

Professor Dr. Peter Krebs

Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene – SS 2005

Lösung 3. Klausur

1. Frage: Ansprüche von B und I gegen die D-GmbH

1. Teil Ansprüche von B gegen die D-GmbH

- I. Anspruch von B gegen D auf Zahlung von € 200.000 aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 398 BGB

[Hinweis: Es ist auf die genaue Zitierung der Anspruchsgrundlage zu achten! § 398 BGB sollte nicht fehlen; darüber hinaus sollte der Aufbau deutlich werden, dass zunächst ein Kaufvertrag zwischen A und D geprüft wird und danach die Abtretung der Forderung von A an B.]

B könnte einen Anspruch auf Zahlung von € 200.000 aus Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 398 BGB gegen D haben.

Dann müsste zwischen A und D ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen worden sein und A müsste die Forderung wirksam an B abgetreten haben.

1. Kaufvertrag zwischen A und D (§ 433 BGB)
A und D haben einen Kaufvertrag geschlossen. Anhaltspunkte dafür, dass dieser unwirksam ist, bestehen nicht.
2. Abtretung des Kaufpreisanspruches i. H. v. € 200.000 an B (§ 398 BGB)
A müsste die Kaufpreisforderung (insgesamt € 1 Mio.) i.H. v. € 200.000 an B wirksam abgetreten haben.

Dann müssten A und B einen Abtretungsvertrag geschlossen haben, dieser müsste wirksam sein und A müsste auch über die Forderung verfügungsbefugt gewesen sein.

a) Abtretungsvertrag zwischen A und B

A und B müssten einen Abtretungsvertrag über die Forderung geschlossen haben. Dann müssten sich A und B darüber geeinigt haben, dass A die Forderung an B abtritt.

aa) Einigung im Kaufvertrag Juli 2003

Eine solche Einigung könnte in dem zwischen A und B geschlossenen Kaufvertrag zustande gekommen sein.

Nach Nr. 3 und Nr. 5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des B wollte dieser seine Waren nur unter Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts verkaufen. Hierzu sollte A, wenn er die verarbeiteten Rohstoffe veräußert, die daraus entstehenden Forderungen in Höhe des Wertes der aus den Lieferungen stammenden Materialien an den Verkäufer im Voraus abtreten.

Fraglich ist jedoch, ob eine Einigung über diese Vorausabtretung zustande gekommen ist. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des A, die B ausgehändigt bekommen hat, enthielten eine sog. Abwehrklausel, nach der A Eigentumsvorbehalte jeglicher Art nicht anerkennen würde.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des B enthalten damit einen verlängerten Eigentumsvorbehalt, den die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des A gerade ausschließen sollen (sog. kollidierende AGB).

Fraglich ist jedoch, was bei solch kollidierenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen als vereinbart gilt. Dies ist streitig.

[Hinweis: Die Problematik um die kollidierenden AGB's muss bekannt sein und ausführlich diskutiert werden.]

Die frühere Rechtsprechung löste solche Kollisionsfälle anhand der sog. "Theorie des letzten Wortes". Die Annahme des Angebots zu abweichenden Verkaufsbedingungen wurde danach als modifizierte Annahme (§ 150 Abs. 1 S. 2 BGB) behandelt, also als Ablehnung des Angebots, verbunden mit einem

neuen Angebot. In der vorbehaltlosen Entgegennahme der gelieferten Sache durch den Käufer sah man dann eine stillschweigende Annahme (§ 151 BGB) des neuen Angebots. Ging das Angebot vom Verkäufer aus, war es umgekehrt; es kamen also die Einkaufsbedingungen zum Zuge. Die Annahme des neuen Angebots des Käufers lag dann konkludent in der Lieferung der Ware (§ 151 BGB). Benachteiligt war daher immer diejenige Partei, von der das Vertragsangebot ausgegangen war.

Die "Theorie des letzten Wortes" stieß in der Literatur auf überwiegende Ablehnung und ist mittlerweile vom BGH aufgegeben worden. Die neuere Rechtsprechung und der ganz überwiegende Teil der Lehre gehen heute davon aus, dass an sich ein Dissens vorliegt (§ 154 BGB). Dieser Dissens führt aber im Hinblick auf § 306 Abs. 1 BGB bei einverständlicher Durchführung des Vertrages nicht zur Unwirksamkeit des Geschäftes. Der Vertrag wird mit den sich nicht widersprechenden Klauseln Vertragsinhalt. An Stelle des sich widersprechenden Teils der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt gem. § 306 Abs. 2 BGB grundsätzlich das dispositive Recht. Dieses sieht vor, dass der Eigentumsvorbehalt nicht die gesetzliche Regel ist, sondern von den Parteien ausdrücklich vereinbart werden muss (§ 449 Abs. 1 BGB). Bei einer Lückenfüllung mit dem dispositiven Recht würde es aufgrund insoweit widerstreitender AGB folglich an einer wirksamen Eigentumsvorbehaltsvereinbarung fehlen. Der Käufer hätte dann einen Anspruch auf sofortige Übereignung.

