

Übungsklausur im Zivilrecht: Sicherungsgeschäfte

Von Wiss. Mitarbeiter **Tilman Schultheiß**, Leipzig*

Sachverhalt

G hat bei der Mammon-Bank (M) einen Kredit aufgenommen, um eine Immobilie für die gewerbliche Nutzung zu finanzieren. Da die M entsprechende Sicherheiten verlangt, die Sicherheiten des G aber bereits an andere Gläubiger vergeben sind, schlägt G vor, dass M sich selbständig an seinen Bekannten B sowie an seine wohlhabende Freundin F wenden solle. Die M ist auch die Hausbank des B.

Zunächst ruft ein Mitarbeiter der M unvermittelt bei B an, um mit diesem ein Gespräch über „Finanzierungsoptionen Immobiliarkredit“ zu vereinbaren. Dabei beabsichtigte die M, den B im Rahmen dieses Gespräches zur Übernahme einer Sicherungsgrundschuld zur Absicherung ihrer Kreditforderung gegenüber G zu überreden, was der Mitarbeiter dem B jedoch am Telefon nicht mitteilt. B erklärt sich zu einem Gespräch mit einem Mitarbeiter der M bereit und schlägt vor, dass dieses in seiner Wohnung stattfindet. Als ein Mitarbeiter der M sodann bei B erscheint, um mit diesem die Möglichkeit einer Grundschuldbestellung zur Sicherung des Darlehensrückzahlungsanspruchs gegenüber G zu eruieren, ist B zwar überrascht, lässt sich aber dennoch auf eine entsprechende Vereinbarung ein. Aus freundschaftlicher Verbundenheit zu G erklärt sich B mit der Bestellung der Grundschuld an seinem Grundstück einverstanden und unterschreibt eine mit „Sicherungsabrede“ überschriebene Erklärung, in der er sich unter anderem zur Bestellung einer Sicherungsgrundschuld an seinem Grundstück verpflichtet. Eine etwaige Belehrung des B erfolgte dabei nicht. Die Grundschuld wird im Anschluss als Buchgrundschuld in das Grundbuch eingetragen.

F wird von einem Mitarbeiter der M ohne Vorankündigung an ihrem Arbeitsplatz aufgesucht und mit dem Anliegen konfrontiert, zugunsten des G eine Bürgschaft zu übernehmen. Da sie sich zunächst darüber ärgert, dass ihr G im Vorfeld nichts davon berichtet hatte, bedingt sie sich eine kurze Bedenkzeit aus, womit sich der Mitarbeiter einverstanden erklärt. Drei Tage später sagt sie telefonisch die Übernahme einer Bürgschaft zu. Eine Belehrung der F erfolgte nicht.

Ein halbes Jahr später reut B das Geschäft, da ihn eine dunkle Vorahnung über die finanzielle Situation des G überkommt. Er wendet sich daraufhin an seinen Rechtsanwalt R, der gegenüber der M einen „Widerruf sämtlicher Geschäfte“ per Einschreiben erklärt. Der Rechtsanwalt der M meint, das ändere nichts am Bestand der Grundschuld, da es sich bekanntlich um ein abstraktes Sicherungsmittel handelt. Nachdem G tatsächlich zahlungsunfähig wird, tritt M an B heran und macht ihre Rechte aus der Grundschuld nach deren wirklicher Kündigung geltend.

F, die sich inzwischen von G getrennt hat, kommt nicht in den Genuss einer solchen Eingebung und verpasst den Zeitpunkt der Insolvenz des G. Nachdem M an sie herantritt, zahlt sie den geschuldeten Bürgschaftsbetrag vorbehaltlos, wendet sich aber sogleich an ihren Jura studierenden Sohn

mit der Bitte um Hilfe. Auf dessen Anraten erklärt F gegenüber M den Widerruf und fordert den gezahlten Betrag zurück.

Frage 1

Bestehen Ansprüche der M gegen B?

Frage 2

Bestehen Ansprüche der F gegen M?

Abwandlung

B hat keinen Widerruf gegenüber der M erklärt. M hat gegen B ein rechtskräftiges Urteil erstritten und betreibt nun die Zwangsvollstreckung gegen ihn. Erst jetzt besinnt sich B auf sein Widerrufsrecht und erklärt den Widerruf gegenüber M. Nun fragt er sich, ob er dies im Rahmen einer Klage gegen die Zwangsvollstreckung erfolgreich vorbringen kann.

Aufgabe

Prüfen Sie die Begründetheit einer entsprechenden Klage des B.

Lösungsvorschlag für den Ausgangsfall

I. Anspruch der M gegen B

1. Anspruch entstanden¹

Ein Anspruch der M könnte sich aus § 1147 i.V.m. § 1192 Abs. 1 BGB ergeben. Dieser Anspruch ist gerichtet auf die Duldung der Zwangsvollstreckung und nicht auf die Zahlung eines bestimmten Geldbetrages.²

Dies setzt voraus, dass wirksam eine Grundschuld zugunsten der M bestellt wurde. Erforderlich ist – da es sich um eine Belastung des Grundstücks durch ein dingliches Verwertungsrecht handelt³ – gemäß § 873 Abs. 1 BGB die Einigung zwischen dem Berechtigten B und dem anderen Teil (M) sowie die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch. Bei der Einigung handelt es sich um einen abstrakten Vertrag, bestehend aus Angebot und Annahme gemäß §§ 145 ff. BGB. B hat sich neben⁴ dem Abschluss der Sicherungsabrede auch mit der Bestellung einer Grundschuld an seinem Grundstück einverstanden erklärt und damit eine entsprechende Willenserklärung abgegeben, wobei dahinstehen kann, ob es sich um einen Antrag oder eine Annahme handelte. Auch von einer entsprechenden Erklärung der M, vertreten gemäß

¹ Zum Anspruchsaufbau vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 23. Aufl. 2010, Rn. 1 ff.; zur Frage, wann der hier gewählte Aufbau sinnvoll ist vgl. *Jaensch*, Klausurensammlung Bürgerliches Recht, 2012, S. 6 f.

