

Skript Schuldrecht BT 2

Miete und Leasing, (Verbraucher-)Darlehen und Bürgschaft u.a.

Bearbeitet von

Von Dr. Tobias Wirtz, Rechtsanwalt und Repetitor, und Dr. Jan Stefan Lüdde, Rechtsanwalt und Repetitor

18. Auflage 2017. Buch. 252 S. Kartoniert

ISBN 978 3 86752 564 0

Format (B x L): 19,5 x 24,9 cm

[Recht > Zivilrecht > BGB Besonderes Schuldrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

derungsrecht, wenn der Schenker diese Bedürftigkeit vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat oder seit Vollzug der Schenkung zehn Jahre vergangen sind, § 529. Da § 529 als Einrede, nicht als Einwendung einzuordnen ist, hat der Beschenkte die Wahl, ob er diese erhebt oder nicht.¹²¹ Für die Rückforderung kommt es nicht darauf an, ob der Notbedarf vor oder nach der Schenkung entstanden ist.¹²²

Hinweis: Die Rückforderung wegen Bedürftigkeit des Schenkers hat in den vergangenen Jahren eine erhebliche praktische Bedeutung erlangt: Erhält eine Person Sozialhilfeleistungen nach SGB XII (z.B. wegen **Pflegebedürftigkeit im Alter** nach §§ 61–66 SGB XII), kann der Sozialhilfeträger etwaige Rückforderungsansprüche gegen Beschenkte nach § 93 SGB XII auf sich überleiten und geltend machen.

- Wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder dessen nahe Angehörige eines **groben Undanks** schuldig macht, kann der Schenker gemäß § 530 die Schenkung widerrufen, mit Ausnahme von Pflicht- und Anstandsschenkungen, § 534.

Beispiele für schwere Verfehlungen: Bedrohung des Lebens, körperliche Misshandlung, grundlose Strafanzeige,¹²³ belastende Aussage trotz Zeugnisverweigerungsrecht¹²⁴ und ehewidriges Verhalten.¹²⁵ Eine schwere Verfehlung kann auch in der hartnäckigen Weigerung eines Beschenkten liegen, ein bei der Schenkung vorbehaltenes Recht (z.B. Wohnrecht, Gartennutzung) später zu erfüllen.¹²⁶

4. Abschnitt: Besondere Arten der Schenkung

A. Schenkung unter Auflage

Eine Schenkung unter Auflage (§§ 525-527) liegt vor, wenn der Beschenkte nach Erhalt des Schenkungsgegenstands zu einer bestimmten Leistung verpflichtet sein soll.¹²⁷ **78**

Maßgebendes Abgrenzungskriterium zur entgeltlichen Zuwendung ist, dass die Leistung des Zuwendungsempfängers nicht als Ausgleich für die Zuwendung aus seinem sonstigen Vermögen, sondern **erst auf der Grundlage und aus dem Wert der Zuwendung erbracht** werden soll.¹²⁸ Auflage und Schenkung stehen deshalb in keinem Gegenseitigkeitsverhältnis.

Beispiel: Graf Rotz (G) schenkt der Kirchengemeinde K ein Grundstück im Wert von 150.000 € mit der Auflage, dass die Kirchengemeinde von nun an die Pflege der Erbbegräbnisstätte derer von Rotz übernehmen soll.

Hier liegt eine Schenkung unter Auflage vor, weil die Pflege der Erbbegräbnisstätte aus dem Vermögen erfolgen soll, das G der K geschenkt hat.

Kommt der Beschenkte dem Erfüllungsanspruch des Schenkers auf Vollzug der Auflage gemäß § 525 nicht nach, so kann der Schenker das Geschenk gemäß § 527 nach Berei-

121 BeckOK/Gehrlein § 529 Rn. 1.

122 BGH, UrT. v. 07.11.2006 – X ZR 184/04, NJW 2007, 60.

123 BeckOK/Gehrlein § 530 Rn. 4.

124 BGH, UrT. v. 02.07.1990 – II ZR 243/89, BGHZ 112, 40, 50 f.

125 Palandt/Weidenkaff § 530 Rn. 7.

126 BGH, Urteil vom 05.02.1993 – V ZR 181/91, NJW 1993, 1577, 1578; zu den Rechtsfolgen bei gemachten Verwendungen BGH, UrT. v. 19.01.1999 – X ZR 42/97, RÜ 1999, 235 ff.

127 MünchKomm/Koch § 525 Rn. 8.

128 Palandt/Weidenkaff § 525 Rn. 7.

cherungsrecht – **Rechtsfolgenverweisung auf §§ 818, 819** – zurückverlangen, wenn die Rücktrittsvoraussetzungen der §§ 323, 326 Abs. 5 erfüllt sind. Rechtsfolge ist, dass das Geschenk insoweit zurückgefordert werden kann, als es zur Erfüllung der Auflage hätte eingesetzt werden müssen.

B. Zweckschenkung

- 79 Eine Zweckschenkung liegt vor, wenn der Schenker nach dem Inhalt des Vertrags mit der Schenkung erreichen will, dass der Beschenkte mit dem geschenkten Gegenstand einen bestimmten Erfolg herbeiführt. Anders als bei der AufLAGENSCHENKUNG wird hier **keine einklagbare Verpflichtung** begründet.¹²⁹

Wird der Zweck nicht erreicht, kommen für den Schenker Rückforderungsansprüche aus § 313 (wegen Störung der Geschäftsgrundlage) oder aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 in Betracht.

C. Gemischte Schenkung

- 80 Die gemischte Schenkung unterscheidet sich von der Schenkung unter Auflage dadurch, dass der Beschenkte eine **partielle Gegenleistung** erbringt, die aus seinem sonstigen Vermögen zu bestreiten ist. Für die Abgrenzung, ob eine gemischte Schenkung oder ein Kauf zum Freundschaftspreis vorliegt, ist nicht das objektive Werteverhältnis, sondern der Parteiwille maßgebend. Die Parteien müssen sich also darüber einig sein, dass ein Teil der Leistung unentgeltlich erfolgt.¹³⁰ Eine solche Mischung aus entgeltlichen und unentgeltlichem Vertrag ist im Gesetz nicht geregelt und die Einordnung im Einzelnen umstritten.