Als Zwischenergebnis ist mithin festzuhalten, dass auf schuldrechtlicher Ebene zwischen A und B ein Kaufvertrag mit dem übereinstimmenden Inhalt beider Willenserklärungen zustande gekommen ist. Der Eigentumsvorbehalt ist nicht vereinbart worden und kann auch nicht über § 306 Abs. 2 BGB gerechtfertigt werden.

- bb) Eigentumsvorbehalt aufgrund ergänzender Vertragsauslegung des Kaufvertrages

[Hinweis: Hier ist wichtig, dass die Problematik des Eigentumsvorbehalts unter dem Stichwort der ergänzenden Vertragsauslegung disku-

tiert wird; es ist positiv zu bewerten, wenn die Verfasser die ergänzende Vertragsauslegung methodisch korrekt aufbauen!]

Zu prüfen ist, ob der Eigentumsvorbehalt im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gerechtfertigt werden kann. Diese hat bei unwirksamen AGB folgende Voraussetzungen.

A und B haben bei Abschluss des Kaufvertrages nicht vorhergesehen, dass eine Einigung über einen verlängerten Eigentumsvorbehalt nicht zustande gekommen ist. Weder die Klausel, dass ein Eigentumsvorbehalt nicht akzeptiert wird, noch diejenige des B, wonach ein verlängerter Eigentumsvorbehalt Inhalt des Vertrages werden soll, sind Bestandteil des Kaufvertrages geworden. Der Kaufvertrag könnte daher lückenhaft sein und die Lücke im Wege ergänzender Auslegung zu schließen sein.

aaa) Lücke im Kaufvertrag

Der Kaufvertrag müsste eine Lücke haben. Wie oben bereits dargelegt ist eine Einigung über den verlängerten Eigentumsvorbehalt durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht zustande gekommen.

Aus § 306 Abs. 2 BGB ergibt sich für diesen Fall, dass sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften richtet. Dies wiederum bedeutet, dass nur dann eine Lücke im Kaufvertrag gegeben ist, wenn solche dispositiven Gesetzesregelungen nicht existieren.

Eine gesetzliche Regelung für einen verlängerten Eigentumsvorbehalt existiert im BGB nicht. § 449 BGB setzt bereits die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalt voraus. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt ist dem Gesetz völlig unbekannt. Mithin ist eine Lücke im Kaufvertrag gegeben.

bbb) Ergänzende Auslegung

Für die Ergänzung der Vertragslücke hinsichtlich des verlängerten Eigentumsvorbehalt ist der hypothetische Wille der Parteien maßgeblich. Es ist also darauf abzustellen, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten.

Für B war es verständlicherweise wichtig, dass er für die Lieferung der Materialien, die für die Hochfrequenzgeräte benötigt wurden, eine Sicherung erhalten würde. Diese kann für ihn nur in einem verlängerten Eigentumsvorbehalt liegen. Alternativ wäre noch eine Lösung über die Herstellerklausel möglich gewesen. Der hypothetische Wille des B an einem verlängerten Eigentumsvorbehalt ist somit gegeben.

Fraglich ist allerdings, ob ein solcher hypothetischer Wille auch bei A zu finden ist. Hier könnte man in Erwägung ziehen, dass ein verlängerter Eigentumsvorbehalt für A evt. den Vorteil hätte, dass er sich nicht bei der Weiterveräußerung gegenüber Dritten strafbar machen würde aufgrund Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB. Dies wäre allerdings nur dann der Fall, wenn er nicht Eigentümer der Fahrzeuge und der darin verarbeiteten Bleche wäre und die Eigentümereigenschaft somit vortäuschen müsste. In dem vorliegenden Fall würde A das Eigentum jedoch bereits aufgrund der Verarbeitung nach § 950 BGB erwerben. Ein Eigentumsvorbehalt würde insoweit untergehen. Gerade durch diese Verarbeitung würde er sich aber der Unterschlagung strafbar machen nach § 246 Abs. 1 StGB, wenn kein Eigentumsvorbehalt bestünde. Problematisch ist hieran nur, dass ein verlängerter Eigentumsvorbehalt gegen den ausdrücklich im Vertrag erklärten Willen des A ergänzt würde. Insofern könnte man sagen, dass eine ergänzende Vertragsauslegung nicht zur Korrektur des erklärten Parteiwillens führen darf, weil diese ergänzende Regelung für eine Partei vernünftiger sei (allerdings kann man hier auf den Rechtsgedanken des § 679 BGB anfügen, der gerade den entgegenstehenden Willen für unbeachtlich erklärt).

Ein zu bedenkender Vorteil eines verlängerten Eigentumsvorbehaltes läge jedoch darin, dass A die Ware nicht sofort bezahlen müsste und dementsprechend auch verwenden dürfte, um diese in den Hochfrequenzgeräten zu verarbeiten. Insofern könnte man der Ansicht sein, dass ein entsprechender hypothetischer Wille für einen solchen verlängerten Eigentumsvorbehalt vorliegt. Allerdings würde A ohne diesen Vorbehalt besser gestellt sein, da er dann frei über die Forderungen aus den Veräußerungen verfügen kann. Diesen Willen hat er über seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch bekannt gegeben. Insofern muss dieser ausdrückliche Wille als Indiz für den hypothetischen Willen des A herangezogen werden.

