

Professor Dr. Peter Krebs

Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene (Diplom) – SS 2005

Lösung des 4. Übungsfalles im Kreditsicherheitenrecht

1. Teil:

- A. Ansprüche der X auf Zahlung von € 330.000,00 gegen die B
[*Hinweis*: Hier waren keine Ansprüche der Bank gegen die A-GmbH oder den A zu prüfen. Die Prüfung von Ansprüchen, die nicht verlangt sind, ist grob fehlerhaft und führt zu spürbaren Punktabzügen.
Bitte beachten Sie folgendes: Durch die Bürgschaft verpflichtet sich der Bürge gem. § 765 Abs. 1 BGB gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Dem Gläubiger stehen damit zwei Forderungen zu, eine Forderung gegen den Hauptschuldner und eine weitere gegen den Bürgen. Die zweite Forderung sichert die erste; sie setzt deren Bestand voraus und ist akzessorisch ausgestaltet.
Lesen Sie bitte zum ganzen Problemkreis der Sittenwidrigkeit den lesenswerten Aufsatz von Tonner JuS 2000, 17 ff.]
- I. Anspruch der X gegen B auf Zahlung von € 330.000,00 gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 S. 2 BGB
X könnte einen Anspruch auf Zahlung von € 330.000,00 gegen die B aus Bürgschaftsvertrag gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 BGB haben.
1. Bürgschaftsvertrag zwischen B und X
Dann müsste zwischen X und B ein Bürgschaftsvertrag zustande gekommen sein, § 765 Abs. 1 BGB.
- a) „Essentialia negotii“ der Bürgschaft
Dann müssten sich X und B über die wesentlichen Bestandteile des Bürgschaftsvertrages (*essentialia negotii*), d.h. die Person des Hauptschuldners und des Gläubigers sowie die zu sichernde Hauptschuld, geeinigt haben.

X und B haben sich dahingehend geeinigt, dass B für den Kontokorrentkredit 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. B hat die Bürgschaft lt. Sachverhalt schriftlich erteilt. Mithin scheint die Schriftform des § 766 BGB eingehalten worden zu sein.

[*Hinweis:* Nur die Erklärung des Bürgen, nicht aber der gesamte Bürgschaftsvertrag muss schriftlich sein. Beachten Sie, dass bei Kaufleuten auch eine mündliche Bürgschaftserklärung ausreichend ist, sofern die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist, vgl. § 350 HGB]

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 B und der X 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. Dies ist streitig.

Nach einer Ansicht sollen die §§ 491 ff. BGB jedenfalls dann entsprechend (analog) anzuwenden sein, wenn es sich bei dem zu sichernden Vertrag sachlich um einen Vertrag i.S.d. §§ 491 ff. BGB handelt (LG Neubrandenburg NJW 1997, 2826; OLG Hamm WM 1998, 171; *Münster/Lubitz* JA 1999, 289 [290 f.]). 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 B und der X vereinbarten Bürgschaftsvertrag hiernach nicht in Betracht.

Die h.M. lehnt eine analoge Anwendung der §§ 491 ff. BGB auf die Bürgschaft ausnahmslos ab (EuGH NJW 2000, 1323 [1324]; OLG Stuttgart NJW 1997, 3450; *Medicus* JuS 1999, 833 [837]; *Riehm* JuS 2000, 138 [140 f.]). 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

Gesetzgebungsverfahren 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 (OLG Stuttgart NJW 1997, 3450 [3451]).

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

[*Hinweis:* Der BGH (BGH NJW 1998, 1939) hat sich vorerst dieser Ansicht explizit nur im Rahmen der Sicherung von geschäftlichen Darlehen angeschlossen.]

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

[*Hinweis:* Zulässig wäre es auch, statt der Behandlung als Meinungsstreit objektiv die Analogie zu prüfen.]

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. [RGZ 80, 221; BGHZ 10, 232; 69, 297] 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. [BGH NJW 92, 897 (898); Medicus ZIP 89, 817 (818)]

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.