- Nach der bereits vom Reichsgericht begründeten **Trennungstheorie**¹³¹ kann die gemischte Schenkung in einen entgeltlichen und unentgeltlichen Teil aufgespalten werden. Auf jeden Teil des Vertrages sind dann die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften anzuwenden.
- Man kann jedoch den gesamten Vertrag auch als Einheit betrachten und dann, wenn ein Widerrufsgrund gemäß §§ 530, 531 vorliegt, dem Schenker einen Anspruch auf Rückgewähr des bisherigen Gegenstandes selbst zubilligen. Der Schenker muss dann die Gegenleistung an den Empfänger zurückgeben – **Einheitstheorie**.¹³²
- Die h.M. stellt dagegen auf den wirtschaftlichen Zweck des konkreten Geschäftes sowie die geschützten Interessen der Vertragspartner ab – **Zweckwürdigungstheorie**.¹³³

Rückforderungsrechte (§§ 527, 528), Widerruf (§ 530) und Notbedarfseinrede (§ 519) erstrecken sich demnach grundsätzlich nur auf den unentgeltlichen Teil. Auf den gesamten Gegenstand erstrecken sie sich dann, wenn der Schenkungscharakter (Unentgeltlichkeit) des Geschäftes überwiegt, d.h. die Zuwendung des Schenkers den

129 Palandt/Weidenkaff § 525 Rn. 11.

130 Looschelders Rn. 331.

131 Vgl. dazu MünchKomm Koch § 516 Rn. 37.

132 Vgl. dazu BeckOK/Gehrlein § 516 Rn. 13.

133 Palandt/Weidenkaff § 516 Rn. 14; Looschelders Rn. 332.

doppelten Wert im Vergleich zur Gegenleistung aufweist.¹³⁴ Ist dies nicht der Fall, kann mit dem Herausgabeanspruch nur Wertersatz in Höhe der Differenz zwischen Geschenk und Gegenleistung verlangt werden.

Beispiel: Der S überträgt dem nichtehelichen Sohn Brutus (B) seiner Frau ein Grundstück im Wert von 100.000 € für 12.500 €. Der B macht sich später wegen groben Undanks gegenüber S schuldig und S widerruft die Grundstücksübertragung.

Hier überwiegt der unentgeltliche Vertragsteil – 87.500 € – gegenüber dem entgeltlichen – 12.500 € – bei weitem. Da sich B wegen groben Undanks gegenüber S schuldig gemacht hat, kann S die Schenkung wirksam widerrufen, sodass der Rückübereignungsanspruch aus §§ 531 Abs. 2, 812 ff. Zug um Zug gegen Rückzahlung von 12.500 € besteht.

Haben der entgeltliche und der unentgeltliche Teil des Vertrags ein gleiches Gewicht oder überwiegt der entgeltliche Teil, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Parteien auch die Gültigkeit beider Elemente unabhängig voneinander gewollt haben. Besteht in diesen Fällen ein schenkungsrechtlicher Widerrufsgrund, kann der Schenker nicht den von ihm geschenkten Gegenstand ganz zurück verlangen. Vielmehr kann er vom Beschenkten nur den Betrag verlangen, der dem Wert der unentgeltlichen Zuwendung entspricht. Im Übrigen bleibt das Rechtsgeschäft bestehen.

D. Schenkung auf den Todesfall

Verspricht der Schenker dem Beschenkten einen Gegenstand unter der Bedingung, dass der Beschenkte den Schenker überlebt, dann bedarf dieses Schenkungsversprechen gemäß **§ 2301 Abs. 1 S. 1** der **Form der Verfügung von Todes wegen**.¹³⁵

81

Der Rechtsgedanke ist: Wenn der Erblasser zu Lebzeiten kein Vermögensopfer erbringen will, sondern der Übergang des Vermögensgegenstands erst nach seinem Tode und nur dann eintreten soll, wenn der Beschenkte ihn überlebt, dann soll er die Formvorschriften des Erbrechts einhalten. Ferner könnten anderenfalls die speziellen Vorschriften für die Verfügung von Todes wegen umgangen werden.

Beispiel: E vereinbart mit seiner Tochter T, dass diese ein wertvolles Gemälde nach seinem Tode erhalten soll. T soll berechtigt sein, das Gemälde sofort nach dem Tode abzuholen. So geschieht es.

I. E und T haben sich im Voraus über eine unentgeltliche Zuwendung und über den Eigentumsübergang geeinigt. Da der E mit der Besitzergreifung durch T einverstanden war, liegt auch eine Übergabe gemäß § 929 vor.

II. Das Schenkungsversprechen war **formungültig**. Zwar ist es vollzogen worden, doch gilt hier nicht § 518, sondern § 2301. Die Schenkung ist unwirksam.

Hinweis: Abweichend davon ist die Rechtsstellung des Bedachten beim **Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall** gemäß § 331.¹³⁶ Der Vertrag im Valutaverhältnis ist nach h.M. ein Rechtsgeschäft unter Lebenden und unterliegt daher der Form des § 518 mit der Möglichkeit der Heilung nach § 518 Abs. 2. Der Unterschied zwischen einer Schenkung auf den Todesfall und einem Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall liegt darin, dass der Bedachte bei § 331 ein eigenes Recht nicht gegen den Erben, sondern unmittelbar gegen den Versprechenden erwirbt.¹³⁷

¹³⁴ Palandt/Weidenkaff § 516 Rn. 16.

¹³⁵ Vgl. dazu eingehend AS-Skript Erbrecht (2015), Rn. 500 ff.

¹³⁶ Vgl. auch AS-Skript Schuldrecht AT 2 (2016), Rn. 295.

¹³⁷ BGH, Urt. v. 26.11.2003 – IV ZR 438/02, RÜ 2004, 119; MünchKomm/Gottwald § 331 Rn. 4.