² Vgl. *Braun/Schultheiß*, JuS 2013, 871 (871) m.w.N.

³ *Weller*, JuS 2009, 969; *Braun/Schultheiß*, JuS 2013, 871 (871).

⁴ Diese Rechtsgeschäfte sind zu trennen, obwohl Kausalgeschäft und Verfügungsgeschäft in aller Regel uno actu erfolgen, vgl. dazu *Prütting*, Sachenrecht, 34. Aufl. 2010, Rn. 372.

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Reinhard Welter an der Universität Leipzig.

§§ 164 ff. BGB von ihrem Mitarbeiter, kann ausgegangen werden.

Auch die Eintragung der Grundschuld im Grundbuch ist erfolgt. Damit ist der Anspruch aus § 1147 BGB entstanden.

2. *Anspruch erloschen*

Möglicherweise ist der Anspruch infolge des Widerrufs durch R erloschen. Dies setzt das Bestehen eines Widerrufsgrundes und die Abgabe einer Widerrufserklärung voraus. Ein Widerrufsrecht könnte sich aus § 312 BGB⁵ ergeben, wenn dessen Tatbestandsvoraussetzungen hier vorlagen.

Allerdings kann die Frage nach der Haustürsituation dahinstehen, da ein Erlöschen des Anspruchs aus § 1147 BGB gemäß §§ 357 Abs. 1 S. 1,⁶ 346 BGB nur dann in Betracht käme, wenn durch den Widerruf des R auch das dingliche Recht als solches betroffen wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall: Der dingliche Bestellungsakt ist schon kein Vertrag, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat (vgl. § 312 Abs. 1 S. 1 BGB⁷). Denn durch dieses Verfügungsgeschäft wird lediglich die Rechtslage geändert,⁸ ohne dass hierdurch ein Austauschverhältnis geschaffen würde. Daher ist § 312 BGB auf dieses Geschäft nicht anwendbar (dasselbe gilt für § 312b BGB⁹).

3. *Anspruch durchsetzbar*

Fraglich ist die Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus § 1147 BGB.

a) *Wirksame Kündigung*

Die Sicherungsgrundschuld bedarf zu ihrer Geltendmachung der vorherigen Kündigung, vgl. §§ 1193 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2, 1192 Abs. 1a S. 1 BGB. Andernfalls ist der Sicherungsgeber berechtigt, die Einrede der mangelnden Fälligkeit zu erheben. Da die M die Grundschuld wirksam gekündigt hat, ist das Grundschuldkapital fällig geworden (vgl. § 271 Abs. 2 BGB).

b) *Allgemeine Bereicherungseinrede*

Möglicherweise steht der Durchsetzung die vom BGH¹⁰ in extensiver Auslegung des § 821 BGB entwickelte allgemeine Bereicherungseinrede entgegen. Dies könnte sich daraus ergeben, dass eine causa, d.h. ein rechtfertigender Grund für das Behaltendürfen des abstrakten Rechts infolge des Widerrufs nicht mehr besteht. Rechtsgrund der Grundschuld ist der

Sicherungsvertrag, so dass bei dessen Unwirksamkeit eine Einrede aus § 821 besteht.¹¹

Allerdings führt der Widerruf gemäß § 357 Abs. 1 S. 1 BGB dazu, dass sich der Sicherungsvertrag (ursprünglicher Rechtsgrund), dessen Bestandteil die widerrufenen Willenserklärung ist, ex nunc in ein sog. Rückgewährschuldverhältnis umwandelt.¹² Damit wird der Rechtsgrund durch die spiegelbildliche Umkehrung der ursprünglichen Pflichten allenfalls modifiziert, fällt allerdings nicht weg. Vielmehr richtet sich die Rückgewähr ausschließlich nach §§ 346 ff. BGB, statt nach Bereicherungsrecht.¹³ Damit kann auch die Bereicherungseinrede auf den Fall wegen der fortbestehenden causa nicht angewendet werden.¹⁴

c) *Dolo-agit-Einrede*¹⁵

Eine Einrede könnte sich aber aus § 242 BGB ergeben, wenn in der Durchsetzung der Grundschuld trotz Umwandlung des Sicherungsvertrages gemäß §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 ff. BGB (dazu gleich) ein Fall unzulässiger Rechtsausübung läge.¹⁶ Dann müsste eine an sich („formal“) zulässige Rechtsausübung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles gegen Treu und Glauben verstoßen.

Zunächst könnte es sich um eine unter den Tatbestand der unzulässigen Rechtsausübung fallende dolo agit-Situation handeln. Demnach fehlt ein rechtlich schützenswertes Eigeninteresse des Gläubigers an der erstrebten Rechtsausübung, wenn die Leistung, die gefordert wird, alsbald zurückgewährt werden müsste (dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est).¹⁷ Für den Fall einer nichtigen (etwa angefochtenen) Sicherungsabrede ist dieses Ergebnis ohne Weiteres aus dem Gesetz begründbar: Leistet der Sicherungsgeber auf eine wegen des nichtigen Sicherungsvertrages nach § 821 einredebehaftete Grundschuld, kann er seine Leistung anschließend über §§ 813 Abs. 1 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB kondizieren.

Fraglich ist aber, ob die Situation mit der des Widerrufs der Sicherungsabrede vergleichbar ist. Um dies beurteilen zu können, müssen die Auswirkungen des Widerrufs betrachtet

⁵ Das Widerrufsrecht wird durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlicherichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (BGBl. I 2013, S. 3642) mit Wirkung zum 13.06.2014 grundlegend reformiert. § 312 BGB wird dann durch § 312b BGB ersetzt.

