

Fortgeschrittenenklausur: Alles oder nichts

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

Sachverhalt

Die in der Nahrungsmittelfabrikation aktive Wurst-GmbH (W) benötigt einen Kredit für anstehende Investitionen größeren Umfangs. Aus diesem Grund wendet sich ihr Alleingeschäftsführer H an die Mammon-Bank (M) und ersucht diese um ein Darlehen in Höhe von € 3,5 Mio. M ist gegen Stellung entsprechender Sicherheiten bereit, ein solches Darlehen zu gewähren. Das Darlehen soll eine Laufzeit von zwei Jahren ab Valutierung haben.

Als Bürgin bietet H die Brot&mehr-GmbH (B) für den vollen Darlehensbetrag an, mit deren Solvenz die M auch einverstanden ist. Das an die B übersandte und ansonsten unausgefüllte Standard-Formular der M enthält in Ziffer 1 den Hinweis, dass es sich um eine auf € 3,5 Mio bezogene, selbstschuldnerische „Höchstbetragsbürgschaft“ handelt. In einer weiteren Ziffer des Formulars heißt es zudem, dass die Bürgschaft „zusätzlich Zinsen, Provisionen und Kosten, die aus den verbürgten Ansprüchen oder durch deren Geltendmachung entstehen, umfasst, und zwar auch dann, wenn dadurch der Höchstbetrag überschritten wird“. Es findet sich ein hervorgehobener und deutlich sichtbarer Hinweis auf diese Ziffer im Formular. Der Geschäftsführer der B sendet der M daraufhin ein entsprechend ausgefülltes Telefax, das einer ihrer Mitarbeiter zu den Kreditakten nimmt.

M fordert aber noch weitere Sicherheiten von W. H schlägt daher vor, eine Grundschuld in Höhe von € 35 Mio. zugunsten der M an dem im Eigentum der Fußball-AG (F) stehenden Fußballplatz bestellen zu lassen. Der Vorstand der F schließt die entsprechenden Verträge und die Grundschuld wird als Buchgrundschuld in Höhe der Darlehenssumme bestellt. Das Grundstück hatte zu dieser Zeit einen Verkehrswert von € 1 Mio.

Einige Zeit nachdem die M das Darlehen im August 2012 valutiert hat, ist sie gezwungen, die Grundschuld zur Bereinigung eigener Finanzierungsprobleme sicherungshalber an die Imperial-Bank (I) zu übertragen. Dabei war den Parteien von vornherein klar, dass es sich nur um eine vorübergehende Angelegenheit handeln solle. So wird die Grundschuld auch kurze Zeit später wieder an die M zurückübertragen.

Bereits im Sommer 2013 laufen die Geschäfte der W zunehmend schlechter, da der „Veggie-Day“ große Resonanz findet. Nachdem sich die schlechte wirtschaftliche Lage der W auch für die M erkennbar abzeichnet, kündigt sie das Darlehen gegenüber W. Schließlich wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen der W eröffnet. Nach Abschluss des Insolvenzverfahrens wird die W aufgelöst und aus dem Handelsregister gelöscht. M wendet sich daher am 11.4.2014 an B und verlangt Zahlung von dieser in Höhe von € 3,5 Mio. zuzüglich entstandener Zinsen und Kosten in Höhe von € 500.000,-.

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

Frage

Bestehen die Ansprüche von M gegen die B?

Bearbeitungsvermerk

Die Fragen sind gutachterlich zu beantworten. Insolvenzzrechtliche Normen sind nicht zu prüfen.

Lösungshinweise

M könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung von € 4Mio. aus §§ 765, 488 Abs. 1 S. 2 BGB haben.

I. Anspruch entstanden

1. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

Dies setzt voraus, dass M und B einen wirksamen Bürgschaftsvertrag geschlossen haben.

a) Antrag und Annahme

Ein Bürgschaftsvertrag setzt als zweiseitiges Rechtsgeschäft zwei korrespondierende Willenserklärungen voraus, Antrag und Annahme (§§ 145, 147 BGB).¹ Es ist in Ermangelung gegenteiliger Angaben davon auszugehen, dass sowohl M als auch B (vgl. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG) ordnungsgemäß vertreten waren, §§ 164 ff. BGB. Durch die Übermittlung des Formulars der M an B wurde noch kein Antrag, sondern lediglich eine *invitatio ad offerendum* abgegeben, da das Formular noch unausgefüllt war und die *essentialia negotii* des Bürgschaftsvertrages (Hauptforderung, Hauptschuldner, Gläubiger) noch nicht enthielt.² Allerdings ist davon auszugehen, dass B durch die Absendung des Bürgschaftsformulars einen entsprechenden Antrag gegenüber der M abgegeben hat. Dieses hat M, vertreten durch den Sachbearbeiter gemäß § 164 Abs. 1, 3 BGB, auch angenommen. Die Abgabe sowie der Zugang dieser Annahmeerklärung war gemäß § 151 S. 1 Alt. 1 BGB entbehrlich, da es bei rechtlich vorteilhaften Erklärungen wie Interzessionen (hier: Gewinn eines weiteren Schuldners) nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist.³

b) Form

Fraglich ist aber, ob dieser Vertrag der Form des § 766 S. 1 BGB entspricht oder die rechtshindernde Einwendung gemäß § 125 S. 1 BGB einem Anspruch entgegensteht. Demnach muss die Erklärung des Bürgen schriftlich erteilt werden. Eine Bürgschaft per Telefax mag zwar das Schriftformerfor-

¹ Terminologie: Es handelt sich zwar um einen einseitig verpflichtenden Vertrag, aber dennoch um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, vgl. zu den Arten vertraglicher Schuldverhältnisse *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 20. Aufl. 2012, Rn. 114. Zur Abgrenzung der Bürgschaft von Garantie und Schuldbeitritt vgl. *Artz/Ludwigkeit*, ZJS 2014, 514 (514).

