, ob A aufgrund der Besonderheiten des Falles nicht doch auch gemäß § 488 I S. 2 BGB dem Gläubiger der Darlehensforderung zur Zahlung verpflichtet sein könnte.

1. Da die geisteskranke B die Forderung nicht wirksam abtreten konnte und § 1138 BGB den Forderungserwerb nur fingiert, nicht aber tatsächlich ermöglicht, steht die Forderung eigentlich noch der B zu (s.o.).

Dagegen ist der D mittlerweile Berechtigter an der „forderungsentkleideten“ Hypothek.

Daher wäre A zwei Zugriffsarten ausgesetzt, zum einen dem persönlichen Schuldner, zum anderen aus der Hypothek.

Mit der Verdopplung der Gläubigerrechte bestünde für ihn die **Gefahr einer Doppelbelastung**.

2. Ob in einem solchen Fall die Hypothek in der Hand des gutgläubigen Erwerbers die Forderung mit sich zieht, ist strittig:

a) Die angeblich¹ h.M. bejaht dies, sog. „Mitreiß- bzw. Einheitstheorie“.

Begründung: § 1153 II BGB und der Akzessorietätsgrundsatz des § 1153 I BGB.

Der Eigentümer, Schuldner A, hat weder das Auseinanderfallen von Rechtsschein und Rechtslage veranlasst noch ist er am Abtretungsgeschäft beteiligt gewesen.

b) Für die andere Ansicht (sog. „Trennungstheorie“) wird angeführt, dass kein Grund besteht, den D zusätzlich zum Gläubiger einer persönlichen Forderung zu machen.

Die Hypothek ist möglicherweise nicht viel wert, sie kann z.B. eine „schlechte“ Rangstelle haben.

Es ist für den Erwerber dann „ein Geschenk des Himmels“, eine Forderung zu erhalten, mit der er in das gesamte Vermögen des A und nicht nur in das Grundstück vollstrecken kann.

Diese Ansicht ist uneingeschränkt vorzuziehen!²

¹ So zumindest Karper in JuS 1989, 33.

² Sehr lesenswert dazu ist der Aufsatz von Petersen und Rothenfußer, WM 2000, 657 ff.

Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 4

Der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, ist nämlich insoweit geschützt, als er auf die Forderung nur zu leisten braucht, wenn ihm auch die Hypothek (-brief) zurückgegeben wird (vgl. hier §§ 1161, 1160 BGB).

Dies ist dem persönlichen Forderungsinhaber im vorliegenden Fall gerade nicht möglich, so dass faktisch gegen die Inanspruchnahme aus der Forderung eine dauernde Einrede besteht.

Die „Mitreißtheorie“ verstößt gegen den eindeutigen Willen des Gesetzgebers, wie er in § 1137, 1138 BGB (bloße Fiktion des Forderungsübergangs) niedergelegt ist!

Zahlt der unachtsame - und damit nicht besonders schutzwürdige³ - Schuldner, der die Trennung von Forderung und Hypothek nicht kennt, trotzdem an den persönlichen Gläubiger, so steht er nicht rechtlos.

Wegen seiner (faktisch dauernden) Einrede kann er das Geleistete gemäß § 813 I S. 1 BGB kondizieren.

Sollte der Gläubiger entreichert sein, so ist kein Grund ersichtlich, warum der Schuldner, der auf jeglichen Schutz verzichtet hat, dieses Risiko nicht tragen soll.

Anmerkung: Wie Sie sich in der Klausur entscheiden, ist unerheblich, sofern Sie diese Problematik nur sehen.

Ergebnis: Nach richtiger Ansicht hat D mit der Hypothek die Darlehensforderung nicht erworben.

I. Wiederholungsfragen:

1. Warum ist eine isolierte Abtretung der Darlehensforderung nicht möglich?
2. Welche Form muss die Forderungsabtretung einhalten?
3. Warum ist in § 401 BGB die Regelung in Ansehung der Hypothek bei rechtsgeschäftlichem Forderungsübergang eigentlich überflüssig?
4. Findet über § 1138 BGB ein gutgläubiger Forderungserwerb statt?
5. Muss im Rahmen des § 1155 BGB auch die letzte Übertragung der Briefhypothek öffentlich beglaubigt sein?
6. Welche Gefahr will die „Mitreißtheorie“ verhindern; warum ist ihr im Ergebnis aber nicht zu folgen?