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. [BVerfG NJW 94, 36; BVerfG NJW 94, 2749; BGHZ 125, 206; BGH NJW 2001, 815 (816)] 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*: Die Erheblichkeitsprüfung unterbleibt an dieser Stelle bewusst, da diese – wie Sie nachfolgend sehen werden – überaus lang sein wird. Dies erfolgt jedoch nur ausnahmsweise. Der Streit wird an dieser Stelle gebracht, um zu zeigen, dass die Grundsätze der Rspr. nicht unumstritten oder gar präjudizierend sind. Nochmals: Grundsätzlich müssen Sie bei einem Meinungsstreit die Erheblichkeit darstellen. Es kann noch ein weiterer Grund für das Unterlassen der Erheblichkeitsprüfung angeführt werden. Wie Sie gleich sehen werden, kommt die Literatur bei Bürgschaftsfällen niemals zu einer Sittenwidrigkeit. Insofern werden Rechtsprechung und Literatur meistens zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Um für diesen Fall jedoch eine Übersichtlichkeit der Streitdarstellung zu gewährleisten, können Sie – **nochmals: nur als Ausnahme** – auf eine Erheblichkeitsprüfung verzichten, wenn diese seitenlange Ausführungen nötig macht!]

bb) Ansicht in der Literatur

Eine vor allem früher vertretene und jetzt wiedererstarkende Ansicht in der Literatur [Geißler JuS 91, 617 (618); Eckert WM 90, 85 (90); Medicus ZIP 89, 817 (822); neuerdings Medicus JuS 99, 833 ff.; Zöllner WM 2000, 1 ff.; Kapitza ZGS 2005, 133 ff. (LESEN!)] verwirft auch bei Bürgschaftsverprechen 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 Paragraphen wie z.B. der Minderjährigenhaftung im Recht der unerlaubten Handlung gem. § 829 BGB anerkannt. [BVerfG NJW 98, 3557 (3558); Erman/Schiemann § 828 Rn. 7]

[*Hinweis*: Geplant ist die Verjährung rechtskräftiger Titel - Vollstreckungsverjährung auf 10 Jahre (bisher 30 Jahre) zu kürzen. Dies wäre dann zu berücksichtigen]

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 Eingehen auf diesen Streit wird in der Klausur nur von guten Kandidaten erwartet. Er zeigt aber, dass die Rspr. des BGH nicht kommentarlos in der Literatur hingenommen wird und durchaus von Zeit zu Zeit neue

Entwicklungen möglich sind. Wenn man der ersten Ansicht nicht folgen möchte, so schneidet man sich in der Klausur natürlich viel ab. Wenn man dies machen möchte, dann reicht die o.g. Diskussion nicht aus! Diese muss dann viel tiefer gehen und sich noch mehr mit der Rspr. auseinandersetzen. Erfolgt eine solche Auseinandersetzung, dann kann über diesen Weg eine gute Note erreicht werden. Ein Hilfsgutachten sollte allerdings nicht angestrebt werden!]

- 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. [BGH NJW 2001, 815 (816); BGH NJW 2002, 746 ; BGH NJW 2002, 2228] Schließlich müsste der Darlehensgeber von den die Sittenwidrigkeit begründenden Umständen Kenntnis gehabt haben.
- 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. [BGH NJW 2000, 1179 (1181); BGH NJW 2001, 815 (816); BGH NJW 2002, 2228 (2229)]
- 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.
B 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 B bei der A-GmbH angestellt ist und Einkommen bezieht.

Nimmt die X die B 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 B bereits € 20.000,00 auf die Bürgschaftsschuld gezahlt hat. Insofern könnte man argumentieren, dass insoweit verwertbares Vermögen vorliegt, welches eine krasse Überforderung scheitern lässt.