Mithin wird für den vorliegenden Fall angenommen, dass ein entsprechender übereinstimmender hypothetischer Wille nicht gegeben ist.

[Hinweis: Ein anderes Ergebnis ist hier gut vertretbar. Es kommt insoweit nur auf die Begründung an.]

ccc) Zwischenergebnis

Ein verlängerter Eigentumsvorbehalt kann auch nicht über eine ergänzende Vertragsauslegung angenommen werden.

cc) Einigung über verlängerten Eigentumsvorbehalt bei der Übereignung

Fraglich ist jedoch, ob A und B sich nicht bei der Übergabe der Platinbleche, -profile und -nieten auf eine Vorausabtretung geeinigt haben.

Auf dem Lieferschein des B befanden sich bei der Lieferung die dem A bekannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen des B, nach denen dieser nur unter verlängerten Eigentumsvorbehalt (samt Vorausabtretung) die Materialien liefere. Fraglich ist, ob durch die widerspruchslose Hinnahme der Ware durch A ein solcher verlängerter Eigentumsvorbehalt nachträglich vereinbart worden ist (§§ 929, 158 Abs. 1 BGB).

Nach der Rechtsprechung ist es grundsätzlich möglich, bei Besitzübergabe in den Lieferscheinen einen einfachen Eigentumsvorbehalt zu erklären. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der Eigentumsvorbehalt dem Käufer – und zwar einer für die inhaltliche Ausgestaltung von Verträgen zuständigen Person – zugeht und dass dieser die Kenntnisnahme von einem in dieser Form und unter diesen Umständen erklärten Eigentumsvorbehalt zumutbar ist.

B hat dem A persönlich den Lieferschein lt. Sachverhalt übergeben. Eine Kenntnisnahme von den Verkaufsbedingungen war dem A auch zuzumuten. Durch die Verkaufsbedingungen hatte B bereits im Stadium des Vertragschlusses angekündigt, dass er die Materialien nicht bedingungslos, sondern nur unter der Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung übereignen werde. Insofern scheinen die nach der Rechtsprechung existierenden Voraussetzungen vorzuliegen.

Problematisch ist jedoch im vorliegenden Fall, dass B nicht nur einen einfachen Eigentumsvorbehalt, für den die o.g. Grundsätze der Rechtsprechung gelten, sondern einen verlängerten Eigentumsvorbehalt hatte vereinbaren wollen, d.h. verlängert um die künftigen Forderungen des A aus den Veräußerungen.

Fraglich ist damit, ob diese von der Rechtsprechung für den einfachen Eigentumsvorbehalt aufgestellten Grundsätze auf den verlängerten Eigentumsvorbehalt übertragen werden können.

Eine solche Übertragung der Grundsätze wird man jedoch verneinen müssen. Die Rechtsprechung des BGH basiert darauf, dass es sich bei dem einfachen Eigentumsvorbehalt um ein Bedingung handelt i.S.v. § 158 BGB. Eine solche Bedingung kann jedoch einseitig auferlegt werden. Der Eigentümer kann also grundsätzlich alleine entscheiden, ob er sein Eigentum sofort oder nur unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung übereignen will. Anders sieht es jedoch bei der antizipierten Vorausabtretung im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehaltes aus. Hier müssen sich die Parteien über die Vorausabtretung einverständlich einigen, da es sich bei der Abtretung um einen Vertrag handelt. Eine solche Einigung kann man nicht in der widerspruchslosen Hinnahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf einem Lieferschein sehen.

[Hinweis: Hier kann man zeigen, dass man die Unterschiede zwischen den einzelnen Formen des Eigentumsvorbehalts kennt und auch die verschiedenen dahinter stehenden rechtlichen Konstruktionen verstanden hat. Es ist allerdings zuzugeben, dass die Abweichung von der Rechtsprechung im vorliegenden Fall schwer zu erkennen ist; eine andere – hier nicht behandelte – Frage ist, inwieweit ein nachträglicher Eigentumsvorbehalt vertragswidrig ist und vom Käufer hinzunehmen ist. Es ist sehr positiv zu bewerten, wenn die Verfasser sehen, dass die Rspr. bisher nur einen einfachen EV auf sachenrechtlicher Ebene durch ergänzende Vertragsauslegung angenommen hat und die Frage, ob auf sachenrechtlicher Ebene auch ein verlängerter EV durch ergänzende Vertragsauslegung begründet werden kann, bisher nicht geklärt ist

Eine Diskussion wird nur in Ansätzen erwartet.

Sofern Verfasser einen einfachen EV annehmen, muss dieser an § 950 BGB scheitern]

Mithin ist hier als Zwischenergebnis festzuhalten, dass B und A "nur" einen einfachen, nicht aber einen verlängerten Eigentumsvorbehalt vereinbart haben.

Folglich haben sich B und A bei der Übergabe am 10. September nicht auf einen verlängerten Eigentumsvorbehalt und damit auch nicht über eine Vorausabtretung geeinigt.

b) Zwischenergebnis

B und A haben keinen Abtretungsvertrag über die Kaufpreisforderung des A gegenüber der D geschlossen.

3. Ergebnis

B hat keinen Anspruch auf Zahlung von € 200.000 aus Kaufvertrag gegen D gem. § 433 Abs. 2 i.V.m. § 398 BGB.