Die Schenkung

Zustandekommen des Vertrags

■ Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung

Unentgeltlich ist die Zuwendung, wenn für sie nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien keine Gegenleistung zu erbringen ist.

- Bei **Zuwendungen unter Ehegatten** handelt es sich im Regelfall nicht um eine Schenkung, sondern um eine sog. ehebedingte (unbenannte) Zuwendung, wenn sie zur Verwirklichung, Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft erfolgt.

Zuwendungen an Schwiegerkinder sind nach neuester Rspr. im Regelfall Schenkungen, auch wenn sie um der Ehe des eigenen Kindes erfolgen.

- Zuwendungen innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die deren Verwirklichung dienen, sind ebenfalls keine Schenkungen.

■ Nichtigkeit der Einigung, § 107

- Bei Schenkung an Minderjährigen ist die Schenkung nach h.M. lediglich rechtlich vorteilhaft. Eine teleologische Reduktion des § 181 reicht bei der Prüfung des Erfüllungsgeschäfts aus, um den Minderjährigen vor den nachteiligen Folgen des Geschäfts zu schützen.
- **Formverstoß, § 125.** Gemäß § 518 Abs. 1 bedarf das Schenkungsversprechen der notariellen Beurkundung (Heilung gemäß § 518 Abs. 2).

Die Rechtsfolgen des Schenkungsvertrags

- Der Schenker muss den versprochenen Gegenstand übertragen.
- Grundsätzlich haftet der Schenker nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, § 521.

Besondere Rückforderungsrechte

- **§ 528 (Bedürftigkeit).** Wenn der Schenker seinen angemessenen Unterhalt nicht bestreiten bzw. seine Unterhaltungspflicht nicht erfüllen kann.
- **Grober Undank** des Beschenkten gegenüber dem Schenker oder dessen nahen Angehörigen, § 530.
- Bei **gemischter** Schenkung Zweckwürdigungstheorie

Überwiegt der geschenkte Teil den entgeltlichen Teil erheblich, so ist im Zweifel anzunehmen, dass bei Widerruf des schenkungsrechtlichen Teils das Geschäft insgesamt keine Gültigkeit hat.

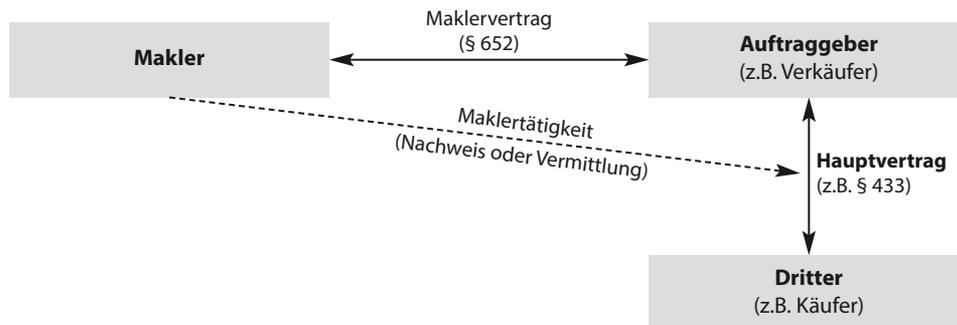
Schenkungsarten

- Schenkung unter Auflage, §§ 525–527
- Zweckschenkungen
- Gemischte Schenkung (Zweckwürdigungstheorie)
- Schenkung auf den Todesfall, § 2301

8. Teil: Maklervertrag

Der Maklervertrag hat in Bezug auf die Vermittlung von Wohnungen, Immobilien, Versicherungen und Darlehen eine **große praktische Bedeutung**. Das BGB enthält in den **§§ 652 bis 656** Regelungen über den Maklervertrag, den es altdeutsch als „Mäklervertrag“ bezeichnet. Mit dem Maklervertrag verpflichtet sich der **Auftraggeber** gemäß § 652 Abs. 1 S. 1 für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags (**Nachweismakler**) oder für die Vermittlung eines Vertrags (**Vermittlungsmakler**) an den Makler ein Entgelt zu zahlen.

301



Außerhalb des BGB bestehen für die **Arbeits-⁵⁵⁹ und Wohnungsvermittlung** besondere gesetzliche Regeln. Bei der Arbeitsvermittlung sind die §§ 292, 296 ff. SGB III vorrangig zu berücksichtigen, für die Wohnungsvermittlung enthält das Wohnungsvermittlungsgesetz (WoVermittG) Sondervorschriften. Im Übrigen gelten auch für diese Bereiche die §§ 652 ff.

Neben der Mietpreisbremse (vgl. Rn. 86) ist mit dem Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur **Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung** (MietNovG)⁵⁶⁰ seit dem 01.06.2015 die Position der (potenziellen) Mieter auch in Bezug auf die Wohnungsvermittlung verbessert worden (dazu Rn. 304, 309).

Sonderbestimmungen gelten auch für den **Handelsmakler nach §§ 93–104 HGB**. Der Handelsmakler ist im Gegensatz zum Makler i.S.d. §§ 652 ff. BGB unparteiischer Dritter; daher ist im Zweifel jede Partei des von ihm zustande gebrachten Vertrags zur Zahlung der Hälfte der Vergütung verpflichtet.

1. Abschnitt: Zustandekommen

Für das Zustandekommen des Maklervertrags gelten die allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre. Die Parteien müssen sich darüber einigen, dass der Auftraggeber zur Zahlung einer Provision verpflichtet ist, falls der Hauptvertrag zustande kommt. Fehlt eine Vergütungsvereinbarung, gilt gemäß **§ 653 Abs. 1** ein Maklerlohn als still-

302

⁵⁵⁹ Vgl. zur Arbeitsvermittlung Dehner NJW 2002, 3747, 3749.