² Vgl. *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2010, Rn. 358.

³ Vgl. *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Aufl. 2014, § 151 Rn. 4.

dernis erfüllen, da in das Faxgerät schließlich eine unterschriebene Urkunde im Sinne des § 126 BGB eingelegt wird.⁴ Indes fehlt es insofern an der Erteilung der Bürgschaftserklärung, da darunter die willentliche Entäußerung der Originalurkunde in Richtung des Gläubigers dergestalt zu verstehen ist, dass jener die Verfügungsmacht mindestens vorübergehend erlangt.⁵ Bei dem Telefax handelt es sich aber letztlich um eine bloße Kopie dieser Originalurkunde, so dass das Formerfordernis des § 766 S. 1 BGB nicht erfüllt ist.

Allerdings könnte vorliegend die Ausnahme von dem Formerfordernis in § 350 HGB greifen. Demnach ist auf eine Bürgschaft die Norm des § 766 S. 1, S. 2 BGB nicht anzuwenden, wenn diese aufseiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist.⁶ Nach dem klaren Wortlaut des § 350 HGB sind davon sowohl die Schriftform als solche als auch die Erteilung als besonderer Bestandteil der Form erfasst.⁷ Ein Handelsgeschäft ist ein Geschäft eines Kaufmanns, das zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört, § 343 Abs. 1 HGB. Abzugrenzen sind solche Handelsgeschäfte grundsätzlich von den Privatgeschäften eines Kaufmanns, der im Rahmen seiner privaten Tätigkeit wiederum als schutzbedürftig angesehen wird. Es ist nicht ersichtlich, ob das Geschäft zum Betrieb des Handelsgewerbes der B gehörte. Zugunsten eines Handelsgeschäfts spricht allerdings zum einen die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB; diese ist hier nicht widerlegt (vgl. § 292 ZPO). Bei der GmbH handelt es sich um einen Kaufmann kraft Rechtsform, §§ 6 Abs. 1 S. 1 HGB, 13 Abs. 3 GmbHG. Handelsgesellschaften können im Rahmen ihrer Tätigkeit im Rechtsverkehr aber ohnehin nur Handelsgeschäfte abschließen,⁸ so dass es auch auf die Vermutung des § 344 HGB nicht ankommt.

Folglich bestand wegen § 350 HGB keine Formbedürftigkeit nach § 766 S. 1 BGB.⁹

c) Vereinbarter Anspruchsumfang

Fraglich ist, ob überhaupt ein Anspruch i.H.v. € 4 Mio. vereinbart wurde. Grundsätzlich orientiert sich der Umfang der Bürgenhaftung aufgrund der Akzessorietät der Bürgschaft am jeweiligen Umfang der Hauptverbindlichkeit (§§ 765 Abs. 1, 767 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Parteien können allerdings eine abweichende Regelung dergestalt treffen, dass sich der Umfang der Bürgenschuld nach einem in der Höhe gedeckelten

Betrag richtet (sog. Höchstbetragsbürgschaft). Die Hauptverbindlichkeit ist dann nur bis zum Erreichen des vereinbarten Höchstbetrages maßgeblich für den Umfang der Bürgenhaftung, während es bei einer Tilgung beim Grundsatz der Akzessorietät bleibt; hierin liegt eine partielle Abbedingung des dispositiven § 767 Abs. 1 S. 2 BGB.¹⁰

Im Bürgschaftsvertrag war vorgesehen, dass die Einstandspflicht der B auf € 3,5 Mio. begrenzt ist. Fraglich ist daher, ob B dennoch auch für den darüber hinausgehenden Betrag einstehen muss. Dies setzt voraus, dass eine solche Vereinbarung insbesondere mit Blick auf die §§ 305 ff. BGB wirksam ist.

aa) AGB-Qualität der Vereinbarung

Es handelt es sich nach den Angaben im Sachverhalt um ein „Standard-Formular“ der M, so dass davon auszugehen ist, dass dieses stets Verwendung findet (vgl. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB).¹¹ Zwar handelt es sich bei der B um einen Unternehmer qua Rechtsform (vgl. §§ 13, 14 BGB, wonach Verbraucher nur natürliche Personen sein können), so dass der Anwendungsbereich der AGB-Normen beschränkt ist, § 310 Abs. 1 S. 1 BGB. Allerdings sind durch § 310 Abs. 1 S. 1 BGB nur spezifische Vorschriften ausgenommen (§§ 308 f., 305 Abs. 2, Abs. 3 BGB), während eine AGB-Kontrolle im Übrigen möglich bleibt. Die Klausel stellt eine allgemeine Geschäftsbedingung nach § 305 Abs. 1 BGB dar.