II. Weitere Ansprüche

Weitere Ansprüche des B gegen D sind nicht ersichtlich.

2. Teil: Ansprüche des I gegen die D-GmbH

I. Anspruch des I gegen D auf Zahlung von € 1 Mio. aus Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 2 BGB

I hat als Insolvenzverwalter des P einen Anspruch auf den restlichen Kaufpreis in Höhe von € 1,7 Mio. gegen die X-GmbH aus Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 2 BGB.

II. Weitere Ansprüche

Weitere Ansprüche sind nicht ersichtlich

[Hinweis: Die Ansprüche des I müssen auf jeden Fall geprüft werden, da der Kaufpreis von D ja auf jeden Fall zu zahlen ist.]

[Hinweis: Der erste Teil ist mit 2/3 bei der Benotung zu berücksichtigen]

2. Frage: Ansprüche der C-Bank gegen E

- I. Anspruch der C gegen E auf Zahlung von € 350.000,00 gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 S. 2 BGB

C könnte einen Anspruch auf Zahlung von € 350.000,00 gegen die E aus Bürgschaftsvertrag gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 BGB haben.

[Hinweis: Es ist wiederum auf die genaue Zitierung der Anspruchsgrundlage zu achten.]

1. Bürgschaftsvertrag zwischen E und C

Dann müsste zwischen C und E ein Bürgschaftsvertrag zustande gekommen sein, § 765 Abs. 1 BGB.

- a) „Essentialia negotii“ der Bürgschaft

Dann müssten sich C und E über die wesentlichen Bestandteile des Bürgschaftsvertrages (essentialia negotii), d.h. die Person des Hauptschuldners und des Gläubigers sowie die zu sichernde Hauptschuld, geeinigt haben.

C und E haben sich dahingehend geeinigt, dass E für das Darlehen der A-GmbH (€ 350.000,00) in Höhe von € 350.000,00 selbstschuldnerisch, d.h. ohne die Einrede der Vorausklage gem. § 771 BGB, eintreten sollte. Insofern haben sie eine selbstschuldnerische Höchstbetragsbürgschaft vereinbart.

- b) Schriftform

Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages ist gem. § 766 S. 1 BGB die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung nötig. E hat die Bürgschaft lt. Sachverhalt schriftlich erteilt. Mithin scheint die Schriftform des § 766 BGB eingehalten worden zu sein.

Fraglich ist aber, ob § 766 BGB nicht durch die speziellere Vorschrift des § 494 BGB verdrängt wird. In diesem Fall könnte der Bürgschaftsvertrag nach § 494 Abs. 1 BGB i.V.m. § 492 Abs. 1 S. 5 Nr. 5 BGB nichtig sein, weil die dort vorgeschriebenen Angaben in der Bürgschaftserklärung fehlen.

Dann müssten die §§ 491 ff. BGB auf den zwischen E und der C geschlossenen Bürgschaftsvertrag überhaupt anwendbar sein.

aa) Anwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB auf die Bürgschaft

Die §§ 491 ff. BGB enthalten keine Regelungen über die Beteiligung Dritter. Allerdings ist für den Schuldbeitritt als gesetzlich nicht geregeltes Schuldverhältnis i.S.d. §§ 311, 241 BGB mittlerweile höchstrichterlich entschieden worden, dass dieser einem den §§ 491 ff. BGB unterfallenden Vertrag gleichzusetzen ist, wenn es sich um einen Beitritt eines Verbrauchers zu einem Darlehensvertrag handelt (BGH NJW 1996, 2156 [2157]). Wegen der Nähe von Bürgschaft und Schuldbeitritt ist nun fraglich, ob die Vorschriften der §§ 491 ff. BGB auch auf die Bürgschaft anzuwenden sind.

Da der Bürge selbst lediglich eine Leistungspflicht übernimmt, besteht grundsätzlich Einigkeit darüber, dass die Bürgschaft kein Vertrag i.S.d. §§ 491 ff. BGB ist. Er nimmt kein entgeltliches Darlehen in Anspruch, weshalb er auch nicht berechtigt ist, Leistung an sich zu fordern. (BGH NJW 1996, 2156 [2157]; LG Neubrandenburg NJW 1997, 2826).

bb) Analoge Anwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB

Es stellt sich daher die Frage, ob die Vorschriften der §§ 491 ff. BGB zumindest analog auf einen Bürgschaftsvertrag anzuwenden sind. Voraussetzungen einer Analogie sind eine Lücke, also eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes und dass geregelter und ungeregelter Sachverhalt so ähnlich sind, dass eine abweichende rechtliche Behandlung nicht gerechtfertigt werden kann. Ob hier eine analoge Anwendung in Frage kommt, ist streitig.

[Hinweis: Es ist positiv zu bewerten, wenn die Analogie methodisch korrekt geprüft wird.]