II. Arbeitsanleitung:

Lesen Sie begleitend zum Fall: **HEMMER/WÜST, Kreditsicherungsrecht, Rn. 249 ff.**

III. Vertiefungsfragen zu den Fällen 18, 19, 20:

1. Ein Hypothekengläubiger ist gegenüber anderen Gläubigern in der Regel privilegiert, da die gepfändete Sache quasi für ihn reserviert ist und die Wertbeständigkeit von Grund und Boden Hypothekengläubiger besonders sichert. Beispielhaft sind auch die §§ 10 I Nr. 4 und Nr. 5 ZVG.

Welche Vorteile bestehen für den Hypothekengläubiger insbesondere gegenüber dem Bürgen, gegenüber der Sicherungszession, der Verpfändung, der Forderung und der Sicherungsübereignung? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 157**)

2. Der Hypothekengläubiger kann gegen den Eigentümer gemäß § 1147 BGB die Zwangsvollstreckung betreiben, wenn er Inhaber eines Grundpfandrechts ist. Warum ist der Eigentümer nicht zur Zahlung verpflichtet? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 157**)

³ Schon im Römischen Recht galt der von Quintus Mucius Scaevola (D. 42, 8, 24) geprägte Satz: „**ius civile scriptum est vigilantibus**“ oder auf Deutsch: Das Recht ist für die Wachsamten geschrieben!

Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 5

3. Was sind die Entstehungsvoraussetzungen der Hypothek, stellen Sie die Voraussetzungen des Hypothekenerwerbs klausurmäßig zusammen. (vgl. **HEMMER/WÜST Sachenrecht III, Rn. 166**)
4. Welche Rechtsfolge ergibt sich,
 - a) wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, bzw. nachträglich erlischt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 160**)
 - b) wenn Briefübergabe nicht erfolgt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 171**)
5. Welche Rechtsfolge ergibt sich, wenn die dingliche Einigung nicht vorliegt? (vgl. **HEMMER/WÜST Sachenrecht III, Rn. 168**)
6. Welche Bedeutung hat vor allem die vorläufige EGS? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 182**)
7. Da viele Banken mit der Valutierung des Darlehens erst abwarten, bis das Bauwerk fertig gestellt wird, bedarf der Eigentümer häufig eines Zwischenkredits, um sein Haus zu errichten. In welcher Form kann dem Zwischenkreditgeber eine dingliche Sicherheit verschafft werden? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 182**)

Den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs trägt § 1138 BGB Rechnung, § 1138 BGB ermöglicht in Durchbrechung des Akzessorietätsgrundsatzes trotz Nichtbestehens der Forderung den Hypothekenerwerb (so genannte forderungsentkleidete Hypothek).
8. Die Hypothek ist zur Forderung akzessorisch. Konsequenterweise würde eine strenge Akzessorietät dazu führen, dass die Hypothek nicht verkehrsfähig ist.

Den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs trägt § 1138 BGB Rechnung, § 1138 BGB ermöglicht in Durchbrechung des Akzessorietätsgrundsatzes trotz Nichtbestehens der Forderung den Hypothekenerwerb (so genannte forderungsentkleidete Hypothek).
- a) Wirkt sich § 1138 BGB auf die in Wirklichkeit nicht bestehende Darlehensforderung aus, wenn diese abgetreten wird? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 193**)
- b) Die Übertragung der Hyp. erfolgt gemäß § 1153 BGB durch Abtretung der Forderung. Bei fehlender Forderung verhilft § 1138 BGB in Ansehung der Hypothek zum für den Hypothekenerwerb fiktiven Forderungserwerb. Der Eigentümer kann redlichen Erwerbern das Nichtbestehen der Forderung nicht entgegenhalten.

- Die Forderung gilt als so bestehend, wie sie eingetragen ist. Über §§ 398, 1154 I, 1138, 892 I BGB wird für den Hypothekenerwerb die Forderung erworben. Wie wird dann die Hypothek erworben, wenn der Abtretende nur eine Buchhypothek hat (z.B. Hypothekenbestellungen waren zusätzlich zur fehlenden Forderung wegen Geisteskrankheit unwirksam)? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 191 und Rn. 195**)
9. Bei der Briefhypothek, ebenso bei der Briefgrundschuld und Briefrentenschuld genügt für die Übertragung: dingliche Einigung, schriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe (vgl. § 1154 I BGB), eine Eintragung ist nicht erforderlich. Der Erwerber kann sich dann nicht auf den Inhalt des Grundbuchs verlassen, da er das Grundbuch nicht für den Erwerb benötigt. §§ 892, 1138, 892 BGB können deshalb den Erwerber nicht schützen. Welche Bestimmung führt dazu, dass trotz Fehlens der Legitimation des Grundbuchs der bloße Briefbesitz des Zedenten für den Erwerb der Hypothek genügt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 197**)
 10. Welche Erschwernis bedeutet § 1155 gegenüber dem sonstigen Erwerb der Hypothek? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 197**)
 11. Warum ist folgendes Beispiel ein Musterbeispiel für § 1155 BGB?