⁵⁶⁰ BGBl. I 2015, 610 (Nr. 16 v. 27.04.2015).

schweigend vereinbart, wenn die Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

- 303** Maklerverträge werden regelmäßig ausdrücklich geschlossen. Ein **konkludenter** Vertragsschluss kommt nur dann in Betracht, wenn das Verhalten der Parteien den **eindeutigen Willen** erkennen lässt, dass der eine Teil für den anderen zur Vermittlung von Verträgen eingeschaltet werden soll.⁵⁶¹ Somit ist es Sache des Maklers, etwaige Unsicherheiten aufseiten des anderen Teils zu beseitigen, was in der Regel ein ausdrückliches Provisionsverlangen voraussetzen wird.⁵⁶²

Wendet sich ein Interessent an einen Makler, der **mit Angeboten werbend im geschäftlichen Verkehr auftritt**, ist dies noch nicht als ausreichend anzusehen, hiermit schlüssig seine Bereitschaft zur Zahlung einer Maklerprovision für den Fall zu erklären, dass ein Vertrag über das angebotene Objekt zustande kommt. Der Interessent darf nämlich, soweit ihm nichts Gegenteiliges bekannt ist, davon ausgehen, dass der Makler das Objekt von der Gegenseite an die Hand bekommen hat und deshalb mit der angebotenen Leistung (z.B. Weitergabe von Informationen) eine Leistung für diese erbringt, diese Leistung somit kein schlüssiges Angebot an den Interessenten zum Abschluss eines Maklervertrages darstellt.⁵⁶³

Demgegenüber besteht die Verpflichtung zur Zahlung der Provision gemäß § 652 Abs. 1, wenn der Interessent **in Kenntnis** eines eindeutigen und ausdrücklichen, an ihn gerichteten Provisionsverlangens des Maklers die **Maklerdienste in Anspruch nimmt**.⁵⁶⁴

Anders verhält es sich jedoch, wenn der angesprochene Interessent vor Inanspruchnahme der Maklerdienste ausdrücklich erklärt, keine Maklerprovision zahlen zu wollen. In diesem Fall begründet der Umstand, dass er die Dienste des Maklers dennoch in Anspruch nimmt, keine Provisionspflicht, insbesondere setzt er sich mit diesem tatsächlichen Verhalten auch nicht in Widerspruch (§ 242) zu einer ablehnenden Erklärung.⁵⁶⁵

- 304** Das Zustandekommen des Maklervertrages hängt grundsätzlich nicht von der Einhaltung einer bestimmten **Form** ab.

Verpflichtet sich der Auftraggeber jedoch bereits im Maklervertrag, ein bestimmtes, vom Makler zu vermittelndes Grundstück zu erwerben oder ein Grundstück an einen vom Makler zu vermittelnden Interessenten zu veräußern, erfordert der **Schutzzweck des § 311 b Abs. 1** die analoge Anwendung der Vorschrift und damit die notarielle Beurkundung des Maklervertrags.⁵⁶⁶

Ferner ist zu beachten, dass der Makler – seit der Mietrechtsnovellierung zum **01.06.2015** – gemäß **§ 2 Abs. 1 S. 2 WoVermittG** für die Vermittlung einer Wohnung vom Mieter nur noch eine Provision verlangen kann, wenn der Vermittlungsvertrag der **Textform** (§ 126 b) genügt. Dazu bedarf es eines dauerhaften Datenträgers.

Beispiele: Die Erklärungen hinsichtlich des Maklervertrags können auf Papier, Computerfax oder per E-Mail abgegeben werden.⁵⁶⁷

⁵⁶¹ Palandt/Sprau § 652 Rn. 3.

⁵⁶² Fischer NJW 2007, 3107.

⁵⁶³ BGH, Urt. v. 22.09.2005 – III ZR 393/04, NJW 2005, 3779, 3780; Fischer NJW 2007, 3107, 3108.

⁵⁶⁴ BGH, Urt. v. 16.11.2006 – III ZR 57/06, NJW-RR 2007, 400.

⁵⁶⁵ BGH, Urt. v. 06.12.2001 – III ZR 296/00, NJW 2002, 817.

⁵⁶⁶ BeckOK/Kotzian-Marggraf § 652 Rn. 19.

⁵⁶⁷ Vgl. zur Textform AS-Skript BGB AT 2 (2017), Rn. 135.

2. Abschnitt: Pflichten und Pflichtverletzungen

Mit dem wirksamen **Abschluss des Maklervertrags** entstehen grundsätzlich **noch keine Hauptleistungspflichten**. 305

- Der **Makler** ist nämlich **nicht zum Tätigwerden verpflichtet**.
- Der **Auftraggeber** muss ferner die Provision erst und nur dann zahlen, wenn er den Hauptvertrag abgeschlossen hat. Er ist zudem nicht daran gehindert, eine ihm vom Makler nachgewiesene Gelegenheit zum Vertragsschluss abzulehnen, er ist also **in seiner Entschließungs- und Abschlussfreiheit nicht beschränkt**. Der Auftraggeber darf sich grundsätzlich auch selbst um den Abschluss des Vertrags bemühen und auch andere Makler beauftragen.⁵⁶⁸
- Nur wenn der Auftraggeber dem Makler einen **Alleinauftrag** erteilt, ist der Makler **verpflichtet**, für den Auftraggeber **tätig zu werden**.⁵⁶⁹ Der Auftraggeber verzichtet dann für die Laufzeit des Vertrags auf sein Recht, gleichzeitig noch andere Makler zu beauftragen, sowie auf seine Berechtigung zum jederzeitigen Widerruf.⁵⁷⁰ 306

A. Hauptpflicht des Auftraggebers

Die Hauptpflicht des Auftraggebers besteht in der Zahlung der vereinbarten Provision, soweit die Voraussetzungen des Anspruchs aus § 652 Abs. 1 vorliegen.