Nach einer Ansicht sollen die §§ 491 ff. BGB jedenfalls dann entsprechend anzuwenden sein, wenn es sich bei dem zu sichernden Vertrag sachlich um einen Vertrag i.S.d. §§ 491 ff. BGB handelt. Zur Begründung wird angeführt, dass es Sinn und Zweck der §§ 491 ff. BGB sei, den Verbraucher umfassend zu schützen. Das Schutzbedürfnis des Bürgen sei höher als das des Beitretenden, da der Bürge die Verpflichtung trage, ohne davon in der Regel einen Vorteil zu haben. Hätte der Bürge den Darlehensvertrag selbst in Anspruch genommen, wäre er zweifelsohne durch die §§ 491 ff. BGB geschützt.

Da es sich vorliegend bei dem zu sichernden Darlehensvertrag um einen Geschäftskredit handelt, welcher nicht den §§ 491 ff. BGB unterfällt, kommt eine analoge Anwendung der §§ 491 ff. BGB auf den zwischen E und der C vereinbarten Bürgschaftsvertrag hiernach nicht in Betracht.

Die h.M. lehnt eine analoge Anwendung der §§ 491 ff. BGB auf die Bürgschaft ausnahmslos ab. Allein mit dem Schutzgedanken sei eine analoge Anwendung nicht zu begründen. Überhaupt fehle es an einer Regelungslücke, da der Bürge, anders als der Schuldbeitretende, durch die §§ 766 ff. BGB ausreichend geschützt sei. Darüber hinaus sei zu bedenken, dass es dem Bürgen in erster Linie um Informationen über die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners ankommt, nicht so sehr auf die in § 492 BGB aufgeführten Modalitäten, die aber für den Beitretenden wesentlich sind. Das entscheidende Argument gegen eine Analogie sei jedoch in dem Fehlen einer *ungewollten* Regelungslücke zu sehen. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde nämlich die Einbeziehung der Bürgschaftsverträge unter die §§ 491 ff. BGB kontrovers diskutiert, schließlich aber abgelehnt. Letztlich müsse daher der Wille des Gesetzgebers ausschlaggebend sein, da er zudem auch auf aktueller Diskussion beruht.

Mithin kommt auch hiernach eine analoge Anwendung der §§ 491 ff. BGB auf den zwischen E und der C vereinbarten Bürgschaftsvertrag nicht in Betracht.

Da beide Ansichten zum selben Ergebnis kommen, ist ein Streitentscheid nicht notwendig. Mithin wird § 766 BGB vorliegend nicht durch die §§ 491 ff. BGB verdrängt.

2. Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrages

Die Bürgschaft könnte jedoch wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Die Rspr. stellt bei der Definition der guten Sitten auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und auf die bestehende Sozialmoral ab. Neben dem objektiven Tatbestand des Sittenverstoßes ist zudem subjektiv erforderlich, dass der Handelnde die Umstände kennt, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt. Regelmäßig ist die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nach den Verhältnissen zum maßgebenden Zeitpunkt seiner Vornahme zu beurteilen, wobei eine zusammenfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck vorzunehmen ist.

a) Sittenwidrigkeit bei Bürgschaften

Fraglich ist jedoch, wie man die Sittenwidrigkeit bei Bürgschaftsverträgen zu bestimmen hat. Dies könnte deshalb problematisch sein, da es sich hierbei um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, die durch Auslegung zu bestimmen sind. Dies kann man unterschiedlich beurteilen.

[Hinweis: Dieser Streit kann von guten und sehr guten Kandidaten erwartet werden! Zumindestens der Bereich 1,0 – 1,3 sollte nur dann vergeben werden, wenn der Streit erwähnt worden ist.]

aa) Die Ansicht der Rechtsprechung

Nach der nunmehr übereinstimmenden Rspr. sind Bürgschaftsverträge danach unwirksam, wenn sie erkennbar Ausdruck einer strukturellen Unterlegenheit des Bürgen sind, was bei einer starken emotionalen Bindung des Bürgen an den Hauptschuldner grundsätzlich angenommen wird, und für ihn eine nicht hinnehmbare, mit seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen unvereinbare Belastungen begründen. Diese ist dann gegeben, wenn eine krasse finanzielle Überforderung vorliegt und im Rahmen einer Gesamtwürdigung keine schützenswerten Interessen der Bank gegeben sind oder unmittelbare Vorteile auf Seiten des Bürgen vorliegen. Grundlegend für die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB auf die Bürgschaft war die Tatsache, dass der in Anspruch genommene Bürge angesichts einer möglicherweise lebenslangen Haftung in eine Situation völliger wirtschaftlicher Perspektivlosigkeit geriet. Nach dieser Ansicht müsste geprüft werden, ob eine Sittenwidrigkeit nach den oben dargestellten Kriterien vorliegt.

[Hinweis: Wenn die Kandidaten die Erheblichkeitsprüfung an dieser Stelle nicht bringen, so darf dies nicht negativ bewertet werden, da in der Übung auf diese Möglichkeit in diesem speziellen Fall hingewiesen worden ist.]

bb) Ansicht in der Literatur

Eine vor allem früher vertretene und jetzt wiedererstarkende Ansicht in der Literatur verwirft auch bei Bürgschaftsversprechen junger und vermögensloser Bürgen ein Sittenwidrigkeitsurteil gem. § 138 Abs. 1 BGB weitgehend.