Eine krasse Überforderung liegt aber nur dann nicht vor, wenn der Bürge die gesamte Bürgschaftsschuld durch Verwendung seines Vermögens (BGH NJW 2001, 2466 – in dem vom BGH entschiedenen Fall war der Bürge Eigentümer eines Eigenheims) zu tilgen vermag. [vgl. BGH NJW 2001, 2466; OLG Köln WM 2002, 1549; Palandt/Heinrichs § 138 Rn. 38b] Vorliegend konnte jedoch durch die Verwertung des Vermögens der B nicht die gesamte Bürgschaftsschuld getilgt werden.

ccc) Als Zwischenergebnis kann mithin festgehalten werden, dass eine krasse finanzielle Überforderung auf Seiten der B 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). [st. Rspr. BGH NJW 2002, 744; BGH NJW 2002, 746; BGH NJW 2002, 2228; Palandt/Heinrichs § 138 Rn. 38b; Erman/Palm § 138 Rn. 9]

B hat selbst angegeben, dass sie die Bürgschaft nur aus emotionaler Verbundenheit zu ihrem Ehemann eingegangen ist. Insofern spricht das besondere Näheverhältnis zwischen B als Ehefrau des A für das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit.

- cc) Die Vermutung der Sittenwidrigkeit wegen Ausnutzung der psychischen Zwangslage der B könnte jedoch durch eine Gesamtwürdigung widerlegt werden.

Die Vermutung der Sittenwidrigkeit wegen Ausnutzung der psychischen Zwangslage ist widerlegt, wenn der Bürge ein eigenes Interesse an der Kreditgewährung hat oder einen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil aus der Verwendung des Darlehens erlangt. Bei wirtschaftlicher Betrachtung besteht nämlich dann kein wesentlicher Unterschied zu den Fällen, in denen die Eheleute den Kredit als gleichberechtigte Vertragspartner (Mitdarlehensnehmer) aufgenommen und verwandt haben. [BGH NJW 2001, 815 (817); BGH NJW 99, 2584] Bloß mittelbare geldwerte Vorteile sind jedoch nicht ausreichend, um die Sittenwidrigkeit entfallen zu lassen. [BGH NJW 94, 1726; BGH NJW 97, 257; BGH NJW 99, 135; BGH NJW 2001, 815 (817)]

Ein unmittelbarer Vorteil könnte darin liegen, dass B den mit dem erhöhten Kontokorrentkredit erworbenen Firmenwagen zu 50% privat nutzt. Ein Vorteil der Nutzung des PKW ist eine verbesserte Lebensqualität durch Gewinn an Mobilität. Hierdurch erspart sich die B Aufwendungen, die sie ansonsten mit sonstigen finanziellen Mitteln bestreiten müsste.

Diese ersparten Aufwendungen können jedoch nicht unbedingt dazu führen, dass es sich um einen unmittelbaren Vorteil handelt. Diesen Vorteil hat sie dauerhaft nur dann, wenn sie auch Eigentümerin wäre. Dies ist sie aber nicht. Ist sie dies aber nicht, dann kann A ihr die Nutzung des PKW ohne weiteres entziehen. Dann kann es sich aber nicht um einen unmittelbaren, sondern nur um einen mittelbaren Vorteil handeln, der aber nicht geschützt ist.

Mithin wird davon ausgegangen, dass die Sittenwidrigkeit wegen der Nutzung des PKW nicht entfällt.

[*Hinweis:* Mit einer entsprechenden Begründung kann auch das gegenteilige Ergebnis vertreten sein. Hier kommt es nur auf die Argumentation an.]

Ein unmittelbarer Vorteil könnte jedoch in der Verfügungsbefugnis der B über das Konto liegen. B hat stets Geld zur Lebensführung des Ehepaares abgeholt. Allerdings kann es keinen Unterschied machen, ob A oder B das Geld in Höhe des Geschäftsführergehalts abholen. Ein unmittelbarer Vorteil scheidet somit aus.

Folglich führt auch die Gesamtabwägung nicht dazu, dass die Vermutung der Sittenwidrigkeit widerlegt ist.

dd) Schließlich müsste die Bank die die Sittenwidrigkeit begründenden maßgeblichen Umstände bei Vertragsschluss gekannt haben. Die Bank wusste bei Vertragsschluss, dass die B über keinerlei nennenswertes Vermögen verfügte und die Bürgschaft nur wegen ihres Ehemannes übernehmen wollte. Mithin hatte die Bank Kenntnis von den die Sittenwidrigkeit begründenden Umständen.

b) Zwischenergebnis

Folglich ist der Bürgschaftsvertrag unwirksam. Selbst bei Annahme einer bloßen Teilnichtigkeit für den über € 20.000,00 hinausgehenden Betrag bestünde kein Anspruch auf die nach dem Bürgschaftsvertrag noch offenen € 330.000,00.