bb) Überraschende Klausel nach § 305c Abs. 1 BGB

Es könnte sich um eine überraschende Klausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB handeln.¹² Eine überraschende Klausel liegt vor, wenn diese nach den Umständen, insbesondere wegen ihres Inhalts (sog. materielle Überraschung) oder wegen ihres äußeren Erscheinungsbildes (sog. formale Überraschung) so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner des Verwenders nicht mit ihr rechnen müssen.¹³

Ein Teil der Literatur vertritt die Auffassung, dass es sich bei einer derartigen Klausel in der Regel um eine materielle Überraschung im Sinne des § 305c BGB handelt. Enthält das Bürgschaftsformular die Bezeichnung „Höchstbetragsbürgschaft“, brauche der Bürge demnach nicht damit zu rechnen, dass er auch über den vereinbarten Höchstbetrag hinaus haftet.¹⁴

⁴ Siehe *Schmolke*, JuS 2009, 585 (586).

⁵ *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Aufl. 2014, § 766 Rn. 4.

⁶ Telos: Gewährleistung der Leichtigkeit des Handelsverkehrs wegen geringerer Schutzbedürftigkeit des Kaufmanns, der erfahren im Geschäftsverkehr auftritt, vgl. *K. Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 350 Rn. 1. Zu einer ähnlichen Fallgestaltung vgl. auch *Artz/Ludwigkeit*, ZJS 2014, 514 (515 f.).

⁷ *K. Schmidt* (Fn. 6), § 350 Rn. 18.

⁸ *Schade*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 259; *K. Schmidt* (Fn. 6), § 343 Rn. 13.

⁹ Zum Streit, ob § 350 HGB auch auf Gesellschafter Anwendung findet vgl. *Fezer*, Klausurenkurs im Handelsrecht, 6. Aufl. 2013, Rn. 334 ff.

¹⁰ BGH NJW 2013, 1534 m. Bespr. *Schultheiß*, VuR 2013, 219; vgl. zur Höchstbetragsbürgschaft im Allgemeinen *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, 8. Aufl. 2012, Rn. 952 und 1029.

¹¹ Vgl. zu den Voraussetzungen im Einzelnen *Lorenz/Gärtner*, JuS 2013, 199 (200).

¹² § 305c Abs. 1 BGB bleibt anwendbar, § 310 Abs. 1 S. 1 BGB.

¹³ BGHZ 101, 29 (33); vgl. dazu auch *Medicus* (Fn. 2), Rn. 416 f.

¹⁴ Für Fälle der Verbraucherbürgschaft *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 765 Rn. 111; *Roloff*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 305c Rn. 14.

Gegen die Annahme einer materiellen Überraschung spricht jedoch zum einen, dass die Verwendung derartiger Klauseln den Usancen der Vertragsgestaltung in der Bankwirtschaft entspricht;¹⁵ es handelt sich insofern nach den Umständen vielmehr um eine Klausel, die üblicherweise Verwendung findet. Zum anderen scheidet auch eine formale Überraschung im vorliegenden Fall deshalb aus, weil sich ein deutlich erkennbarer Hinweis und eine Hervorhebung im Formular fanden.¹⁶ Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Bürgen um einen Unternehmer handelt, der mit einer solchen Gestaltung eher rechnen muss als ein Verbraucher.¹⁷

cc) Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 1 S. 1 BGB

Die Klausel könnte gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 1 S. 1 BGB verstoßen.

Dies setzt voraus, dass das Kontrollregime sub specie § 307 Abs. 3 S. 1 BGB überhaupt eröffnet ist. Das ist wiederum der Fall, wenn von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Der Begriff der Rechtsvorschriften im Sinne des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB ist denkbar weit zu verstehen; darunter fallen nicht nur formelle und materielle Gesetze, sondern etwa auch das Richterrecht - etwa in Gestalt der st. Rspr. des BGH.¹⁸ Klauseln, die unmittelbar die Hauptleistung festlegen sind daher der Inhaltskontrolle entzogen (z.B. die konkret abgesicherte Hauptforderung).¹⁹ Dahingegen sind alle Abreden, die sich mittelbar auf die Hauptleistungspflichten auswirken, kontrollfähig.²⁰ Die Hauptleistung der B besteht vorliegend darin, die Haftung für die Hauptforderung bis zu einem Betrag von € 4 Mio. zu übernehmen. Durch die Vereinbarung, dass auch Nebenleistungen von der Bürgenhaftung umfasst werden sollen, wird eine Abrede getroffen, die sich mittelbar auf den Umfang der Hauptleistungspflichten auswirkt (sog. Nebenabrede).²¹ Folglich ist das Kontrollregime des § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB eröffnet.