⁶ Künftig sind in §§ 357 ff. BGB die Widerrufsfolgen detailliert geregelt.

⁷ Vgl. künftig § 312 Abs. 1 BGB.

⁸ Prütting (Fn. 4), Rn. 767; a.A. schwer vertretbar.

⁹ Vgl. künftig § 312c BGB.

¹⁰ Vgl. BGH NJW 1995, 1484.

¹¹ Braun/Schultheiß, JuS 2013, 871 m.w.N.; Brehm/Berger, Sachenrecht, 2. Aufl. 2006, § 18 Rn. 27.

¹² Lorenz, JuS 2011, 871 f.; Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Aufl. 2014, § 357 Rn. 2; vgl. zu Einzelheiten Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 18. Aufl. 2008, Rn. 562 ff.

¹³ Dies gilt auch künftig, da die §§ 357 ff. BGB n.F. ebenfalls ein Rückgewährschuldverhältnis zur Folge haben.

¹⁴ A.A. aber offenbar OLG Naumburg BKR 2009, 124 (125): Anwendung des § 821; ebenso OLG Frankfurt BeckRS 2008, 25112: Anwendung des § 812.

¹⁵ Der dolo agit-Einwand kann auch als rechtsvernichtende Einwendung geprüft werden, da dieser ebenso wie Einwendungen von Amts wegen berücksichtigt wird, vgl. etwa BGHZ 37, 147. Im Ergebnis ebenso wie hier OLG Dresden BKR 2003, 114.

¹⁶ § 242 wirkt als Begrenzung der Ausübung formal bestehender Rechte (Theorie der immanenten Schranke, vgl. BGHZ 19, 75); in Anl. an das röm. Recht heißt diese Figur auch exceptio doli.

¹⁷ Vgl. schon BGHZ 10, 75.

werden: Die Umwandlung in ein Rückgewährschuldverhältnis würde zunächst dazu führen, dass der Sicherungsnehmer die Rechtsinhaberschaft am Grundpfandrecht gemäß § 346 Abs. 1 BGB auf den Sicherungsgeber zurückübertragen (§ 873 BGB) bzw. darauf verzichten (§ 1168 BGB) muss.¹⁸ Leistet B trotz des Widerrufs an M, würde sich die Sicherungsgrundschuld in eine Eigentümergrundschuld umwandeln, da B im Zweifel auf die Grundschuld leistet (das Ergebnis folgt entweder aus §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB, aus §§ 1142, 1143 BGB, aus §§ 1168, 1170 BGB oder schlichtweg „aus dem Wesen des Grundpfandrechts“¹⁹). M verlöre mithin die Inhaberschaft und könnte die Grundschuld nicht mehr nach § 346 Abs. 1 BGB zurückgewähren. Vielmehr müsste sie dann Wertersatz gemäß § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB leisten, der sinnvollerweise der Höhe nach der Grundschuldvaluta entsprechen würde. Damit liegt im Fall des wirksamen Widerrufs eine *dolo agit*-Situation vor. Überdies kann die Einrede auch auf die Fallgruppe der *exceptio doli* aufgrund der Ausnutzung einer formalen Rechtsstellung gestützt werden.²⁰ Denn durch den Widerruf des Sicherungsvertrages entfällt auch der im Vertrag niedergelegte Sicherungszweck bzw. kann aufgrund des Fehlens einer entsprechenden Vereinbarung hierüber nicht mehr erreicht werden.²¹

Fraglich ist daher, ob B den Sicherungsvertrag wirksam widerrufen hat. Dies setzt eine fristgemäße Widerrufserklärung und das Bestehen eines Widerrufsgrundes voraus.

Eine Widerrufserklärung im Sinne des § 355 Abs. 1 S. 2 BGB liegt vor. Das Einschreiben entspricht der Schriftform gemäß § 126 BGB und damit erst recht der im Rahmen des § 355 Abs. 1 S. 2 BGB erforderlichen Textform (§ 126b BGB).²² Ferner ist bei lebensnaher Auslegung auch davon auszugehen, dass R ordnungsgemäß von B bevollmächtigt war (§§ 164 Abs. 1, 167 BGB). Es ist auch davon auszugehen, dass diese Erklärung fristgemäß erfolgte, da eine Belehrung nicht stattfand und die Widerrufsfrist des § 355 Abs. 1 S. 1 BGB damit nicht zu laufen begann, § 355 Abs. 4 S. 3 BGB.²³

aa) Fernabsatzvertrag

Ein Widerrufsrecht könnte sich aus §§ 312b, 312d Abs. 1 S. 1 BGB ergeben. Dann müsste es sich um einen Fernabsatzvertrag im Sinne des § 312b BGB handeln. Dabei ist schon zweifelhaft, ob eine Sicherungsabrede in den sachlichen Anwendungsbereich (Lieferung von *Waren* oder Erbringung von

Dienstleistungen) des § 312b Abs. 1 BGB fallen kann.²⁴ Jedenfalls für akzessorische Sicherungsmittel würde der EuGH dies bejahen.²⁵ Allerdings kann diese Frage dahinstehen, da der Vertrag nicht unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln zustande kam. Nach dem Telefonanruf bei B, der sich noch unter § 312b Abs. 2 BGB²⁶ subsumieren ließe, kam es zu einer gleichzeitigen physischen Anwesenheit der beiden Vertragsparteien. In diesem Rahmen wurde zumindest der Antrag von Seiten der M (§ 164 Abs. 1 BGB) abgegeben, § 145 BGB. Damit kommt ein Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1 S. 1 BGB nicht in Betracht.