3. Ergebnis

X hat keinen Anspruch auf Zahlung von € 330.000,00 gegen B aus Bürgschaftsvertrag gem. § 765 Abs. 1 BGB i.V.m. § 488 Abs. 1 BGB

II. Ergebnis

Ansprüche der X gegen B aus Bürgschaftsvertrag existieren nicht.

B. Ansprüche der B auf Rückzahlung der gezahlten € 20.000,00

I. Anspruch auf Zahlung von € 20.000,00 gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

B könnte gegen X einen Anspruch auf Rückzahlung von € 20.000,00 gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (condictio indebiti) haben. Dann müsste X etwas durch Leistung der X ohne Rechtsgrund erlangt haben und die Kondiktion nicht ausgeschlossen sein.

1. Etwas erlangt

X müsste etwas haben. Bereicherungsgegenstand kann jeder vermögenswerte Vorteil sein. X hat € 20.000,00 von B und damit etwas im Sinne von § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB erlangt.

2. Durch Leistung der B

X müsste diese € 20.000,00 durch Leistung der B erlangt haben. Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. B hat die € 20.000,00 bewusst und zweckgerichtet zur (teilweisen) Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung gezahlt. Mithin liegt eine Leistung der B vor.

3. Ohne Rechtsgrund

B müsste die Leistung ohne rechtlichen Grund erbracht haben. Der rechtliche Grund ist dann nicht gegeben, wenn das Kausalverhältnis, auf das die Leistung erbracht wurde, nicht besteht.

B hat € 20.000,00 auf die Bürgschaftsschuld in Höhe von € 350.000,00 aus dem Bürgschaftsvertrag gezahlt. Der Bürgschaftsvertrag ist jedoch wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB ex tunc nichtig (s.o.).

Diese Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit erfasst grundsätzlich den gesamten Umfang des Rechtsgeschäfts. Fraglich ist jedoch, ob im vorliegenden Fall die Nichtigkeit auch die Zahlung der € 20.000,00 erfasst, d.h. 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 Sittennorm 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 könne. 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 Rechtgrund 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 systema-

tisches Argument gegen die Literatur. In § 134 BGB hat der Gesetzgeber anerkannt, 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. Folglich hat B ohne Rechtsgrund geleistet.

[*Hinweis:* Die Frage, ob die Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit eingeschränkt werden kann, ist gerade für die Praxis interessant und sollte daher stets beachtet werden.]

4. Kein Kondiktionsausschluss

Die Rückforderung könnte jedoch gem. § 814 BGB ausgeschlossen sein. Dann müsste B gewusst haben, dass sie zur Leistung nicht verpflichtet war.

Es schadet dabei nur positive Kenntnis der Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung. Bloße Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich das Fehlen einer Verpflichtung ergibt, reicht alleine nicht aus, ebenso wenig grobe Fahrlässigkeit. Auch bloße Zweifel am Bestehen der Schuld reichen grundsätzlich nicht. Allerdings ist mit Kenntnis der Rechtslage jedoch nicht die exakte juristische Subsumtion gemeint. Vielmehr reicht eine Art „Parallelwertung in der Laiensphäre“. Der Leistende muss wissen, dass er nicht leisten muss.

B hat angegeben, dass sie die € 20.000,00 nur des „lieben Friedens willen“ gezahlt habe. Fraglich ist damit, ob sie wusste, dass sie zur Leistung nicht verpflichtet ist.

Die Aussage, dass sie nur des „lieben Friedens willen“ gezahlt hat, kann verschiedenartig ausgelegt werden. Zum einen kann dies bedeuten, dass sich B nicht sicher ist und damit Zweifel hat, ob sie zur Leistung verpflichtet ist und deshalb gezahlt hat. Wenn sie dies gedacht haben sollte, so lägen die Voraussetzungen des § 814 BGB nicht vor. Daneben könnte die Aussage auch so verstanden werden, dass sie zwar wusste, dass sie zur Zahlung nicht verpflichtet ist und durch die Zahlung nur einen Prozess vermeiden wollte. In diesem Falle wäre die Kondiktion ausgeschlossen.