Weite Teile der Literatur²² sowie die BGH-Rspr.²³ sehen in dieser Klausel einen Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 1 S. 1 BGB. Der Sinn und Zweck der Höchstbetragsbürgschaft ist schließlich darin zu sehen, das Haftungsrisiko des Bürgen summenmäßig endgültig festzulegen und zu

begrenzen.²⁴ Der Bürge soll sich im Rahmen seiner eigenen Kalkulation gerade darauf verlassen können, nicht für mehr einstehen zu müssen, als er bei Vertragsschluss erkennen kann. Der in dieser Begrenzung liegende vertragswesentliche Schutz des Bürgen wird durch eine Erweiterungsklausel, wie sie das von M verwendete Formular enthält, weitgehend beseitigt. Es kann eine den Höchstbetrag weit übersteigende Bürgenhaftung eintreten (z.B. durch Zinsen). Die Klausel begründet für den Bürgen ein unkalkulierbares Risiko, das nach dem Sinn und Zweck der Höchstbetragsbürgschaft gerade ausgeschaltet werden soll.²⁵

Möglicherweise folgt eine andere Beurteilung aber aus § 767 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB. Der Gesetzgeber sieht in § 767 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB eine Ausdehnung der Bürgenhaftung vor, wenn sich die Gläubigerforderung durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners erhöht (§ 767 Abs. 1 S. 2 BGB) bzw. wenn diesem Kosten durch Kündigung oder Rechtsverfolgung entstehen (§ 767 Abs. 2 BGB). Ist also eine Haftungserweiterung insofern durchaus als im Gesetz bereits angelegt anzusehen, kann darin im Grundsatz auch keine Unangemessenheit im Sinne des § 307 BGB liegen.

Dagegen spricht aber wiederum Folgendes: Die in § 765 BGB normierte Bürgschaft bezieht sich aber auf die Haftung für Verbindlichkeiten ohne summenmäßige Begrenzung. Die Höchstbetragsbürgschaft bildet davon gerade eine Ausnahme. Von der Idee einer unbegrenzten Bürgschaft ausgehend regelt § 767 BGB dann auch lediglich, welcher Stand der Hauptverbindlichkeit für die Bürgenhaftung maßgebend ist. Die Vereinbarung einer Höchstbetragsbürgschaft schränkt demgegenüber den im gesetzlichen Regelfall (§§ 767 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB) geltenden Haftungsumfang des Bürgen ein. Die Aufnahme eines Höchstbetrags in die Bürgschaftsurkunde ist daher grundsätzlich so zu verstehen, dass sie das Risiko der Verpflichtung in der Weise verringert – und zwar auch in Abweichung von § 767 Abs. 1 S. 2 BGB – dass der Bürge unter keinen Umständen für die Ansprüche des Gläubigers gegen den Hauptschuldner über den vereinbarten Höchstbetrag hinaus einzustehen hat.²⁶

Weitere Ansprüche des Gläubigers gegen den Bürgen entstehen dann allein dadurch, dass der Bürge selbst in Verzug gerät oder sonstige Pflichten aus dem Bürgschaftsvertrag verletzt (d.h. allein bei Leistungsstörungen auf Bürgenseite).²⁷ Das Kreditinstitut kann die eigenen Belange dadurch rechtzeitig wahren, dass es das Zins- und Kostenrisiko bei Festlegung des Höchstbetrags mit berücksichtigt.

dd) Zwischenergebnis

Die entsprechende Ziffer des Bürgschaftsvertrages ist damit unwirksam (bzw. nicht einbezogen, soweit man die Klausel für überraschend hält), soweit diese Bestimmung einen den

¹⁵ Dies einräumend auch *Roloff* (Fn. 14), § 305c Rn. 14.

¹⁶ Ausdrücklich offengelassen aber von BGHZ 151, 374 = JA 2003, 91.

¹⁷ A.A. gut vertretbar.

¹⁸ *Roloff* (Fn. 14), § 307 Rn. 39.

¹⁹ Vgl. *Lorenz/Gärtner*, JuS 2013, 199 (201).

²⁰ Vgl. dazu *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Aufl. 2014, § 307 Rn. 44; *Schultheiß*, WuB IV C § 307 BGB 1.13.

²¹ BGHZ 151, 374 = JA 2003, 91.

²² *Horn*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2012, § 765 Rn. 40; *Habersack* (Fn. 14), § 765 Rn. 11 m.w.N.; *Rohe*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 33. Ed., Stand: 1.11.2014, § 767 Rn. 8 und 10.

²³ BGHZ 151, 374 = JA 2003, 91.

²⁴ Vgl. auch BGH NJW 2013, 1534 m. Bespr. *Schultheiß*, VuR 2013, 219; so schon BGHZ 151, 374 = JA 2003, 91.

²⁵ BGHZ 151, 374 = JA 2003, 91.

²⁶ BGHZ 151, 374 = JA 2003, 91.

²⁷ *Habersack* (Fn. 14), § 765 Rn. 111; BGHZ 151, 374 = JA 2003, 91.

Höchstbetrag übersteigenden vertraglichen Anspruch des Gläubigers begründet. Damit ist eine Haftung der B für die Kosten und Zinsen in Höhe von € 500.000,- ausgeschlossen, da diese den Höchstbetrag übersteigen.