bb) Haustürgeschäft

Ein Widerrufsrecht könnte sich aber aus § 312 Abs. 1 BGB ergeben.²⁷ Dies setzt voraus, dass es sich um einen Verbrauchervertrag handelt (vgl. § 310 Abs. 3 BGB), der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat und zu dessen Abschluss der Verbraucher durch eine der in § 312 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-3 BGB genannten Haustürsituationen bestimmt worden ist;²⁸ ferner darf das Widerrufsrecht auch nicht gemäß § 312 Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein.²⁹

(1) Verbrauchervertrag

Ein Verbrauchervertrag gemäß § 310 Abs. 3 BGB liegt vor, wenn B als Verbraucher (§ 13 BGB) und M als Unternehmer (§ 14 BGB) handelte. B schloss den Vertrag zu einem Zwecke, der weder seiner gewerblichen noch seiner selbständigen beruflichen Tätigkeit zuzuordnen ist; denn er handelte in freundschaftlicher Verbundenheit, ohne in das von G avisierte gewerbliche Immobiliengeschäft involviert zu sein. Möglicherweise ergibt sich jedoch etwas anderes aus dem Umstand, dass B einen gewerblichen Kredit des G absichern sollte; da G die Immobilie gewerblich zu nutzen beabsichtigte, ist jedenfalls der darauf bezogene Kredit auch als gewerblicher Kredit zu qualifizieren.³⁰

Die ältere BGH-Rspr. ging teilweise von der Maßgeblichkeit des abgesicherten Kreditgeschäfts aus. Soweit ein gewerblicher Kredit abgesichert wurde, war demnach eine Anwendung des § 312 BGB auch auf den Sicherungsgeber ausgeschlossen.³¹ Der EuGH stellte in Auslegung der Richtlinie 85/577/EWG³² anschließend den Grundsatz der Gesamtbetrach-

¹⁸ Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, 8. Aufl. 2012, Rn. 1154.

¹⁹ Vgl. zum Ganzen *Braun/Schultheiß*, *JuS* 2013, 973 (976).

²⁰ Dazu *Schulze*, in: *Nomos Handkommentar zum BGB*, 7. Aufl. 2012, § 242 Rn. 34.

²¹ BGH NJW 1997, 1004.

²² *Grüneberg* (Fn. 8), § 355 Rn. 7. Künftig ist die Textform allerdings nicht mehr erforderlich, vgl. § 355 Abs. 1 S. 2 BGB n.F. („Erklärung gegenüber dem Unternehmer“). Auch § 126b BGB wird völlig neu gefasst.

²³ Das Privileg der „unendlichen“ Widerrufsfrist entfällt künftig: Es gilt dann eine einheitliche Maximalfrist von zwölf Monaten (§ 355 Abs. 3 S. 2 BGB n. F.).

²⁴ Diese sachliche Beschränkung des Anwendungsbereichs entfällt künftig (vgl. § 312c Abs. 1 BGB n.F.).

²⁵ EuGH NJW 1998, 1295 (1295).

²⁶ Künftig: § 312c Abs. 2 BGB.

²⁷ § 312b BGB n.F. verwendet die Bezeichnung „außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag“.

²⁸ Künftig: § 312b Abs. 1 BGB.

²⁹ Die Ausschlussstatbestände finden sich künftig zentral in § 312 Abs. 2 BGB.

³⁰ Vgl. zur Maßgeblichkeit des Verwendungszweckes *Weidenkaff*, in: *Palandt, Kommentar zum BGB*, 73. Aufl. 2014, § 491 Rn. 5.

³¹ BGH NJW 1998, 2356; kritisch dazu *Medicus*, *JuS* 1999, 833 (836).

³² *ABl. EWG* 1985 Nr. L 372.

tung auf: Sowohl Kreditnehmer als auch Sicherungsgeber mussten demnach als Verbraucher gehandelt haben, um die Verbraucherschützenden Normen auf den Sicherungsgeber anwenden zu können.³³

Allerdings standen diese Auffassungen schon seinerzeit im Widerspruch zum Telos der nationalen Regelung in § 312 BGB.³⁴ Demnach soll der Verbraucher vor der Gefahr geschützt werden, bei der Anbahnung eines Vertrages in einer ungewöhnlichen räumlichen Situation überrumpelt und zu einem unüberlegten Geschäftsabschluss veranlasst zu werden.³⁵ Diese Gefahr besteht jedoch völlig unabhängig davon, ob die gesicherte Forderung aus einem Verbraucherdarlehen oder aus einem gewerblichen Kredit resultiert. Die Anwendung des § 312 BGB kann daher nicht davon abhängen, welcher Qualität die gesicherte Forderung ist. Seither nimmt der BGH eine Einzelbetrachtung vor: Entscheidend ist demnach allein, dass der Interzessionsvertrag (also etwa die Bürgschaft) selbst als Verbrauchervertrag qualifiziert werden kann.³⁶ Auf Basis dieser Rspr. liegt daher ein Verbrauchervertrag vor.

M handelte als Unternehmer, da ein Kreditinstitut gewerblich Kredite vergibt (vgl. auch § 1 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 2 KWG). Dass sie sich von einem – womöglich seinerseits als Verbraucher agierenden – Mitarbeiter vertreten ließ, ist nicht ausschlaggebend, da sie selbst durch die Vertretung berechtigt und verpflichtet wird (§ 164 Abs. 1 BGB).

Damit handelt es sich um einen Verbrauchervertrag.