Hier spricht die Aussage jedoch eher dafür, dass B wusste, dass sie zur Zahlung nicht verpflichtet ist und nur deshalb gezahlt hat, damit ihr Ehemann

keine Schwierigkeiten mit der Bank bekommen würde. Insofern liegen die Voraussetzungen des § 814 BGB hier vor. Folglich ist die Rückforderung aufgrund § 814 BGB ausgeschlossen.

[*Hinweis:* Hier sind grundsätzlich beide Lösungen vertretbar. Der Sachverhalt liegt auf der Grenze. Wichtig ist nur, dass Sie hier § 814 BGB sehen, der in der Praxis bei unbedachten Äußerungen häufig relevant werden kann.]

5. Zwischenergebnis

B hat keinen Anspruch auf Rückzahlung von € 20.000,00 gegen X gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

II. Ergebnis

B hat keine Ansprüche gegen die X.

2. Teil: Abwandlung 1

I. Anspruch der X gegen B auf Zahlung von € 330.000,00 gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 BGB

X könnte einen Anspruch auf Zahlung von € 330.000,00 gegen die B aus Bürgschaftsvertrag gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 BGB.

1. Bürgschaftsvertrag zwischen B und X

X und B haben sich über eine selbstschuldnerische Höchstbetragsbürgschaft in Höhe von € 350.000,00 geeinigt (s.o.).

2. Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrages

Die Bürgschaft könnte jedoch wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Dann müsste nach dem hier favorisierten Ansatz der Rechtsprechung eine krasse finanzielle Überforderung der B vorliegen. Darüber hinaus müsste krasse finanzielle Überforderung Ausdruck der strukturellen Unterlegenheit der B sein, die sich aus einem besonderen Näheverhältnis ergeben kann. Die Sittenwidrigkeit dürfte nicht im Rahmen einer

Gesamtabwägung entfallen und die Bank müsste Kenntnis von der Sittenwidrigkeit gehabt haben.

a) Krasse Finanzielle Überforderung

Eine krasse finanzielle Überforderung liegt, wie bereits oben geprüft, vor.

b) Besonderes Näheverhältnis

Ein besonderes Näheverhältnis – und damit eine strukturelle Unterlegenheit – bestand zwischen der B und ihrem Ehemann ebenfalls.

c) Widerlegung der Sittenwidrigkeitsvermutung

Die Vermutung der Sittenwidrigkeit der Bürgschaft könnte jedoch durch eine Gesamtabwägung widerlegt werden, wenn die Bank ein anerkanntes Interesse an der Mithaftung der finanziell krass überforderten Ehefrau gehabt hat. Ein solch anerkanntes Interesse an der Mithaftung ist nach der Rspr. des BGH u.a. dann gegeben, wenn der Gläubiger auf einen zu erwartenden späteren Vermögenserwerb des Bürgen zugreifen können will [BGH NJW 99, 58; BGH NJW 2002, 2228; Palandt/Heinrichs § 138 Rn. 38d). Die Sittenwidrigkeit entfällt aber nur dann, wenn der beschränkte Haftungszweck unzweideutig vertraglich festgelegt worden ist. [BGH NJW 99, 58].

Im vorliegenden Fall hat B in den Verhandlungen über die Erhöhung des Kontokorrentkredites gegenüber dem Mitarbeiter der Bank erklärt, dass sie von ihrer Tante als Erbin eingesetzt worden sei und daher mit einem bedeutenden Erbe rechne. Diese Erklärung wurde auch in die Vertragsurkunde aufgenommen. Nach den Grundsätzen der Rspr. könnte man daher davon ausgehen, dass die Bürgschaft wirksam sei.

Problematisch ist jedoch, dass der Bankangestellte den Kredit von dieser Erklärung der B abhängig gemacht hat und eine solche Aussicht auf Vermögenszuwachs bei der B niemals bestand, hatte sich doch B bereits vor Jahren mit ihrer Tante überworfen und daher als Erbin nicht vorgesehen. Insofern hat sie diese Erklärung nur unter Druck „pro forma“ abgegeben.