Anspruch aus § 652 Abs. 1

307

- I. Wirksamer Maklervertrag
- II. Makler hat Leistung erbracht (Nachweis oder Vermittlung)
- III. Hauptvertrag wirksam abgeschlossen (bei nachträglichem Entfallen des Hauptvertrags bleibt der Provisionsanspruch regelmäßig bestehen)
- VI. Hauptvertrag stimmt mit beabsichtigtem Vertrag im Wesentlichen überein (Kongruenz)
- V. Maklerleistung für Hauptvertragsabschluss mitursächlich
- VI. Auftraggeber hat von Tätigkeit des Maklers Kenntnis gehabt
- VII. Anspruch nicht gemäß § 654 (analog) ausgeschlossen

I. Wirksamer Maklervertrag

Die Parteien müssen einen wirksamen Maklervertrag abgeschlossen haben. Dabei sind insbesondere die **Formvorschriften** für bestimmte Maklerverträge zu beachten (vgl. dazu Rn. 304). 308

⁵⁶⁸ Palandt/Sprau § 652 Rn. 13 ff. und 19 ff.

⁵⁶⁹ Palandt/Sprau § 652 Rn. 78.

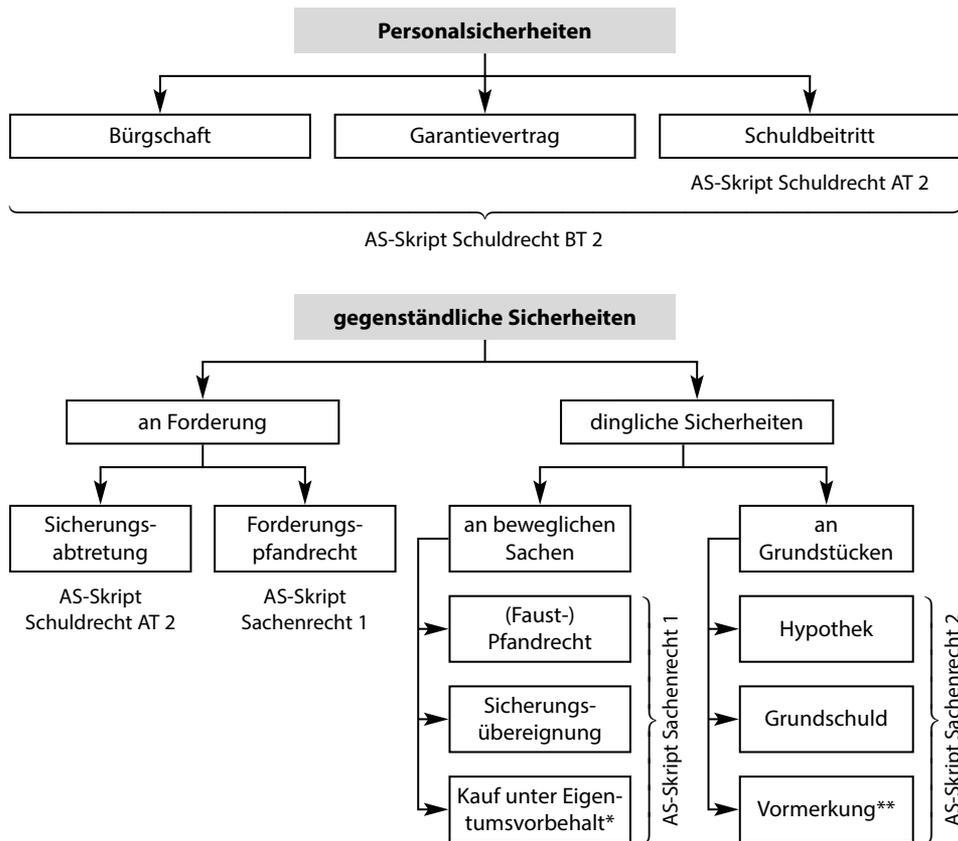
⁵⁷⁰ Palandt/Sprau § 652 Rn. 75 f.

9. Teil: Die Bürgschaft und ihre Stellung im Kreditsicherungsrecht

Um die Bürgschaft, ein in beiden Examina häufig geprüftes Thema, zu durchdringen, müssen gewisse **Eckpfeiler im Kreditsicherungsrecht** bekannt sein. Jedes Sicherungsmittel hat zwar seine Besonderheiten. Zunächst müssen Sie sich aber die Grundlagen der jeweiligen Sicherheit erarbeiten, und dies können Sie am besten tun, indem Sie die jeweiligen Sicherheiten miteinander vergleichen und vernetzen. Sie werden Gemeinsamkeiten und Gegensätze erkennen und feststellen, dass es mit den Sicherheiten wie mit Fremdsprachen ist: Je mehr man bereits kennt, umso leichter fällt das Erlernen jeder weiteren.

332

Diese **Grundlagen, Gemeinsamkeiten und Gegensätze** werden zunächst dargestellt, so dann folgen die spezifischen Ausführungen zur Bürgschaft. Die einzelnen Kreditsicherungsmittel sowie die mit ihnen verwandten Institute stellen wir entsprechend ihrer **systematischen Stellung** in folgenden Skripten dar:



*Der Eigentumsvorbehalt ist eine Sicherheit im weiteren Sinn. Zwar lässt sich der Verkäufer für seinen Anspruch aus § 433 Abs. 2 keine zusätzliche Sicherheit gewähren, aber er bewahrt sich das Eigentum an der verkauften Sache selbst als Sicherheit.

** Die Vormerkung ist keine Sicherheit, die für den Gläubiger wirtschaftlich an die Stelle des ausgefallenen Anspruchs tritt. Sie sichert vielmehr unmittelbar den bedrohten Anspruch rechtlich ab, indem sie seinen Untergang durch Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 verhindert.

1. Abschnitt: Eckpfeiler des Kreditsicherungsrechts

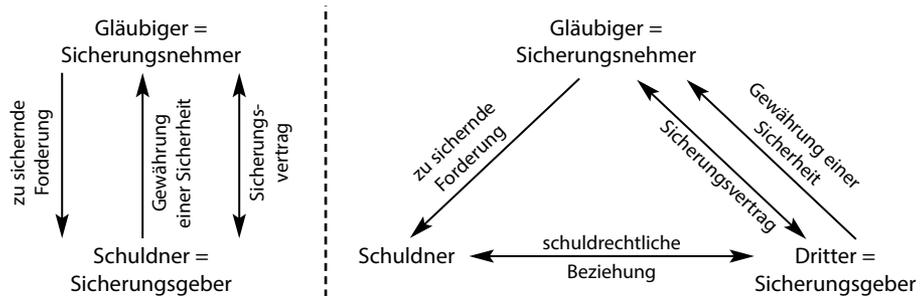
- 333** Der Gläubiger einer Forderung hat ein Interesse daran, eine alternative Befriedigungsmöglichkeit für den Fall zu haben, dass sein primärer Schuldner (**Hauptschuldner**) die Forderung trotz Fälligkeit und Durchsetzbarkeit nicht erfüllen kann (**Sicherungsfall**). Der Gläubiger will seine Forderung mit einer oder mehreren **Sicherheiten besichern**.