Ob darin eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion nach § 306 Abs. 1 BGB zu sehen ist, ist zu bezweifeln, da zumindest im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die Lücke im Bürgschaftsvertrag geschlossen werden kann.²⁸ Für beide Vertragsparteien ist bei Vertragsschluss deutlich gewesen, dass der Bürge bei Eintritt des Sicherungsfalles bis zu einem Betrag von € 3,5 Mio. haftet.

2. Forderung

Des Weiteren müsste eine Forderung bestehen (Entstehungsakzessorietät), § 765 Abs. 1, 767 Abs. 1 S. 1 BGB. Zur Zeit des Vertragsschlusses war das Darlehen zwar noch nicht an W valutiert, so dass kein Anspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB bestand. Allerdings können auch künftige Ansprüche gesichert werden, § 765 Abs. 2 BGB. Voraussetzung ist lediglich, dass die Forderung im Zeitpunkt ihrer Entstehung bestimmt ist, d.h. deren Rechtsboden bereits besteht. Dies war hier der Fall.

II. Anspruch erloschen

Möglicherweise ist der Anspruch wieder erloschen. In Betracht kommen allein schuldnerbezogene Einwendungen, die B über § 767 BGB geltend machen kann.

1. Durch Löschung des Hauptschuldners

Ein Erlöschensgrund könnte sich daraus ergeben, dass der Hauptschuldner mittlerweile liquidiert und aus dem Handelsregister gelöscht worden ist. Der Löschung (vgl. § 394 Abs. 1 FamFG) aus dem Handelsregister ging die Liquidation der GmbH voraus (§ 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG), die in deren Vollbeendigung mündete.²⁹ Dadurch hat die W ihre Rechtssubjektivität verloren. Dadurch ist auch die Verbindlichkeit erloschen, was sich wegen § 767 Abs. 1 S. 1 BGB auch auf die Bürgschaft auswirkt.

Fraglich ist allerdings, ob § 767 Abs. 1 S. 1 BGB auf diesen Fall überhaupt angewendet werden kann. Immerhin ist die Löschung eine Folge der Insolvenz des Hauptschuldners, deren Absicherung die Bürgschaft gerade dienen sollte; der Bürge übernimmt für den Gläubiger auch das Insolvenzrisiko. In dieser Konstellation geraten also der Akzessorietätsgrundsatz und der Sicherungszweck der Bürgschaft miteinander in einen Konflikt. Der Sicherungszweck der Bürgschaft genießt hierbei allerdings Vorrang, so dass eine Ausnahme vom Akzessorietätsgrundsatz zu machen ist, wenn das Erlöschen der Hauptforderung auf den Vermögensverfall des Schuldners zurückgeht.³⁰ § 767 Abs. 1 S. 1 BGB ist dement-

sprechend mit Blick auf den Sicherungszweck der Bürgschaft teleologisch zu reduzieren; die Bürgschaft wird so zu einem selbständigen Recht.

2. Durch Aufgabe einer Sicherheit gemäß § 776 S. 1 BGB

Der Anspruch könnte jedoch gemäß § 776 BGB erloschen sein, als M die Grundsuld an I zederte.

a) Sicherheit im Sinne des § 776 BGB

Zunächst müsste es sich um eine Sicherheit im Sinne des § 776 BGB handeln. Dort ist durchweg lediglich die Rede von akzessorischen Sicherheiten, worunter die Grundsuld gerade nicht fällt.³¹ Möglicherweise lässt sich die Norm aber entsprechend auf nicht-akzessorische Sicherheiten anwenden. Dies ist anhand des Sinn und Zwecks der Vorschrift zu ermitteln. Dieser besteht darin, dem Bürgen den Rückgriffsanspruch gegen andere Sicherungsgeber nach der Befriedigung des Gläubigers zu sichern.³² Damit hat der Gesetzgeber die aus der *cessio legis* gemäß §§ 774 Abs. 1, 401, 412 BGB folgenden Regressansprüche im Auge gehabt.

Allerdings können Rückgriffsansprüche auch bei nicht-akzessorischen Sicherheiten bestehen. Diese folgen dann zwar nicht aus §§ 774 Abs. 1, 401, 412 BGB, da eine derart weite Interpretation den Wortlautrahmen verlassen würde. Allerdings wird der in diesen Normen zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke auch bei der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) entsprechender Rechtsgeschäfte zwischen Bürgen und Gläubiger herangezogen. Die Zession wird dann als schuldrechtliche Übertragungspflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen aus dem Sicherungsvertrag konstruiert.³³ Je nachdem, zwischen welchen Parteien der Sicherungsvertrag besteht (Gläubiger-Hauptschuldner, Gläubiger-Bürge oder beides), kann es sich dann um einen Anspruch aus einem Vertrag zugunsten Dritter handeln (§ 328 BGB). Hier ist demnach in die Vereinbarung zwischen B und M eine solche Übertragungspflicht der M hineinzulesen. Bei einer Inanspruchnahme des B durch M würde lediglich eine Zugumzug-Verurteilung des B auf Zahlung gegen Übertragung der Grundsuld durch die M erfolgen.³⁴

Folglich handelt es sich bei der Grundsuld um eine Sicherheit im Sinne des § 776 BGB.

b) Aufgabe der Sicherheit

Die Sicherheit müsste von M aufgegeben worden sein. Eine Aufgabe in diesem Sinne liegt vor, wenn der Gläubiger durch eine gewollte Handlung auf die Sicherheit selbst, auf ihre

danken des § 254 Abs. 2 InsO (für den Insolvenzplan). Dies gilt auch für andere akzessorische Sicherheiten.