Begründet dies vor allem damit, dass die Freiheit der Vertragsgestaltung als Teil der Privatautonomie für jeden voll Geschäftsfähigen auch die Rechtsmacht umfasse, sich zu Leistungen zu verpflichten, die er voraussichtlich nie oder nur unter besonders günstigen Umständen, gegebenenfalls unter dauernder Inanspruchnahme des pfändungsfreien Einkommens, erbringen könne. Diese Ansicht ist vor allem deshalb wieder erstarkt, da nunmehr die Möglichkeit existiert, sich einer langfristigen Verschuldung durch das Institut der Restschuldbefreiung, §§ 286 ff. InsO, zu entziehen. Hiernach ist es die alleinige Entscheidung der B, den Bürgschaftsvertrag zu unterschreiben. Dabei muss sie selbst die Vor- und Nachteile und Konsequenzen beurteilen. Eine Sittenwidrigkeit liegt mithin nicht vor.

cc) Stellungnahme

Der Ansicht in der Literatur ist zuzugeben, dass das Institut der Restschuldbefreiung in §§ 286 ff. InsO Schärfe aus der Diskussion um die Sittenwidrigkeit genommen hat, da vor Einführung der Privatinsolvenz tatsächlich die Gefahr einer lebenslangen Verschuldung bestanden hat. Dieses Argument des §§ 286 ff. InsO ist mittlerweile auch bei anderen Paragrafen wie z.B. der Minderjährigenschaft im Recht der unerlaubten Handlung gem. § 829 BGB anerkannt.

Allerdings kann man damit nicht allein begründen, warum deshalb das Institut der Sittenwidrigkeit bei Bürgschaftsverträgen aufgegeben oder eingeschränkt werden sollte. Denn nach der bisherigen Rspr. reichte auch bislang eine

krasse finanzielle Überforderung nicht aus, um eine Sittenwidrigkeit zu begründen. Lediglich Verträge, die Ausdruck einer strukturell ungleichen Verhandlungsstärke waren, sollen dem Urteil der Sittenwidrigkeit nicht entgegen können. Und diese Gefahr der strukturellen Unterlegenheit ist durch die Privatinsolvenz samt Restschuldbefreiung nicht gelöst worden.

Die Literatur gibt an, dass der Darlehensgeber ein Interesse daran habe, Eheleute von Gewerbetreibenden in die Mithaftung zu nehmen. Ein solches Interesse bestünde zum einen deshalb, da es bei einer Mithaftung der Ehefrau nicht zu einer Vermögensverschiebung im Insolvenzfall kommen könne. Zum anderen hätte man über diese Mithaftung die Möglichkeit, auf konkrete Vermögenserwartungen zurückzugreifen. Darüber hinaus bestünde ein solches Interesse noch aus einem anderen – bislang noch wenig erörterten – Grund. Mittlerweile ist es statistisch nachgewiesen, dass diejenigen Familienunternehmen, bei denen alle Familienmitglieder in die Haftung miteinbezogen sind, weniger häufig Insolvenz beantragen oder ein solches Verfahren überstehen. Dies liegt wohl an dem größeren Zusammenhalt innerhalb der Familie, wenn alle Familienmitglieder haften. Jedoch muss man mit der Rspr. feststellen, dass diese Interessensgesichtspunkte nicht dazu führen können, sämtliche Bürgschaften naher Angehöriger trotz krasser Überforderung für wirksam zu erklären. Denn das durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Prinzip der Privatautonomie bedeutet nicht, dass dies zu einem Recht des Stärkeren führen darf. Vielmehr müssen hierdurch alle Beteiligten des Rechtsverkehrs mit ihren kollidierenden Positionen weitgehend in Einklang gebracht werden. Aus diesem Grund erkennt die Rspr. zu Recht an, dass bestimmte Interessen der Bank (z.B. Möglichkeit des Zugriffs auf bestimmte Vermögensaussichten) legitim sind, wenn diese explizit im Bürgschaftsvertrag aufgeführt sind. Folgerichtig verneint die Rspr. dann auch die Sittenwidrigkeit.

Insofern muss der ersten Ansicht zugestimmt werden, wonach die Kriterien der Rspr. auch heute noch Geltung haben. Die zweite Ansicht ist damit abzulehnen

[Hinweis: Ein anderes Ergebnis ist vertretbar. Dann muss allerdings eine wesentlich ausführlichere Darstellung erwartet werden, da man sich sonst zu viel abschneidet. Folgt der Bearbeiter der insoweit herr-

schenden Meinung der Rechtsprechung, so wird eine Diskussion nur in Ansätzen erwartet.]

- b) Übertragung der Grundsätze der herrschenden Rspr. auf diesen Fall

Ein Bürgschaftsvertrag ist nach den inzwischen übereinstimmenden Grundsätzen der Rspr. demnach sittenwidrig gem. § 138 Abs. 1 BGB, wenn der Bürge finanziell krass überfordert ist, diese Überforderung der Ausdruck einer strukturellen Unterlegenheit ist und im Wege einer Gesamtabwägung das Urteil der Sittenwidrigkeit nicht widerlegt werden kann.

- aa) Eine krasse finanzielle Überforderung in diesem Sinne liegt vor, wenn der Bürge voraussichtlich noch nicht einmal die laufenden Zinsen der Hauptschuld aus dem pfändbaren Teil seines Einkommens oder Vermögens bei Eintritt des Sicherungsfalls aufzubringen vermag.