Dieses Interesse des Gläubigers besteht prinzipiell hinsichtlich jeder Forderung. In der Praxis und im Examen werden aber am häufigsten **Zahlungsforderungen** besichert. Unter diesen nimmt wiederum die Forderung des Darlehensgebers gegen den Darlehensnehmer aus **§ 488 Abs. 1 S. 2** auf Rückzahlung der Darlehensvaluta (gegebenenfalls zuzüglich vereinbarter Zinsen)⁶¹⁸ die Spitzenposition jedenfalls im Examen ein.

Die Bezeichnung „Kreditsicherung“ erfasst nur die Forderung aus § 488 Abs. 1 S. 2 und ist daher streng genommen zu eng. Behalten Sie im Hinterkopf, dass Ihnen im Examen auch die Besicherung **anderer Zahlungsforderungen** begegnen kann. Z.B. ist die Besicherung der Forderung des Werkunternehmers auf Werklohn aus § 631 Abs. 1 Var. 2 mit einer Sicherungshypothek sogar ausdrücklich in §§ 648, 648a (ab dem 01.01.2018: §§ 650e, 650f)⁶¹⁹ geregelt.

Manche Sicherheiten können **für jede vermögensrechtliche Verbindlichkeit** bestellt werden, so etwa die Bürgschaft ausweislich des weiten Wortlauts des § 765 Abs. 1.⁶²⁰ Andere Sicherheiten können **nur für Zahlungsforderungen** bestellt werden, z.B. die Hypothek und die Grundschuld, vgl. §§ 1113 Abs. 1, 1191 Abs. 1.⁶²¹

334



Die Besicherung geschieht in der Regel durch **Rechtsgeschäft** zwischen demjenigen, der die Sicherheit zur Verfügung stellt (**Sicherungsgeber**) und demjenigen, zu dessen Gunsten die Sicherheit im Sicherungsfall Wirkung entfalten soll (**Sicherungsnehmer**). Die folgenden Ausführungen, insbesondere zur Entstehung (**Ersterwerb**) einer Sicherheit, beziehen sich auf diese rechtsgeschäftliche Besicherung.

Einige akzessorische Sicherheiten – zu diesem Begriff sogleich – können aber auch **kraft Gesetzes** entstehen, insbesondere die Pfandrechte des Vermieters (§§ 562 ff.),⁶²² des Werkunternehmers (§ 647)⁶²³ und des Gastwirts (§ 704). Häufig stellt sich bei diesen Pfandrechten in Klausuren die Frage, ob sie auch an Sachen entstehen, die nicht dem Schuldner gehören.⁶²⁴ Kaum klausurrelevant ist die Entstehung einer Sicherheit **kraft Hoheitsakt**, wie etwa die Eintragung einer Zwangshypothek gemäß § 867 ZPO.⁶²⁵

618 S.o. Rn. 7 zum Darlehensvertrag.

619 Die examensrelevanten Änderungen des Kauf- und Werkrechts zum 01.01.2018 werden dargestellt von Pechstein, RÜ 2017, 360.

620 Vgl. Palandt/Sprau § 765 Rn. 17.

621 Vgl. Palandt/Herrler § 1113 Rn. 15.

622 Näher Rn. 145.

623 Näher AS-Skript Schuldrecht BT 1 (2016), Rn. 441 ff.

624 Hierzu hinsichtlich des Werkunternehmerpfandrechts AS-Skript Schuldrecht BT 1 (2016), Rn. 442 ff.

625 Näher AS-Skript ZPO (2017), Rn. 483, 491.

Wer diese Unterscheidung nicht kennt und konsequent vornimmt, begeht elementare Fehler, weil für beide Erwerbsformen **verschiedene Voraussetzungen** gelten.

§§ 929 ff. und §§ 873, 925 regeln **nur den Zweiterwerb** (derivativer Erwerb) des Eigentums. Sein Ersterwerb (originärer Erwerb) vollzieht sich kraft Gesetzes (§§ 937–984) oder kraft Hoheitsakt. Ebenso regeln **§§ 398 ff. nur den Zweiterwerb** einer Forderung.

	Ersterwerb	Zweiterwerb
Faustpfandrecht (dinglich/akzessorisch)	§§ 1204 ff.	§§ 1250 Abs. 1 S. 1, 401
Sicherungsübereignung (dinglich/abstrakt)	---	§§ 929 S. 1, 930
Eigentumsvorbehalt/ Anwartschaftsrecht (dinglich/„akzessorisch“)	§§ 929 ff., 158 Abs. 1	§§ 929 ff. (h.M.)
Forderungspfandrecht (dinglich/akzessorisch)	§§ 1274 Abs. 1 S. 1, 398	§§ 1273 Abs. 2 S. 1, 1250 Abs. 1 S. 1, 401
Sicherungsabtretung (gegenständlich/abstrakt)	---	§ 398
Hypothek (dinglich/akzessorisch)	§§ 873, 1113 ff.	§§ 401, 1153 Abs. 1 (beachte § 1154 für Abtretung der Forderung)
Grundschild (dinglich/abstrakt)	§§ 873, 1192 Abs. 1, 1113 ff.	§§ 398, 1154, 1192 Abs. 1
Bürgschaft (persönlich/akzessorisch)	§ 765	§ 401
Vormerkung (akzessorisch)	§§ 883, 885	§ 401 analog

346 Für den **Zweiterwerb** der Sicherheit **vom Nichtberechtigten** – also von dem, der weder ihr verfügungsbefugter Inhaber noch zu ihrer Übertragung ermächtigt ist – gilt:

- Wenn es bereits **keine gesetzlichen Voraussetzungen** für einen Zweiterwerb der Sicherheit gibt, dann ist dieser selbstredend auch nicht möglich.