(2) Entgeltliche Leistung

Fraglich ist, ob die getroffene Sicherungsabrede eine entgeltliche Leistung im Sinne des § 312 Abs. 1 S. 1 BGB darstellt. Darunter fallen insbesondere gegenseitige Verträge, in denen sich der Unternehmer zur Erbringung einer Warenlieferung oder Dienstleistung gegen ein vom Verbraucher zu zahlendes Entgelt verpflichtet. Dies sieht auch Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 85/577/EWG vor; demnach erfasst die Richtlinie Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden. Freilich ist der Sicherungsvertrag lediglich die obligatorische Basis für die Grundschuldbestellung und ein einseitig verpflichtender bzw. allenfalls unvollkommen zweiseitig verpflichtender³⁷ (= kein Gegenseitigkeitsverhältnis) Vertrag; auf die Erbringung einer Warenlieferung oder Dienstleistung ist der Sicherungsvertrag ebenfalls nicht gerichtet. In der älteren BGH-Rspr. wurde die Anwendbarkeit des § 312 BGB daher verneint,³⁸ bis der EuGH diese Rechtsfrage verbindlich zugunsten der Anwendbarkeit des § 312 BGB ent-

schied.³⁹ Seither ist der Begriff des Vertrages, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat, extensiv auszulegen.⁴⁰ Denkbar sind zweierlei Ansatzpunkte, um die Anwendbarkeit des § 312 BGB dogmatisch zu begründen:

Als Leistung der M an den B kann hier die im Interesse des G liegende Darlehensgewährung angesehen werden, die B durch die Sicherungsübernahme letztlich auch erreichen will.⁴¹ Denn insoweit genügt es, dass der Sicherungsgeber die Verpflichtung zur Grundschuldbestellung in der dem Vertragspartner erkennbaren Erwartung übernimmt, einem Dritten werde dadurch irgendein Vorteil erwachsen.⁴²

Zum anderen kann auch eine schutzzweckorientierte Argumentation in Kombination mit einem *argumentum a maiore ad minus* verfolgt werden, die ebenfalls zur Anwendbarkeit des § 312 BGB gelangt. Demnach ist ein Verbraucher mit Blick auf das Telos des § 312 BGB *erst recht* schutzbedürftig, wenn er schon keine Gegenleistung für seine Verpflichtung erhält.⁴³

Damit liegt auch eine entgeltliche Leistung im Sinne des § 312 Abs. 1 S. 1 BGB vor.

(3) Haustürsituation, Kausalität

Eine Haustürsituation könnte sich aus § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 BGB ergeben.⁴⁴ Dadurch, dass ein Mitarbeiter der M den B in dessen Privatwohnung mit dem Ziel eines Vertragsschlusses („werbend“) ansprach, kam es zu mündlichen Verhandlungen im Sinne der Nr. 1.

Des Weiteren muss diese Haustürsituation für die Abgabe der Willenserklärung kausal gewesen sein; dabei ist keine Monokausalität erforderlich, sondern es genügt auch eine Mitursächlichkeit.⁴⁵ Das Erfordernis einer Kausalität ergibt sich aus der Formulierung des § 312 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach der Verbraucher *durch* die jeweilige Situation zum Abschluss *bestimmt* worden sein muss. An der Kausalität fehlt es, wenn die durch die Tatbestände in Nrn. 1-3 typisierte Überrumpelungssituation aus besonderen Gründen nicht gegeben war.⁴⁶

Gegen eine Überrumpelungssituation und damit auch gegen Kausalität könnte hier sprechen, dass B im Rahmen des vorangegangenen Telefonats bereits damit konfrontiert wurde, dass es um „Finanzierungsoptionen Immobiliarkredit“ gehe, die dann auch Inhalt des avisierten Gesprächs mit einem Mitarbeiter der M werden sollten. Immerhin musste dem B bewusst sein, dass es bei dem Gespräch darum gehen würde,

³³ EuGH NJW 1998, 1295 (1296).

³⁴ Dieser wurde vom nationalen Gesetzgeber überschießend geregelt, was aber aufgrund der Mindestharmonisierungsvorgabe möglich war.

³⁵ BGH NJW 2004, 1376; BGH NJW 2006, 845 (846) m. Bespr. *Bülow*, LMK 2006, 171869.

³⁶ BGH NJW 2006, 845 m. Bespr. *Bülow*, LMK 2006, 171869.

³⁷ Dazu *Plate*, Das gesamte examensrelevante Zivilrecht, 2. Aufl. 2005, S. 183.

³⁸ So BGH NJW 1991, 975; a.A. aber BGH NJW 1993, 1594.

³⁹ EuGH NJW 1998, 1295 – die sog. Dietzinger-Entscheidung ist insoweit grundlegend für die Bürgschaft.

⁴⁰ OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2008, 25112.

⁴¹ So etwa BGH NJW 1996, 55 (56); BGH NJW 2006, 845 m. Bespr. *Bülow*, LMK 2006, 171869.

⁴² OLG Naumburg BKR 2009, 124 (125); *Brehm/Berger* (Fn. 7), § 18 Rn. 26.

⁴³ Ähnlich EuGH NJW 1998, 1295.

⁴⁴ Künftig: § 312b Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB.

⁴⁵ BGH NJW 2007, 1947; BGH NJW 2010, 2868.

⁴⁶ Der Tatbestand des § 312b BGB n.F. ist insofern wesentlich offener formuliert und enthält keine dahingehende Einschränkung mehr. Allerdings ändert sich hieran nichts an den folgenden teleologischen Erwägungen.

über entsprechende Vermögensdispositionen des B verhandeln, da eine andere Absicht der M in diesem Kontext kaum plausibel war; dass die Vermögensdispositionen hier nicht näher konkretisiert waren, spricht nicht a priori gegen eine entsprechende Erwartungshaltung des B.⁴⁷ Dies könnte dazu führen, dass er im Moment des eigentlichen Gesprächs nicht mehr überrumpelt wurde.