³¹ Vgl. *Braun/Schultheiß*, JuS 2013, 973 (973); *Artz/Ludwigkeit*, ZJS 2014, 514 (515).

³² *Habersack* (Fn. 14), § 776 Rn. 1.

³³ BGH NJW 2013, 2508 m. Bespr. *K. Schmidt*, JuS 2014, 71 (72), m.w.N.; *Habersack* (Fn. 14), § 774 Rn. 10; *Artz/Ludwigkeit* ZJS 2014, 514 (515).

³⁴ BGH NJW 2013, 2508 m. Bespr. *K. Schmidt*, JuS 2014, 71 (72).

²⁸ Vgl. dazu BGHZ 137, 153 (157) = NJW 1998, 450.

²⁹ Vgl. im Einzelnen *Reischl*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 191.

³⁰ H.M., vgl. BGH NJW 2003, 1250; BGH NJW-RR 2010, 977; *Bülow* (Fn. 10), Rn. 971, mit Verweis auf den Rechtsge-

Verwertungsmöglichkeit oder sonst bewusst auf ihren wirtschaftlichen Wert verzichtet.³⁵ Hier hat M die Sicherheit nur temporär übertragen. Allerdings ist es mit Blick auf das Telos der Norm unerheblich, ob die Sicherheit endgültig zum Erlöschen gebracht wird oder aus anderen Gründen aus den Händen des ursprünglichen Gläubigers fällt und daher nicht mehr in die Regressmasse des Bürgen fällt. Daher kann eine Aufgabe grundsätzlich auch dann bejaht werden, wenn die Sicherheit an einen Dritten übertragen wird, so dass ein Verzicht gegenüber dem Sicherungsgeber nicht zwingend erforderlich ist.³⁶

Dass die Grundschuld der B zum Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme eigentlich gar nicht zur Verfügung stand, sondern erst später bestellt wurde, führt zu keinem anderen Ergebnis. Denn über § 776 S. 2 BGB fallen auch nachträglich erworbene Sicherheiten in den Kreis der Rechte, aufgrund derer ein Bürge Regress nehmen kann.

c) Vereitelung des Bürgenregresses

Durch die Aufgabe der Sicherheit müsste schließlich auch der Bürgenregress vereitelt worden sein.³⁷ Dies ist nur dann der Fall, wenn der Bürge eine reale und nicht lediglich hypothetische Regressmöglichkeit verliert (entscheidend ist, dass der Bürge Ersatz hätte „erlangen“ und nicht bloß rechtlich „verlangen“ können)³⁸. Zu prüfen ist demnach, inwieweit ein Regress infolge einer Inanspruchnahme möglich gewesen wäre. Hatte das aufgegebene Recht zu dem Zeitpunkt, in welchem es auf den Bürgen übergegangen wäre bzw. dieser einen entsprechenden Übertragungsanspruch erlangt hätte, keinen wirtschaftlichen Wert, wird der Bürge auch nicht nach § 776 BGB frei,³⁹ andernfalls würde der Bürge durch die Aufgabe einer Sicherheit zugleich ungerechtfertigt privilegiert. So bleibt die Enthftung des Bürgen auf den Wert des tatsächlich entgangenen Rückgriffs beschränkt.⁴⁰

Das Grundstück hatte bereits zur Zeit der Bestellung der Grundschuld lediglich einen Verkehrswert von € 1 Mb. Demnach hätte auch im Falle der Versteigerung⁴¹ (vgl.

³⁵ Zu den hier vertretenen Auffassungen ausführlich *Artz/Ludwigkeit*, ZJS 2014, 514 (516); BGH NJW 2013, 2508 m. Bespr. *K. Schmidt*, JuS 2014, 71 (72), m.w.N. zur st. Rspr. des BGH.

³⁶ Auch an dieser Stelle kann bereits die Rechtsnatur des § 776 BGB als Leistungsverweigerungsrecht oder Einwendung erörtert werden.

³⁷ Auch an dieser Stelle wäre die Prüfung, ob nicht-akzessorische Sicherheiten unter § 776 BGB fallen, möglich gewesen.

³⁸ *Habersack* (Fn. 14), § 776 Rn. 11; ebenso OLG Bamberg EWiR 2012, 281 = WM 2012, 691.

³⁹ OLG Bamberg EWiR 2012, 281 = WM 2012, 691.

⁴⁰ BGH NJW 2013, 2508 (2510), m. Bespr. *K. Schmidt*, JuS 2014, 71 (72).

⁴¹ Für einen Ertrag i.R. einer Zwangsverwaltung (vgl. §§ 146 ff. ZVG) lassen sich dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte entnehmen, die Eintragung eines (weiteren) Grundpfandrechts in Gestalt der Zwangshypothek ist sogar unzulässig, vgl. *Braun/Schultheiß*, JuS 2013, 871 (871), m.w.N.