G hat seine Briefhypothek an D, D an X, X an Y abgetreten, und zwar jeweils in öffentlich beglaubigter (oder beurkundeter Form). War D geisteskrank, so war sowohl die Einigung zwischen G und D, wie die zwischen D und X nichtig.

Weder D noch X sind also Hypothekar geworden. Y hat also mit dem Nichtberechtigten kontrahiert. (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 197**)
 12. Wie ist die Rechtslage, wenn eine der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen gefälscht war? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 198**)
 13. Wie Sie gesehen haben, beinhalten §§ 1138, 1155 BGB Durchbrechungen vom Grundsatz der Akzessorietät.
 - a) Welche Hypothek ist vom Schuldner gesehen die sicherste? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 160 und Rn. 162**)

Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 6

b) Wie unterscheidet sich die Zession des Gläubigers bei der Sicherungshypothek, wenn der Gläubiger die Sicherungshypothek vor Valutierung oder nach Rückzahlung an einen Gutgläubigen abtritt, von der Zession bei der normalen Briefhypothek? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 193 a.E.)**

14. Wenn der Schuldner auf eine Briefhypothek Teilzahlungen erbringt, muss er Wert darauf legen, dass sie auf dem Brief vermerkt werden, denn es droht wegen § 1138 BGB der Erwerb der forderungsentkleideten Hypothek. Welche Bestimmung schützt dann den Schuldner? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 171**)

15. Forderung und Hypothek können verschiedene Wege gehen. So kann es durchaus sein, dass der Gläubiger mit der einen Klage Erfolg hat, mit der anderen aber nicht. Bedeutsam wird dies neben § 1138 BGB auch bei § 1156 BGB, d.h. bei Rechtsvorgängen, die nach der Abtretung der Hypothek vorliegen. Zeigen sie die unterschiedliche Entwicklung von Forderung und Hypothek, wenn der Eigentümer nach Abtretung der Hypothek an den Altgläubiger (Inhaber von Forderung und Hypothek) zahlt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 189**)

16. Welchen Fehler macht der Eigentümer, der nach Abtretung der Hypothek an den Altgläubiger zahlt, wenn er anschließend vom Zessionar dann wirksam in Anspruch genommen werden kann? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 189**)

17. Bei der Übertragung der Hypothek auf einen neuen Hypothekengläubiger (vgl. §§ 1153, 1154 BGB) stellt sich häufig die Frage, welche Einreden und Einwendungen des Eigentümers dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden können.

Vorab ist in diesen Fällen zu erörtern, welche Einreden und Einwendungen im Verhältnis ursprünglicher Gläubiger und Schuldner in Betracht kommen, und erst dann, ob die Einreden und Einwendungen gegenüber dem neuen Gläubiger wirken.

Bestandsverändernde Einwendungen sind liegen vor, wenn ein anderer Gläubiger Inhaber des Pfandrechts wird.

Warum handelt es sich insbesondere bei den §§ 1163 I S.2, 1143, 1150, 1164 BGB um bestandsverändernde Einwendungen?

Erklären Sie die Rechtsfolgen anhand von Beispielen (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 202 ff.**).

b) Lösen Sie folgendes Beispiel: A verkauft B einen Omnibus, zur Sicherheit seiner Forderung lässt sich A eine Hypothek von C bestellen, später stellt sich heraus, dass der Omnibus fehlerhaft war, ein Gewährleistungsausschluss aber nicht eingreift. (vgl. dazu allgemein **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 187**)

c) § 1137 I S. 1 i.V.m. § 770 BGB kann man bezeichnen als Einrede aus Gestaltungsrechten des Schuldners.

Warum hat diese Bestimmung Ähnlichkeit mit § 128 II HGB?

18. Bei der Forderungszession schützt § 404 BGB den Schuldner und erhält ihm auch gegenüber dem neuen Gläubiger seine Einreden. Die Umlauffähigkeit der Hypothek wäre aber entscheidend beeinträchtigt, wenn sich der Erwerber einer Verkehrshypothek alle Einwendungen und Einreden entgegenhalten lassen muss. Folgende Beispielsfälle sind exemplarisch und vom Bearbeiter kurz zu lösen:

a) Nach Hypothekenbestellung von A an B zahlt A. Es entsteht EGS, §§ 1163 I S. 2, 1177 BGB. Wie ist es, wenn B Forderung und Hypothek an C überträgt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 193 f.**)

b) Der vom Schuldner verschiedene Eigentümer E zahlt dem Gläubiger G, trotzdem überträgt G Forderung und Hypothek an D. (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 193 i.V.m. Rn. 204**)

c) Ein ablösungsberechtigter Dritter, z.B. Mieter, zahlt, dann gehen Forderung (vgl. § 268 III BGB) und Hypothek (vgl. § 1153 BGB) auf den Mieter über. Welche Konsequenz hat dies bei Abtretung von Forderung und Hypothek an einen Dritten? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 193 i.V.m. Rn. 206**)