Beispiel: Bürgschaft.

- Ist **ein anderer** Inhaber der Sicherheit, so kann diese unter den jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen erworben werden.

Beispiel: Hypothek über § 892, Anwartschaftsrecht an beweglichen Sachen über §§ 932 ff. analog.

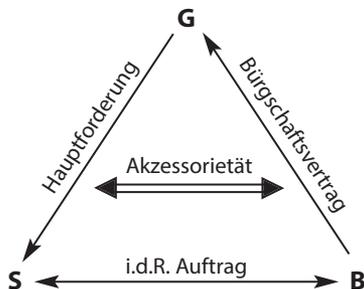
- **Existiert die Sicherheit überhaupt nicht**, so können nur solche Sicherheiten unter den jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen gutgläubig erworben werden, für die ein Publizitätsträger besteht, auf dem der gute Glaube des Erwerbers beruhen kann.

Beispiel: Hypothek über § 892 aufgrund ihrer Eintragung im Grundbuch, nicht aber das nicht verbriefte Anwartschaftsrecht an beweglichen Sachen oder an einem Grundstück

2. Abschnitt: Der Anspruch gegen den Bürgen aus § 765 Abs. 1

Im Examen wird das Bürgschaftsrecht sehr oft **inzident** im Rahmen des Anspruchs des Gläubigers gegen den Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrag (§ 765 Abs. 1) abgeprüft. Neben dem Bürgschaftsvertrag bestehen in der Regel folgende weitere schuldrechtliche Beziehungen:

347



- zu sichernde Forderung des G gegen S (Hauptforderung), die sich oft aus einem (vertraglichen oder gesetzlichen) Schuldverhältnis ergibt;
- Rechtsverhältnis B – S, im Regelfall Auftrag;
- Bürgschaftsvertrag, aus dem B gegenüber G verpflichtet ist, soweit die Hauptforderung entstanden, nicht erloschen und durchsetzbar ist (Akzessorietät);

Ordnen Sie Ihre Gedanken nach dem bewährten **Entstanden-Erloschen-Durchsetzbar-Denkschema**. Bei der **Formulierung ihres Gutachtens** sollten Sie ihn aber sparsam verwenden und stattdessen Schwerpunkte setzen, damit es nicht anfängerhaft wirkt.⁶³⁸

Als Besonderheit der Bürgschaft als **akzessorisches Sicherungsmittel** müssen Sie dabei **zweigleisig** prüfen: Der Anspruch gegen den Bürgen ist nur dann entstanden/nicht erloschen/durchsetzbar, wenn sowohl die Hauptforderung als auch der Anspruch im Übrigen selbst entstanden/nicht erloschen/durchsetzbar ist.

Zweigleisige Prüfung des Anspruchs aus § 765 aufgrund der Akzessorietät

I. Entstehung

1. Wirksame Einigung Bürge–Gläubiger
2. Entstehung der Hauptforderung (**Akzessorietät**)

II. Erlöschen

1. Erlöschen der Bürgschaft selbst: § 776 S. 1, § 777, Schuldrecht AT (insbesondere §§ 362 ff., 418 Abs. 1 S. 1)
2. Erlöschen der Hauptforderung (**Akzessorietät**), auch wegen Ausübung eines Gestaltungsrechts

III. Durchsetzbarkeit

1. Einrede gegen Bürgschaft selbst, insbesondere § 771
2. Einreden gegen die Hauptforderung (§ 768) und Gestaltbarkeit (§ 770) der Hauptforderung (**Akzessorietät**)

⁶³⁸ Näher zu den Vorteilen und Gefahren dieses Denkschemas AS-Skript BGB AT 1 (2017), Rn. 12.

A. Entstehung durch Begründung der Bürgschaft (Ersterwerb)

I. Die Einigung

- 348 Die Bürgschaft ist ein, wenn auch nur einseitig den Bürgen verpflichtender, **Vertrag**. Eine einseitige Erklärung des Bürgen genügt also nicht. Vielmehr müssen sich die Parteien des Bürgschaftsvertrags, also der Bürge und der Gläubiger, nach Maßgabe der §§ 104 ff. über den von § 765 vorgesehenen Inhalt **einigen**, um eine Bürgschaft zu begründen (**Ersterwerb**).

1. Inhalt der Einigung

- 349 Mit dem Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich gemäß § 765 Abs. 1 der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten (Hauptschuldner), für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten (Hauptschuld) einzustehen. Es muss – nach einer Auslegung gemäß §§ 133, 157 aus Sicht des objektiven Empfängers – ein **Verbürgungswille** deutlich werden. Ferner muss die **Hauptschuld**, für die die Bürgschaft übernommen wird, nach Gläubiger, Schuldner, Schuldgrund und -höhe bestimmt werden oder wenigstens **bestimmbar** (vgl. § 765 Abs. 2 Var. 1) sein.

2. Abgrenzung: Bürgschaft, Schuldbeitritt oder Garantie

- 350 Ebenfalls im Rahmen der Auslegung ist die Bürgschaft von anderen Sicherungsinstituten **abzugrenzen**, insbesondere dem **Schuldbeitritt** und dem **Garantievertrag**.⁶³⁹

*In der Prüfung müssen Sie – wie immer – den **Umfang** ihrer Ausführungen zur Auslegung **vom Einzelfall abhängig** machen. Ist im Sachverhalt knapp und ausdrücklich von einer „Bürgschaft“ des (vielleicht sogar rechtskundigen) „Bürgen“ die Rede, so wäre es jedenfalls ohne konkreten Anlass verfehlt, lang und breit zu prüfen, ob nicht vielleicht doch ein Schuldbeitritt vorliegt. Heißt es hingegen vage, der Sicherungsgeber wolle für die Hauptschuld „aufkommen“, „geradestehen“ o.ä., so wird eine ausführliche Auslegung erwartet.*