Andererseits wurde dem B gerade nicht mitgeteilt, dass es um die Sicherungsübernahme zugunsten des G und dessen Finanzierungsprobleme gehen sollte. Ferner hätte Inhalt des Gesprächs auch eine allein den B und dessen Rechtsbeziehung zu M betreffende Frage sein können, da die M auch die Hausbank des B ist. Insofern hätte eine gewisse Konkretisierung der Informationen erfolgen müssen, um eine Überrumpelung auszuschließen.⁴⁸ Die Vagheit der Ankündigung, es werde ein Gespräch über „Finanzierungsoptionen Immobilienkredit“ stattfinden, war daher nicht geeignet, die Überrumpelung des B auszuschließen.⁴⁹

(4) Kein Ausschluss

Das Widerrufsrecht könnte gemäß § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB ausgeschlossen sein.⁵⁰ Dann müsste die mündliche Verhandlung im Sinne des § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sein. Von einer Bestellung ist auszugehen, wenn der Verbraucher den Unternehmer zu Vertragsverhandlungen in seine Wohnung einlädt.⁵¹ B hat den Mitarbeiter der M auf eigene Initiative in seine Privatwohnung eingeladen. Das spricht formal für eine Bestellung im Sinne des § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB.

Allerdings ist daneben erforderlich, dass die Anfrage des Verbrauchers einen hinreichend konkreten Inhalt aufweist, weil es nur in diesem Falle nicht zu einer Überrumpelung oder anderen unlauteren Beeinflussung seiner Willensbildung kommen kann.⁵² Insofern kann auf die bereits oben angestellten Überlegungen zur fehlenden Konkretisierung zurückgegriffen und eine vorherige Bestellung verneint werden.

Überdies könnte die M die von B ausgesprochene Einladung provoziert haben, indem sie diesen unvermittelt anrief, um entsprechende Gespräche vorzuschlagen. Eine *provozierte Bestellung* ist nach dem Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung in § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB unbeachtlich und führt nicht zum Ausschluss des Widerrufsrechts.⁵³ Der Ausschlussstatbestand legitimiert sich aus der Überlegung, dass ein Verbraucher, der das Gespräch in seiner Wohnung eigenständig initi-

iert, nicht mehr vor der situativen Überrumpelungsgefahr geschützt werden muss. Von einer Provokation ist in der Regel auszugehen, wenn der Verbraucher durch einen nicht von ihm veranlassten Telefonanruf dazu bewegt wird, den Wunsch nach einem Hausbesuch auszusprechen.⁵⁴ Lediglich ein autonomer Willensentschluss rechtfertigt es, dem Verbraucher sein Widerrufsrecht zu entziehen. Ein Mitarbeiter der M rief den B für diesen völlig unerwartet an. Er sah sich durch das am Telefon geführte Gespräch dazu veranlasst, eine Einladung an den Mitarbeiter auszusprechen. Damit liegt die Situation einer provozierten Bestellung vor.

Der Ausschlussgrund des § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB greift daher nicht.

(5) Zwischenergebnis

Die Sicherungsvereinbarung wurde damit wirksam widerrufen.

d) Ergebnis zu Frage 1

Der Anspruch aus § 1147 BGB ist damit wegen § 242 BGB nicht durchsetzbar.

M hat keinen Anspruch aus § 1147 i.V.m. § 1192 Abs. 1 BGB gegen B.

II. Ansprüche der F gegen M

1. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (*condictio indebiti*)⁵⁵

Ein Anspruch der F gegen M auf Rückzahlung des auf die Bürgschaftsverpflichtung geleisteten Geldbetrages könnte sich aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ergeben. M hat die Zahlung des Bürgschaftsbetrages durch Leistung der F erlangt. Fraglich ist jedoch, ob diese Leistung rechtsgrundlos erfolgte. Rechtsgrund der Leistung des Bürgen ist der Bürgschaftsvertrag.

Der Rechtsgrund könnte bereits deshalb fehlen, weil die Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung gemäß §§ 125 S. 1, 126 Abs. 1, 766 S. 1 BGB formnichtig war. Denn zweifellos liegt in der telefonischen Zusage keine schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung im Sinne des § 766 S. 1 BGB. Allerdings ist dieser Mangel durch die Zahlung der Bürgin gemäß § 766 S. 3 BGB geheilt worden. Dadurch besteht in Gestalt des wirksamen Bürgschaftsvertrages auch ein Rechtsgrund, da alles andere dem Sinn der Heilung zuwiderliefe.

Ein möglicher Widerruf hat indes nicht dazu geführt, dass der Rechtsgrund nunmehr fehlt, sondern auch dieses Schuldverhältnis lediglich in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt.⁵⁶

⁴⁷ In diesem Sinne OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2008, 25112.

⁴⁸ Vgl. auch OLG Hamm BeckRS 2013, 05225.

⁴⁹ BGH NJW 1996, 55.

⁵⁰ Die Ausschlussstatbestände finden sich künftig zentral in § 312 Abs. 2 BGB. Der Ausschlussgrund der vorhergehenden Bestellung beschränkt sich dann auf Reiseleistungen nach § 651a BGB (vgl. § 312 Abs. 2 Nr. 4 lit. b) BGB n. F.).

⁵¹ Grüneberg (Fn. 8), § 312 Rn. 24 m.w.N.

⁵² BGH NJW 2008, 3423 (3424); OLG Hamm BeckRS 2013, 05225.

⁵³ OLG Hamm BeckRS 2013, 05225; vgl. auch Masuch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 312 Rn. 114.

⁵⁴ BGHZ 109, 127 = NJW 1990, 181.

⁵⁵ Dieser Anspruch kann zur Wahrung des bekannten Anspruchsaufbaus auch inzident unter dem nächsten Gliederungspunkt geprüft werden.

⁵⁶ Anders aber, wenn der Widerruf bereits vor der Zahlung erklärt worden ist: Dann fehlt bereits im Moment der Zahlung der Rechtsgrund; eine Leistung fiel dann nicht in das Rückgewährschuldverhältnis.