Fraglich ist demnach, ob diese Vorgehensweise gegen die Grundsätze von Treu und Glauben gem. § 242 BGB (sog. „exceptio doli specialis“ – ein durch unredliches Verhalten erworbene Recht ist nicht schutzwürdig nun damit unwirksam) verstößt und deshalb die Erklärung unwirksam ist, da die Bank of-

fensichtlich nur deshalb die Erklärung gefordert hat, damit die Bürgschaft den Anforderungen an die Wirksamkeit der Rechtsprechung entsprach.

Sofern man dieser Argumentation nicht folgen will, da sie evt. schwerlich zu beweisen sein wird, könnte man folgendermaßen argumentieren: Wenn die Bürgschaft den Zweck hat, die Haftungsmasse durch einen erwarteten Vermögenszuwachs zu erweitern, so kann die Inanspruchnahme des Bürgen erst dann möglich sein, wenn der in Aussicht genommene Vermögenszuwachs tatsächlich stattgefunden hat (i.S.e. stillschweigenden pactum de non petendo – vgl. BGHZ 128, 230, 233 ff.) Hat dieser noch nicht stattgefunden, ist eine mögliche Klage der Bank als derzeit unbegründet abzuweisen. [vgl. BGHZ 134, 325 (330)] Auch über diese Argumentation würde man daher zu einem Schutz der B gelangen.

[*Hinweis:* Die entsprechende Rspr., die darauf hinweist, dass ein Interesse an einem Vermögenszuwachs besteht, wenn dieser im Vertrag konkret festgelegt ist, ist nicht ganz eindeutig. Nicht geklärt wird, ob dann der Vertrag gänzlich wirksam ist oder nur eine Haftung in Höhe des Vermögenszuwachses gegeben ist. Nach dem Zweck des Zugriffs auf einen Vermögenszuwachs ist wohl letztere Deutung wahrscheinlich und nach BGH NJW 99, 58 (59) auch gewollt.]

Die Bürgschaft könnte jedoch dann wirksam sein, wenn der Mitarbeiter nicht wusste, dass eine solche mögliche Erbschaft nie bestanden hat. Dies wäre allerdings recht formal gedacht. Zwar hat B vorliegend nicht gesagt, dass eine solche Erbschaft nie gegeben sei. Allerdings musste der Mitarbeiter davon ausgehen, dass B über keinerlei weiteres – als bisher angegebenes Vermögen – verfügte.

Bei alledem ist jedoch zu bedenken. Der Mitarbeiter der Bank hat bewusst die Eheleute zu einer Abgabe einer entsprechenden Erklärung gebracht, um den Bürgschaftsvertrag zu „retten“. Ein solches Verhalten widerspricht den Grundsätzen von Treu und Glauben. Dann ist jedoch die Bank nicht schützenswert. Denn man überlege sich den Fall, dass die Ehefrau nun wiedererwartend doch eine Erbschaft von ihrer Tante erhält. In diesem Fall könnte die Bank gleichwohl auf die Erbschaft zurückgreifen, obwohl eine solche Aussicht –

wenigstens bei Vertragsschluss – nicht bestand. Und genau dieser Zeitpunkt ist für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit entscheidend.

Mithin wird durch die Gesamtabwägung die Vermutung der Sittenwidrigkeit nicht widerlegt.

[*Hinweis:* Hier war jedes Ergebnis vertretbar. Entscheidend ist nur, dass Sie das Problem der provozierten Erklärung sehen und entsprechend diskutieren.]

d) Kenntnis der Bank

Die Bank hatte Kenntnis über die die Sittenwidrigkeit begründenden maßgeblichen Umstände.

II. Ergebnis

X hat keinen Anspruch auf Zahlung von € 330.000,00 gegen die B aus Bürgschaftsvertrag gem. § 765 Abs. 1 BGB i.V.m. § 488 Abs. 1 BGB.

3. Teil: Abwandlung 2

I. Anspruch der X gegen B auf Zahlung von € 330.000,00 gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 BGB

X könnte einen Anspruch auf Zahlung von € 330.000,00 gegen die B aus Bürgschaftsvertrag gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 BGB haben.