- aaa) Im vorliegenden Fall wird der Kontokorrentkredit in Höhe von € 350.000,00 mit einem Zinssatz von 8% belegt. Dies ergibt eine jährliche Zinsbelastung von insgesamt € 28.000,00.

E verfügt zum Zeitpunkt der Unterschriftsleistung über ein monatliches Nettoeinkommen von € 1.500,00. Damit hat sie gem. § 850 c Abs. 1 S. 1 ZPO ein pfändbares Einkommen in Höhe von € 570,00 pro Monat. Die laufenden Zinsen der Hauptschuld belaufen sich auf € 2.333,00 pro Monat. Insofern ist sie nicht in der Lage, die laufenden Zinsen der Hauptschuld aus dem pfändbaren Teil ihres Einkommens aufzubringen.

Insofern ist jedoch auch folgendes zu berücksichtigen. Dieses zur Zeit der Unterschriftsleistung bestehende pfändbare Einkommen liegt jedoch nur so lange vor, wie die E bei der A-GmbH angestellt ist und Einkommen bezieht. Nimmt die C die E aber in Anspruch, so wird die A-GmbH (wie es im Fall auch geschehen ist) insolvent sein. Dann werden die Einkünfte infolge des Arbeitsplatzverlustes jedoch wegfallen. Aber selbst wenn man diesen Gesichtspunkt außer Acht lässt, können die laufenden Zinsen nicht beglichen werden.

- bbb) Fraglich ist jedoch, ob sich an diesem Ergebnis dadurch etwas ändert, dass E € 20.000,00 verwertbares Vermögen aufweist. Fraglich ist, ob aufgrund dieses verwertbaren Vermögens eine krasse finanzielle Überforderung ausscheidet. Eine krasse Überforderung liegt aber nur dann nicht vor, wenn der Bürge die gesamte Bürgschaftsschuld durch Verwendung seines Vermögens tilgen kann. Vorliegend könnte jedoch auch durch die Verwertung des Vermögens der E nicht die gesamte Bürgschaftsschuld getilgt werden.
- ccc) Als Zwischenergebnis kann mithin festgehalten werden, dass eine krasse finanzielle Überforderung auf Seiten der E vorliegt.
- bb) Fraglich ist jedoch, ob diese krasse finanzielle Überforderung allein ausreichend ist, um das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB zu begründen. Die krasse finanzielle Überforderung müsste Ausdruck der strukturellen Unterlegenheit des Bürgen sein.

Nach der Rspr. ist in einem Falle krasser finanzieller Überforderung naher Angehöriger nach der allgemeinen Lebenserfahrung ohne Hinzutreten weiterer Umstände widerleglich zu vermuten, dass der Bürge die ruinöse Bürgschaft allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner übernommen und der Kreditgeber dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat (aus der emotionalen Verbundenheit folgt die strukturelle Unterlegenheit).

E hat selber angegeben, dass sie die Bürgschaft nur aus emotionaler Verbundenheit zu ihrem Ehemann eingegangen ist. Insofern spricht die Tatsache, dass E die Ehefrau des A ist für das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit.

- cc) Die Vermutung, dass die Bürgschaft sittenwidrig ist, könnte jedoch durch eine Gesamtwürdigung widerlegt werden. Im Falle einer Widerlegung wäre dann die Bürgschaft trotz krasser finanzieller Überforderung wirksam. Die Sittenwidrigkeit könnte nämlich dann entfallen, wenn der Bürge (hier E) zusammen mit dem Ehegatten ein gemeinsames Interesse an der Kreditgewährung hat oder ihm aus der Verwendung der Darlehensvaluta unmittelbare und ins Gewicht fallende geldwerte Vorteile erwachsen sind. Bei wirtschaftlicher Betrachtung besteht nämlich dann kein wesentlicher Unterschied zu den Fällen, in denen die Eheleute den Kredit als gleichberechtigte Vertragspartner

aufgenommen und verwandt haben. In solchen Fällen muss sich der nur aus Sicherungsgründen in die Haftung einbezogene Mitverpflichtete daher bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB wie ein echter Mitdarlehensnehmer behandeln lassen, wenn die E einen unmittelbaren Vorteil aus der Erhöhung des Kontokorrentkredites erlangt hat. In diesem Falle würde nach der Rspr. der BGH dann der Vorwurf der Sittenwidrigkeit entfallen. Bloß mittelbare geldwerte Vorteile sind jedoch nicht ausreichend, um die Sittenwidrigkeit entfallen zu lassen.

Anhaltspunkte für einen unmittelbaren Vorteil der E liegen hier nicht vor.

Folglich führt auch die Gesamtabwägung nicht dazu, dass die Sittenwidrigkeit zu verneinen ist.

b) Zwischenergebnis

Folglich ist der Bürgschaftsvertrag unwirksam.

c) Einschränkung der Unwirksamkeit hinsichtlich € 20.000,00?