2. Anspruch aus §§ 346 Abs. 1, 357 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein Anspruch könnte sich aus §§ 346 Abs. 1, 357 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben. Im Unterschied zu oben ist bei der Bürgschaft diese selbst Gegenstand des Widerrufs. Denn nach der h.M. zerfällt die Bürgschaft – anders als Grundschuld oder Hypothek – nicht in ein obligatorisches Kausalgeschäft (Sicherungsabrede) und einen dinglichen Rechtsakt (Bestellung der Sicherheit). Vielmehr handelt es sich bei sämtlichen Personalsicherheiten wie dem Bürgschaftsvertrag um kausale Verbindlichkeiten, die ihren Rechtsgrund in sich selbst tragen.⁵⁷ Der Abschluss eines Sicherungsvertrages ist zwar zulässig, um eine Verpflichtung zur Stellung von Sicherheiten zu begründen; er bildet aber nach der Rspr. des BGH weder den Behaltensgrund im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB noch beeinflusst sein Widerruf die Rechtsinhaberschaft des Sicherungsgebers.

Ein wirksamer Widerruf setzt wiederum eine form- und fristgemäße Widerrufserklärung und einen Widerrufsgrund voraus. F hat den Widerruf erklärt. Es ist mangels entgegengesetzter Anhaltspunkte davon auszugehen, dass dies auch formgerecht geschah. Auch insoweit lief mangels Belehrung keine Frist (§ 355 Abs. 4 S. 3 BGB).

Ein Widerrufsrecht könnte aus § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 BGB resultieren. Dann müsste es sich bei der Bürgschaft um einen entgeltlichen Vertrag im Sinne des § 312 Abs. 1 BGB handeln. Auch dies ist mit einem a fortiori-Schluss zu bejahen (siehe I. 3. c) bb) (2).⁵⁸ Daneben handelte es sich auch insoweit um ein Verbrauchergeschäft, da nicht ersichtlich ist, inwieweit F hier unter den Bedingungen des § 14 BGB gehandelt haben soll und der gewerbliche Kredit nicht maßgeblich ist. Fraglich ist allerdings, ob die Haustürsituation für den Vertragsschluss ursächlich gewesen ist (vgl. § 312 Abs. 1 S. 1 BGB a.E.: „bestimmt worden ist“). Dagegen könnte sprechen, dass F drei Tage über das Geschäft nachgedacht hat. Andererseits ist jedoch anzunehmen, dass der Vertrag ohne die Ansprache am Arbeitsplatz der F nicht zustande gekommen wäre. Ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen den Vertragsverhandlungen und der Abgabe der entsprechenden Vertragserklärungen ist nicht im Sinne eines Tatbestandsmerkmals erforderlich; aus seinem Vorliegen folgt lediglich eine Indizwirkung.⁵⁹ Dabei wird bei einer Entscheidung binnen einer Frist von drei Tagen noch von einem solchen engen zeitlichen Zusammenhang die Rede sein können,⁶⁰ so dass die Indizwirkung gegeben ist. Ein Rückgewähranspruch folgt damit aus §§ 346 Abs. 1, 357 Abs. 1 S. 1 BGB.

Auch die übrigen Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB sind erfüllt. Damit bestand auch ein Widerrufsrecht.

⁵⁷ St. Rspr.: BGH NJW 2005, 1576; BGH NJW 2008, 3208; *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 765 Rn. 2 f.

⁵⁸ EuGH NJW 1998, 1295.

⁵⁹ BGH NJW 2009, 431 m. Bespr. *K. Schmidt*, JuS 2009, 383; *Grüneberg* (Fn. 8), § 312 Rn. 13 m.w.N.

⁶⁰ A.A. vertretbar. Vgl. auch OLG Hamm BeckRS 2013, 05225: Ursächlichkeit wird hier auch nach fünf Verhandlungsgesprächen bejaht.

3. Ergebnis zu Frage 2

Der Anspruch auf Rückzahlung besteht.

Lösungsvorschlag für die Abwandlung

Da eine Berufung infolge der Rechtskraft des Urteils nicht mehr möglich ist (§§ 517, 531 Abs. 2 ZPO), kommt nur eine Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO in Betracht⁶¹. Hierbei handelt es sich um eine prozessuale Gestaltungsklage, die die Vollstreckbarkeit des Titels beseitigt.⁶²

Die Klage ist begründet, wenn dem B eine Einwendung im Sinne des § 767 Abs. 1 ZPO gegen den Anspruch der M aus § 1147 BGB zusteht.⁶³ Dabei kommen entgegen der hergebrachten Terminologie nicht nur materiell-rechtliche Einwendungen in Betracht, sondern auch rechtshemmende Einreden.⁶⁴ Der Widerruf könnte eine Einwendung im Sinne des § 767 Abs. 1 ZPO darstellen. Allerdings kann hierbei nicht auf die altbekannte Wirkung des Widerrufs als materiell-rechtliche Einwendung gegenüber dem Anspruch abgestellt werden, da dieser selbst den Anspruch aus § 1147 BGB wie gezeigt (siehe oben I. 3.) gerade nicht zu Fall bringt. Vielmehr kann durch diesen nur die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung begründet werden.

Fraglich ist damit, ob ein Widerrufsrecht bestand und B sich hierauf berufen kann.

I. Widerrufsrecht

Das Widerrufsrecht ergibt sich aus §§ 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Alt. 2, 355 Abs. 1 BGB (siehe dazu I. 3. c) bb). Dieses besteht mangels Belehrung zeitlich unbefristet (§ 355 Abs. 4 S. 2 BGB). Die Bindungswirkung des rechtskräftigen Urteils hindert B nicht daran, den Widerruf in einem anderen Prozess auszuüben, da gemäß § 322 Abs. 1 ZPO lediglich die ausgesprochene Rechtsfolge, nicht aber die sie tragenden Gründe in Rechtskraft erwachsen.⁶⁵

II. Präklusion

Möglicherweise ist B jedoch mit seinem Vorbringen gemäß § 767 Abs. 2 ZPO materiell präkludiert. Dies ist der Fall, wenn die geltend gemachte Einrede bereits vor Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung entstanden ist, in welcher sie spätestens hätte geltend gemacht werden können.