§§ 864, 866 ZPO, 15 ff. ZVG) zum Zwecke der Realisierung des Anspruchs aus § 1147 keinen höheren Wert einbringen können⁴². B hätte wirtschaftlich also maximal einen Ersatzanspruch i.H.v. € 1 Mio. realisieren können.

Fraglich ist, ob dieser Betrag noch einmal nach den Gedanken⁴³ (!) der §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB halbiert werden muss. Immerhin wäre ohne eine entsprechende Vereinbarung ein voller Regress der B aus der Grundschuld gegen F ohnehin nicht in Betracht gekommen; vielmehr wäre nur ein anteiliger Ausgleichsanspruch der B i.H.v. € 1,75 Mio. durchsetzbar gewesen, um das Problem des Wettlaufs der Sicherungsgeber zu vermeiden.⁴⁴ Allerdings geht es hier um zwei verschiedene Aspekte: Das Problem des Wettlaufs der Sicherungsgeber betrifft allein die rechtliche Ebene des Umfangs der Ausgleichspflicht, während die Regressrealisierung eine wirtschaftliche Ebene berührt, die von der rechtlichen Verpflichtung – jedenfalls außerhalb der Insolvenz des potenziell Regresspflichtigen – unabhängig ist. Da der potenzielle Ausgleichsanspruch des B den wirtschaftlich realisierbaren Betrag hier ohnehin übersteigt, ist keine Reduzierung des Betrages von € 1 Mio. vorzunehmen.

Demnach ist der Bürgenregress durch die Aufgabe der Sicherheit i.H.v. € 1 Mio. vereitelt worden.

d) Rechtsfolgen der Aufgabe

Fraglich ist schließlich, ob ein Erlöschen der Bürgenforderung deshalb zu verneinen ist, weil die Grundschuld wieder an M rückübertragen wurde. Dies wäre dann der Fall, wenn es sich bei § 776 S. 1 BGB um ein bloßes Leistungsverweigerungsrecht handelt.⁴⁵ Ist in § 776 S. 1 BGB dahingegen eine rechtsvernichtende Einwendung zu sehen, würde der Anspruch aus § 765 BGB nicht wiederbegründet werden.

Die h.M. geht seit jeher von einer rechtsvernichtenden Einwendung aus.⁴⁶ Dafür spricht zunächst der Wortlaut der Norm, der anordnet, dass der Bürge „frei“ wird. Bei bloß dilatorisch wirkenden Einreden findet sich typischerweise die Formulierung, dass der Schuldner die Leistung „verweigern“ könne (vgl. etwa §§ 273, 320 BGB). Auch der systematische Vergleich mit § 777 Abs. 1 S. 1 BGB spricht für einen Einwendungstatbestand: Dort ist die Rede davon, dass der Bürge auf Zeit mit Zeitablauf frei wird, wobei insofern zweifellos nur ein endgültiges Erlöschen der Forderung aus § 765 BGB gemeint sein kann.

⁴² Dazu *Braun/Schultheiß*, JuS 2013, 871 (871).

⁴³ Eine unmittelbare Anwendung scheitert aufgrund der fehlenden Akzessorietät der Grundschuld sowie der tatbestandlichen Beschränkung des § 774 Abs. 2 BGB auf „Mitbürgen“, vgl. aber zum Anwendungsbereich des § 774 Abs. 2 BGB auch *Schultheiß*, JuS 2014, 143.

⁴⁴ Vgl. zu dieser ganz h.M. *Bülow* (Fn. 10), Rn. 1021 und 238.

⁴⁵ Vgl. zu Leistungsverweigerungsrechten auch *Derleder/Karabulut*, JuS 2014, 102; zu einer parallelen Fallkonstellation *Artz/Ludwigkeit*, ZJS 2014, 514 (517).

⁴⁶ Vgl. die Nachw. BGH NJW 2013, 2508 (2509 f.), m. Bespr. *K. Schmidt*, JuS 2014, 71 (72); *Bülow* (Fn. 10), Rn. 1008; *Artz/Ludwigkeit*, ZJS 2014 514 (517).

Des Weiteren widerspräche ein durch die Qualifizierung als Leistungsverweigerungsrecht herbeigeführter Schwebezustand dem Gebot der Rechtssicherheit: Der Bürge soll zur Wahrung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit so bald wie möglich wissen, ob und in welchem Umfang er von einer Haftung frei geworden ist⁴⁷ und nicht in einem Zustand der Ungewissheit verharren müssen. Diese Wertung kommt auch in § 776 S. 2 BGB zum Ausdruck, da insofern deutlich wird, dass eine (wieder) hinzutretende Sicherheit nicht einen eingetretenen Verlust kompensiert, sondern eine Begünstigung des Bürgen herbeiführen soll.