1. Bürgschaftsvertrag zwischen B und X

X und B haben sich über eine selbstschuldnerische Höchstbetragsbürgschaft in Höhe von € 350.000,00 geeinigt (s.o.)

2. Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrages

Die Bürgschaft könnte jedoch wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Dann müsste nach dem hier favorisierten Ansatz der Rechtsprechung eine krasse finanzielle Überforderung der B vorliegen, ein besonderes Näheverhältnis vorliegen und im Rahmen einer Gesamtabwägung die Sittenwidrigkeit nicht entfallen.

a) Krasse finanzielle Überforderung

Eine krasse finanzielle Überforderung liegt, wie bereits oben geprüft, vor.

b) Besonderes Näheverhältnis

Ein besonderes Näheverhältnis liegt wie oben geprüft vor.

c) Gesamtabwägung

Die Vermutung der Sittenwidrigkeit der Bürgschaft könnte jedoch durch eine Gesamtabwägung widerlegt werden, wenn die B aus der Erhöhung des Kontokorrentkredites einen unmittelbaren Vorteil erlangt hat. Nach der Rspr. des BGH entfällt in diesem Fall der Vorwurf der Sittenwidrigkeit. [BGH NJW 99, 2584]

B hat vor Abschluss des Bürgschaftsvertrages einen 20%-igen Geschäftsanteil übernommen. Die Übernahme der Bürgschaft war notwendig, da ansonsten X keinen weiteren Kredit zum Erwerb der Computeranlage gewährt hätte. Ein unmittelbarer Vorteil könnte also darin liegen, dass der Geschäftsbetrieb der A-GmbH Aufrecht erhalten worden ist und B damit auch Gewinne erzielen kann. Wenn man die Übernahme der Bürgschaft formal betrachtet, dann hat sie zweifellos einen unmittelbaren Vorteil dadurch erlangt, dass der Geschäftsbetrieb durch den Kredit am Leben gehalten worden ist.

Allerdings könnte man auch diskutieren, dass der Erwerb der Geschäftsanteile unmittelbar im Zusammenhang mit der Erweiterung des Kontokorrentkredites stand. Problematisch könnte daran sein, dass ein „freier Wille“ zur Übernahme eines Geschäftsanteils nicht vorhanden war und insofern die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit bei Bürgschaftsverträgen umgangen werden sollte. Allerdings könnte man der Ansicht sein, dass die Übernahme der Anteile nur „pro-forma“ erfolgte, um die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft zu verhindern. Dies wiederum würde zu dem Schluss führen, dass die Übernahme der Bürgschaft gegen Treu und Glauben verstößt und damit nichtig ist. Hierbei ist jedoch folgendes zu berücksichtigen: Sprechen die Eheleute bei einer anderen Bank als der X für einen Kredit vor, so könnten sich die Eheleute gerade nicht darauf berufen, dass B den Anteil nur wegen des Darlehens übernommen hätte (unabhängig von der Frage, ob eine andere Bank überhaupt einen Kredit geben würde). Mithin wäre eine solche Argumentation nur bei der Bank X erfolgreich. Solange also Gewinnbeteiligungsrechte und Ab-

findungsansprüche in nennenswertem Umfang bestehen, kommt man an dem Eigeninteresse nur schwer vorbei. Dann müsste man aber zu dem Ergebnis gelangen, dass die Bürgschaft nicht sittenwidrig ist.

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass die Bürgschaft nicht sittenwidrig ist.

[*Hinweis:* Auch hier ist jedes Ergebnis vertretbar. Die gewählte rechtliche Konstruktion zeigt jedoch, wie einfach man eine ständige Rspr. ins Wanken bringen kann, ohne dass dem Bürgen geholfen werden kann. In diesem Falle wird der B allerdings helfen, dass sie wenigstens nach 7 Jahren eine Restschuldbefreiung nach den §§ 286 ff. InsO erhalten kann.]

II. Ergebnis

Die X hat einen Anspruch auf Zahlung von € 330.000,00 gegen B aus Bürgschaftsvertrag gem. § 765 Abs. 1 BGB i.V.m. § 488 Abs. 1 BGB.