⁶¹ Zum Verhältnis der Berufung zu § 767 ZPO vgl. *Kruse/Schäfers*, JuS 2013, 896.

⁶² *Kliebisch*, JuS 2013, 316 (317).

⁶³ Vgl. dazu ausführlich *Kliebisch*, JuS 2013, 316 (317 f.); ausführlich zu § 767 ZPO *Heiderhoff/Skamel*, Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl. 2013, § 5.

⁶⁴ *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2013, § 767 Rn. 20, der allerdings den ungebräuchlichen Begriff der rechtshemmenden Einwendung verwendet; zu den Unterschieden der prozessualen und materiell-rechtlichen Terminologie siehe *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 92 ff.

⁶⁵ Vgl. BGH NJW 1996, 57 (58) m. Bespr. *K. Schmidt*, JuS 1996, 460.

Die Einrede resultiert aus der Umwandlung der Sicherungsabrede in ein Rückgewährschuldverhältnis. Das heißt, dass sie formaliter erst nach der mündlichen Verhandlung entstanden ist, da zuvor kein Rückgewährschuldverhältnis bestand. Möglicherweise ist jedoch darauf abzustellen, dass jedenfalls die der Einrede zugrunde liegende „Gestaltungslage“ bereits im nach § 767 Abs. 2 ZPO maßgeblichen Zeitpunkt gegeben war. Dann würde es auf die Streitfrage ankommen, wann Gestaltungsrechte im Sinne des § 767 Abs. 2 ZPO entstanden sind. Entscheidend für den Ausschluss einer Einwendung nach § 767 Abs. 2 ZPO ist nach st. Rspr. des BGH, ob sie zum Schluss der mündlichen Verhandlung objektiv hätte erhoben werden können,⁶⁶ bei Gestaltungsrechten ist die kenntnisunabhängige Möglichkeit der Ausübung ausreichend. Daran fehlt es allerdings, wenn materiell-rechtliche Voraussetzungen der Einwendung zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorgelegen haben. Zur Zeit der mündlichen Verhandlung ist noch kein Widerruf erfolgt, so dass diese Voraussetzungen noch nicht vorlagen.

Etwas anderes könnte sich jedoch aus dem Umstand ergeben, dass es dem B zu dieser Zeit jedenfalls möglich war, die materiell-rechtlichen Voraussetzungen dieser Einwendung zu schaffen. Allerdings soll es für eine Präklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO gerade nicht genügen, dass der Schuldner die Voraussetzungen für eine Einwendung bloß hätte schaffen können, und zwar ungeachtet der Frage, ob dies mit geringem Aufwand möglich gewesen wäre.⁶⁷

Freilich führt dieses Verständnis gerade in der vorliegenden Konstellation zu einem Wertungswiderspruch: Während bei der abstrakten Grundschuld der „Umweg“ über den *dolo agit*-Einwand gegangen werden muss, hätte ein Widerruf der Bürgschaft diese selbst zum Erlöschen gebracht (siehe II. 2.). Folglich wäre bei der Bürgschaft auch in bekannter Weise auf die objektiv bestehende Gestaltungslage abzustellen und eine denkbare Einwendung der F als präkludiert anzusehen. Ferner geht es auch mit Blick auf B materiell letztlich allein um die Wirkungen des Widerrufs, der ohne das Hinzutreten weiterer Umstände die Ausübung der Rechte aus der Grundschuld verhindert. Demnach ist grundsätzlich auf das Bestehen der Gestaltungslage bereits im nach § 767 Abs. 2 ZPO maßgeblichen Zeitpunkt abzustellen.

Fraglich ist aber, ob deshalb etwas anderes gilt, weil das Widerrufsrecht auf der Umsetzung von Unionsecht basiert. Erforderlich ist eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts (§ 767 Abs. 2 ZPO) dahin, dass die zwingenden Fristen des § 355 BGB dem Verbraucher erhalten bleiben. Bei einer restriktiven Handhabung des § 767 Abs. 2 ZPO wäre die volle Wirksamkeit des Unionsrechts (*effet utile*) hingegen nicht mehr gewährleistet. Denn der Verbraucher ist dann unter Umständen gezwungen, das Widerrufsrecht ungeachtet der zu seinen Gunsten bestehenden Fristen aus § 355

Abs. 2 S. 3, Abs. 4 S. 3 BGB vorzeitig auszuüben.⁶⁸ Dies würde dazu führen, dass der Unternehmer durch eine frühzeitige Klageerhebung über die zwingenden Fristen disponiert. Legt man § 767 Abs. 2 ZPO richtlinienkonform aus, muss das Widerrufsrecht der §§ 312 ff. BGB von der Präklusion ausgenommen werden.⁶⁹

III. Ergebnis

B kann die Zwangsvollstreckung durch Ausübung des Widerrufsrechts und die anschließende Erhebung der Einrede noch abwenden.

⁶⁶ Zuletzt BGH NJW-RR 2010, 1598; BGH NJW 2005, 2926 m. Bespr. K. Schmidt, JuS 2005, 1129.

⁶⁷ BGH NJW 2005, 2926 m. Bespr. K. Schmidt, JuS 2005, 1129; BGH NJW-RR 2010, 1598.

⁶⁸ Ebenso Petersen, Examens-Repetitorium Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl. 2009, Rn. 199.

⁶⁹ Vgl. dazu im Einzelnen Schultheiß, ZJS 2013, 67 (72 ff.) m.w.N.