Schließlich würde der Bürge durch ein bloßes Leistungsverweigerungsrecht auch an der frühzeitigen Sicherung etwaiger Regressansprüche gehindert werden. Der Bürge kann im Zweifel bereits vor Fälligkeit des Bürgschaftsanspruchs an den Gläubiger leisten,⁴⁸ um sich bereits Regressansprüche gegen andere Sicherungsgeber zu sichern, wenn absehbar ist, dass der Hauptschuldner nicht zahlen kann. Ist die Sicherheit (temporär) nicht im Vermögen des Gläubigers, kann der Bürge trotz Leistung an den Gläubiger zum einen nicht auf die Sicherheit zugreifen und zum anderen läuft er Gefahr, auf eine nicht bestehende Schuld zu leisten, wenn die Sicherheit endgültig wegfällt.⁴⁹

e) Kein Rechtsmissbrauch

Schließlich dürfte die Berufung auf das Erlöschen der Bürgschaft gemäß § 776 BGB auch nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 242 BGB sein. Ein Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn eine Partei ohne schützenswertes Eigeninteresse beachtliche Interessen eines anderen verletzt.⁵⁰ Allerdings ist ein Gläubiger, der eine Sicherheit zum Nachteil des Bürgen aufgibt, gerade nicht schutzbedürftig.

3. Zwischenergebnis

Der Anspruch der M ist daher i.H.v. € 1 Mio. teilweise erloschen.

III. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch i.H.v. € 2,5 Mio. müsste auch durchsetzbar sein. Bürgenbezogene Einreden sind nicht ersichtlich; vorliegend besteht insbesondere keine Einrede der Vorausklage, da sich B nach dem Wortlaut der Bürgschaftsurkunde selbstschuldnerisch verbürgt hat, § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

Möglicherweise kann sich B über § 768 Abs. 1 S. 1 BGB jedoch auf die schuldnerbezogene Einrede der mangelnden Fälligkeit (vgl. § 271 BGB) berufen. Der Darlehensrückzahlungsanspruch sollte hier zwei Jahre nach Valutierung fällig sein. Die Valutierung erfolgte im August 2012. Demnach trat

die Fälligkeit erst zum August 2014 ein, so dass am 11.4.14 noch die Einrede der mangelnden Fälligkeit besteht.

1. Wegfall der Einrede durch Löschung des Hauptschuldners

Etwas anderes könnte sich zunächst aus dem Umstand ergeben, dass der Hauptschuldner gelöscht wurde. Dadurch ist nach allgemeinen Grundsätzen auch die Hauptforderung erloschen. Die Bürgschaft besteht als quasi-selbständiges Recht dann weiter fort.⁵¹ Allerdings bedeutet diese Verselbständigung der Bürgschaft nicht, dass die Forderung aus § 765 BGB jeglichen Bezuges zur erloschenen Hauptforderung entledigt würde. Vielmehr wird sie lediglich vom Bestand der Hauptforderung entkoppelt und bleibt im Übrigen (d.h. hinsichtlich des Umfangs und der entsprechenden Vertragskonditionen) weiterhin inhaltlich von dieser abhängig. Demnach muss von einer fiktiven Hauptforderung ausgegangen werden, nach deren Konditionen sich auch die Durchsetzbarkeit der Bürgschaft bestimmt.

Folglich bleibt die Fälligkeit der Hauptforderung auch weiterhin maßgeblich.

2. Wegfall der Einrede infolge der Kündigung des Darlehens

Möglicherweise hat M die Forderung jedoch noch rechtzeitig fällig gestellt. M hat gegenüber W die Kündigung erklärt, wodurch Fälligkeit der Forderung eingetreten sein könnte; inwieweit eine solche Kündigung insolvenzrechtlich Bestand gehabt hätte, sollte nicht erörtert werden.⁵² Grundsätzlich besteht nur für Darlehen die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung, für welche keine Laufzeit bestimmt ist (arg. e contrario § 488 Abs. 3 S. 1 BGB). Haben die Parteien für das Darlehen eine Zeitbestimmung für die Rückzahlung gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB getroffen (sog. Festdarlehen, hier z.B. 2 Jahre), ist das ordentliche Kündigungsrecht kraft Parteivereinbarung ausgeschlossen.⁵³

Möglicherweise konnte die M jedoch außerordentlich kündigen durch den absehbaren Vermögensverfall der W. Dass dies möglich bleibt, ergibt sich explizit aus § 490 Abs. 1 BGB. Die M hat erkannt, dass sich die Vermögensverhältnisse der W wesentlich verschlechtert haben. Folglich war eine außerordentliche Kündigung möglich.

Der Anspruch ist damit auch durchsetzbar.⁵⁴

IV. Ergebnis

M kann von B Zahlung i.H.v. € 2,5 Mio. verlangen.

⁴⁷ BGH NJW 2013, 2508 (2510) m. Bespr. K. Schmidt, JuS 2014, 71 (72).

⁴⁸ Dazu Schultheiß, JuS 2014, 143.

⁴⁹ BGH NJW 2013, 2508 (2510) m. Bespr. K. Schmidt, JuS 2014, 71 (72).

⁵⁰ BGH NJW 2013, 2508 (2511) m. Bespr. K. Schmidt, JuS 2014, 71 (72).

⁵¹ BGH NJW 2003, 1250.

⁵² Problematisch wären insoweit die §§ 129 Abs. 1, 133 Abs. 1 InsO.

⁵³ K. P. Berger, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 488 Rn. 224.

⁵⁴ Die Fälligkeit der Zinsen folgt aus § 488 Abs. 2 BGB.