Fraglich ist jedoch, ob sich die Rechtsfolge der Unwirksamkeit auf den gesamten Betrag in Höhe von € 350.000,00 bezieht. Die Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit erfasst grundsätzlich den gesamten Umfang des Rechtsgeschäfts. Fraglich ist jedoch, ob im vorliegenden Fall die Nichtigkeit auch den Betrag erfasst, der über € 330.000,00 hinausgeht. Dies könnte deshalb problematisch sein, da E zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein verwertbares Vermögen in Höhe von € 20.000,00 gehabt hat. Damit stellt sich die Frage, ob der Bürgschaftsvertrag nur hinsichtlich des die € 20.000,00 überschießenden Betrages sittenwidrig und damit nichtig ist. Fraglich ist also, ob die Rechtsfolge des § 138 Abs. 1 BGB stets die Gesamtnichtigkeit sein muss. Dies wird teilweise von der Literatur bezweifelt.

Teilweise wird hierbei die Ansicht vertreten, dass die Meinung, wonach der Wortlaut des § 138 BGB die Sanktion der Gesamtnichtigkeit eines sittenwidrigen Vertrages vorschreibe, nicht zwingend sei. Vielmehr könne bereits der Wortlaut dieser Vorschrift auch so zu lesen sein, dass ein Rechtsgeschäft nichtig sei, soweit es gegen die guten Sitten verstößt [(vgl. Lindacher AcP 173 (1973), 124 (131))]. Die Vertreter dieser Ansicht kommen also aufgrund einer

restriktiven Auslegung des Wortlautes des § 138 BGB dazu, die Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit abzulehnen. B hatte bereits bei Vertragsschluss ein verwertbares Vermögen in Höhe von € 20.000,00. Nach dieser Auffassung hätte die B also wenigstens hinsichtlich der € 20.000,00 mit Rechtsgrund geleistet. Ein Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB würde somit ausscheiden.

Teilweise wird die Ablehnung der Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit über eine teleologische Reduktion des § 138 BGB begründet. Ein sittenwidriges Rechtsgeschäft sei in Anlehnung an § 134 BGB nur dann nichtig, wenn sich aus der verletzten Sittenorm nicht ein anderes ergebe. Auch hiernach könnte also im Wege der teleologischen Reduktion die Nichtigkeit auf den die € 20.000,00 überschießenden Betrag beschränkt werden.

Die Rechtsprechung hat bisher jedoch eine generelle Möglichkeit zur Einschränkung der Nichtigkeitsfolge nicht anerkannt. Nur in bestimmten Einzelfällen kommt sie unter Zuhilfenahme der §§ 139, 242 BGB zu einer Aufrechterhaltung sittenwidriger Geschäfte unter Zurückführung von Vertragspflichten auf ein mit den guten Sitten vereinbares Maß (z.B. Aufrechterhaltung von Testamenten). Im Rahmen des Bürgschaftsrechts hat die Rechtsprechung grundsätzlich ein legitimes Interesse der Banken anerkannt, auf bestimmte Vermögensteile des Bürgen zugreifen zu können. Voraussetzung für die Anerkennung ist jedoch, dass die Bank diesen Grund auch in den Vertrag mit aufnimmt. Führt man diesen Gedanken fort, so käme eine Einschränkung der Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit hinsichtlich des die € 20.000,00 überschießenden Betrages in Betracht. Vorliegend hat die Bank allerdings keine solche Klausel in den Bürgschaftsvertrag aufgenommen. Folglich läge auch nach der Rechtsprechung Gesamtnichtigkeit vor. Mithin hätte die B ohne Rechtsgrund geleistet.

Gegen eine flexiblere Handhabung der Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit spricht vor allem, dass es dem Konzept des § 138 BGB widerspricht, dem gegen die guten Sitten Handelnden einen Teilerfolg zu belassen (OLG Celle NJW 59, 1971, 1972). Ließe man also eine generelle Reduktion der Gesamtnichtigkeitsrechtsfolge zu, so hätte der Gläubiger keinen Anlass, sein Handeln zu überdenken, da er stets davon ausgehen könnte, dass zumindestens ein erträgliches Maß aufrecht erhalten werde. Zudem spricht auch ein systematisches Argument gegen die Literatur. In § 134 BGB hat der Gesetzgeber an-

erkannt, dass die Nichtigkeitsfolge nur dann nichtig ist, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Bei § 134 BGB hat der Gesetzgeber also die Problematik grundsätzlich erkannt und auch geregelt, was dieser bei § 138 BGB gerade nicht getan hat. Insofern spricht auch die systematische Auslegung gegen die Ansicht der Literatur. Mithin ist der Rechtsprechung zu folgen. Mithin ist der gesamte Bürgschaftsvertrag unwirksam.

3. Ergebnis

C hat keinen Anspruch auf Zahlung von € 350.000,00 gegen E aus Bürgschaftsvertrag gem. § 765 Abs. 1 BGB i.V.m. § 488 Abs. 1 BGB

II. Ergebnis

Ansprüche der C gegen E aus Bürgschaftsvertrag existieren nicht.

[Hinweis: Der zweite Teil ist mit 1/3 bei der Gesamtbewertung zu berücksichtigen; bei der vorliegenden Fallvariante handelt es sich um einen klassischen und inproblematischen Fall der sittenwidrigen Ehegattenbürgschaft, die jedem Studenten bekannt sein sollte!]