*Der **Standort** dieser Auslegung in Ihrem Gutachten ist ein Stück weit Geschmackssache: Insbesondere in akademisch geprägten Gutachten ist (wohl) die Auslegung bereits im Rahmen der Einigung üblicher. Ein Praktiker wird sich diese Mühe hingegen erst dann machen, wenn die Auslegung für das Ergebnis unmittelbar relevant ist. Das ist nicht bereits bei der Einigung der Fall, denn wegen der Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG, § 311 Abs. 1) ist zunächst irrelevant, wie man das abgeschlossene Geschäft bezeichnet. In Klausuren wird eine auslegungsbedürftige Einigung häufig mit Formproblemen zu § 766 kombiniert, sodass oft (spätestens) dort die Auslegung erfolgen muss, um zu klären, ob die Norm anwendbar ist.*

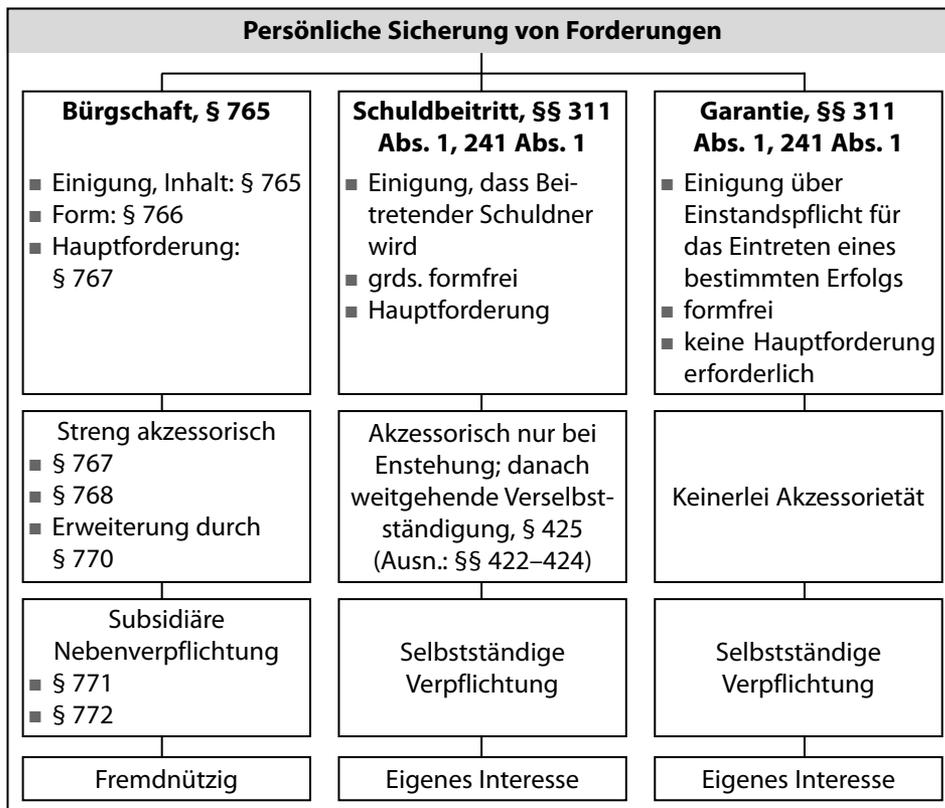
- 351 Die Abgrenzung erfolgt maßgeblich danach, wie **schutzbedürftig** der Sicherungsgeber ist. Wegen der besonders weiten und strengen Akzessorietät und wegen des Formerfordernisses des § 766 verleiht die **Bürgschaft den stärksten Schutz**.

Ein wichtiger Aspekt für die Schutzbedürftigkeit ist die Frage, in welchem Umfang **der Sicherungsgeber ein eigenes Interesse an dem Geschäft zwischen Gläubiger und**

⁶³⁹ Vgl. zur Abgrenzung Bürgschaft/Schuldbeitritt/Garantievertrag (auch von weiteren Rechtsinstituten) MünchKomm/Habersack vor § 765 Rn. 10 ff.; Palandt/Sprau Einf v § 765 Rn. 15 ff.

Hauptschuldner hat. Je eher er eigene Interessen verfolgt, umso eher ist es gerechtfertigt, ihm besonderen Schutz zu versagen und ihn stattdessen wie den Schuldner einer originär eigenen Verbindlichkeit zu behandeln.

Wenn die Auslegung, welcher Vertragstyp vorliegt, zu keinem eindeutigen Ergebnis führt, **ist im Zweifel eine Bürgschaft anzunehmen.**⁶⁴⁰ Auch wenn Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer aufgrund ihrer Vertragsfreiheit ihr Verhältnis (im Rahmen der §§ 134, 138, 242) nach Belieben ausgestalten können, ist doch die Bürgschaft das einzige gesetzlich ausdrücklich vorgesehene persönliche Sicherungsmittel. Anderenfalls würde insbesondere die Schutzvorschrift des § 766 unterlaufen.



- Der **Bürge** will eine **fremde** Schuld begleichen, er will die Hauptforderung des Gläubigers gegen den Schuldner, so wie sie im Zeitpunkt der Geltendmachung der Bürgschaft besteht, erfüllen. Seine Haftung ist nur abgeleitet von der Haftung des Hauptschuldners für seine Verbindlichkeit. Treten also vom Zeitpunkt der Übernahme der Bürgschaft bis zur Inanspruchnahme des Bürgen Veränderungen bzgl. der Hauptforderung ein, so kann sich der Bürge darauf berufen, §§ 767, 768, 770. Die Entstehung, der Fortbestand und der Umfang der Bürgschaft sind daher **dauerhaft** von der Hauptschuld abhängig – **Akzessorietät**.

352

⁶⁴⁰ BGH Urt v. 19.09.1985 – VII ZR 338/84, NJW 1986, 580; OLG Hamm, Urt. v. 10.02.1993 – 12 U 167/92, NJW 1993, 2625; Palandt/Grüneberg Überbl v § 414 Rn. 4.