Sachenrecht

Fall 18 - Lösung - Seite 7

d) Wie ist der Erwerber der Hypothek geschützt, wenn eine Einrede gegen die Forderung besteht? Warum ist er hinsichtlich des Erwerbs der Forderung nicht geschützt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 190 i.V.m. Rn. 194**)

19. Da die Hypothek mit der Übertragung der Forderung übergeht (vgl. § 1153 BGB) geht z.B. beim Bürgen nach Bezahlung die Forderung (vgl. § 774 BGB) und damit die akzessorische Hypothek (vgl. § 1153 BGB) mit über. Dasselbe gilt bei § 426 II BGB bei Gesamtschuldnern. Welche Folge sieht der Gesetzgeber vor, wenn für eine Schuld des S der E eine Hypothek und B eine Bürgschaft übernommen hat, wenn:

a) E zuerst an den Gläubiger zahlt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 204 f.**)

b) B zuerst zahlt? (vgl. **HEMMER/WÜST, Rückgriffsansprüche, Rn. 76 ff.**)

c) In welcher Weise werden die vom Gesetz gewonnenen Ergebnisse am besten korrigiert? (vgl. **HEMMER/WÜST, Rückgriffsansprüche, Rn. 552**)

20. Der Hypothekar soll das Grundstück in seiner wirtschaftlichen Einheit verwerten können. Die Zugriffsmöglichkeiten sind in §§ 1120 ff. BGB umfassend geregelt. Die Hypothekenhaftung erstreckt sich auf das Grundstück selbst (§ 1113 BGB) die Bestandteile und Erzeugnisse auch nach der Trennung vom Grundstück (§ 1120 BGB), das Zubehör, das im Eigentum (Anwartschaftsrecht genügt) des Grundstückseigentümers steht (§ 1120 BGB), die Miet- und Pachtzinsforderungen (§ 1123 I BGB), Versicherungsforderungen i.S.d. §§ 1127 I, 1128 BGB. Grundsätzlich bleibt der Eigentümer trotz Hypothekenhaftung Herr in seinem Hause, d.h. er kann Erzeugnisse und Zubehör veräußern, seine Mietzinsforderungen abtreten (vgl. §§ 1121, 1123 II BGB). Welche Bedeutung hat dann die Beschlagnahme? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 209 ff.**)

21. Lösen Sie folgenden Grundfall zu §§ 1120 ff.: Das Grundstück des Bauunternehmers unterliegt der hypothekari-schen Haftung des H. Gleichwohl veräußert E einen Bagger nach §§ 929, 930 BGB an D. Kurz danach betreibt H die Zwangsvollstreckung in das Grundstück.

Nach wirksamer Beschlagnahme holt sich D, der von Hypothek und Zwangsvollstreckung nichts erfahren hat den Bagger ab. H meint, er könne den Bagger verwerten. Zu Recht? (vgl. **HEMMER/WÜST, Sachenrecht III, Rn. 209 ff.**)

IV. Zahlung auf Hypothek und Forderung

1. Worauf wird gezahlt?

a) **Schuldner (= SiG) zahlt**

⇒ S zahlt regelmäßig auf Forderung, welche gem. § 362 I BGB erlischt

b) **SiG, der nicht persönlicher Schuldner ist, zahlt**

⇒ Zahlung auf die Hypothek = Ablösung, § 1142 BGB

⇒ regelmäßig keine Zahlung auf die Forderung, damit § 362 I BGB (-)

2. Was passiert mit Hypothek?

a) **Schuldner (= SiG) zahlt**

⇒ Es entsteht eine EGS, §§ 1163 I S. 2, 1177 BGB

⇒ Sonderfall: S kann von SG im Innenverhältnis ausnahmsweise Ausgleich verlangen

⇒ dann erfolgt gem. § 1164 BGB ein gesetzlicher Forderungsaustausch

⇒ Hypothek sichert jetzt Ausgleichsforderung S gegen SG!

b) **SiG zahlt**

⇒ Forderung Gl gegen S erlischt zwar nicht, geht aber auf SG über, 1143 I BGB, cessio legis!

⇒ Hypothek wird zur „Eigentümerhypothek“, wie EGS, vgl. 1177 II BGB

⇒ wird Grundstück später veräußert, wird sie wieder zur Fremdhypothek