

Examensübungsklausur: Geteiltes Leid ist halbes Leid?

Wiss. Mitarbeiter Adrian Kaufmann, Kiel*

Die Klausur wurde im April 2024 im Examensübungsklausurenkurs der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel gestellt. Der Notendurchschnitt lag bei 6,26 Punkten bei einer Durchfallquote von 19,32 % und einer Prädikatsquote von 17,04 %. Behandelt werden einige klassische Probleme im Kreditsicherungsrecht, die teilweise in ungewohntem Gewand auftreten und die von weniger bekannten Problemen flankiert werden. Die Prüfung erfordert einen sicheren Umgang in den ersten drei Büchern des BGB und aufgrund einer prozessualen Zusatzfrage Grundkenntnisse im Zivilprozessrecht.

Sachverhalt

A hat sich früh selbstständig gemacht und konnte sich dank einer guten Auftragslage lange einen teuren Lebensstil leisten. Auch wenn seine Aufträge seit der Corona-Pandemie bedenklich zurückgegangen sind, kann sich A nicht von seinem gewohnten Lebensstil lösen. Als neues Prestigeobjekt plant er eine Segelyacht zu erwerben. Um den Kaufpreis stemmen zu können, benötigt er allerdings ein Darlehen. Die G-Bank ist bereit, A ein Darlehen i.H.v. 100.000 € bis 200.000 € zu gewähren, abhängig von den Sicherheiten, die A anbieten kann.

A bittet daher seinen wohlhabenden Bruder B, eine Bürgschaft zu übernehmen. B unterstützt A gerne. Da die Höhe des Darlehens noch nicht feststeht, bereitet B eine selbstschuldnerische Bürgschaftserklärung vor, die er unterschreibt und bei der er den Umfang der Bürgschaft frei lässt. A soll nach den Gesprächen mit der G-Bank einen Betrag von maximal 200.000 € eintragen und die Erklärung per Post an die G-Bank schicken.

Begeistert von diesem schnellen Erfolg versucht A auch noch seinen Freund P für eine Sicherheit zu begeistern. P ist jedoch skeptisch, da er A nie für besonders geschäftstüchtig gehalten hat und deshalb von einem hohen Haftungsrisiko ausgeht. Diesen Einwand entkräftet A, indem er P von seinen Geschäftserfolgen und der guten Auftragslage berichtet. Dass die Aufträge seit ein paar Jahren stark zurückgegangen sind, erwähnt er bewusst nicht. So kann er P überzeugen, zwei Oldtimer im Wert von jeweils 100.000 € an die G-Bank zu verpfänden.

Angesichts dieser Sicherheiten erklärt sich die G-Bank zu einer Darlehensgewährung i.H.v. 200.000 € bereit. Der schriftlich geschlossene Darlehensvertrag sieht vor, dass A das Darlehen sowie Zinsen in Raten von monatlich 2.500 € zurückzahlen muss. Informationen über ein Widerrufsrecht erhält er nicht. Zuhause ergänzt A in der Bürgschaftserklärung des B den Umfang von 200.000 € und schickt die Erklärung per Post an die G-Bank. Dort wird sie von einem vertretungsberechtigten Mitarbeiter der G-Bank zu den übrigen Unterlagen geheftet, die das Darlehen des A betreffen. A teilt B mit, die G-Bank gewähre ihm ein Darlehen über 200.000 €, weshalb er den entsprechenden Betrag ergänzt habe. B zeigt sich damit zufrieden. P verpfändet und übergibt die Oldtimer an einen Mitarbeiter der G-Bank. Daraufhin zahlt diese das Darlehen an A aus.

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht von Prof. Dr. Matthias Fervers, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

Kaufmann: Geteiltes Leid ist halbes Leid?

A erwirbt die Segelyacht und findet im Segeln seine neue Leidenschaft. Dadurch verschieben sich seine Prioritäten zulasten seiner selbstständigen Tätigkeit. Er hat akute Zahlungsnot und zahlt keine der Raten zurück. Nach acht Monaten befindet sich A mit 20.000 € in Verzug. Die G-Bank setzt A formgerecht eine zweiwöchige Frist zur Zahlung dieses Betrages und droht – ebenfalls formgerecht – an, den gesamten Restbetrag von 200.000 € andernfalls zurückzufordern. A kommt der Aufforderung nicht nach. Die G-Bank kündigt das Darlehen formgerecht und fordert von A Rückzahlung der 200.000 €. Da sie A für zahlungsunfähig hält, wendet sich die G-Bank an B.

Aufgabe 1

Hat die G-Bank gegen B einen Anspruch auf Zahlung der 200.000 €?

Fortsetzung 1

B gibt nach und zahlt 200.000 € an die G-Bank. B wendet sich nun seinerseits an P und droht P an, dessen Oldtimer öffentlich versteigern zu lassen, um die 200.000 € zurückzuerlangen. P ist entsetzt, hatte er doch auf die Geschäftstüchtigkeit und Zahlungsfähigkeit des A vertraut. Als B ihm erzählt, dass sich die Auftragslage des A bereits vor dem Darlehen stark verschlechtert hatte, ist P erbost. Er hält B entgegen, A habe ihn (P) über den Tisch gezogen. Hätte er von der schlechten Auftragslage oder der Geschäftsuntüchtigkeit des A gewusst, hätte er seine Oldtimer nie an die G-Bank verpfändet. Zudem muss P feststellen, dass die G-Bank die Oldtimer – wie sie es auch mit eigenen Fahrzeugen zu tun pflegt – nicht gänzlich witterungsgeschützt gelagert hat. Durch die Witterung ist an einem Oldtimer ein Rostschaden entstanden, der seinen Wert von 100.000 € auf 70.000 € senkt. P ist der Auffassung, B dürfe die Oldtimer nicht verwerten, bis die G-Bank ihm den Schaden an dem Oldtimer ersetzt habe.

Aufgabe 2

Hat B gegen P einen Anspruch auf Duldung der Verwertung beider Oldtimer i.H.v. bis zu 200.000 €?

Fortsetzung 2

B will auch A in Regress nehmen. Er erwirkt einen Titel und vollstreckt in die (nicht im Schiffsregister eingetragene) Yacht des A, die im Kieler Yachthafen ankert. Das Eigentum an der Yacht hatte A vorher zur Sicherung einer anderen Darlehensforderung an D übertragen. D will sich nun gegen die Vollstreckung in die Yacht wehren.

Aufgabe 3

Hat eine Klage des D mit dem Ziel, die Vollstreckung in die Yacht zu verhindern, Aussicht auf Erfolg?

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1: G-Bank gegen B auf Zahlung von 200.000 € nach § 765 Abs. 1 BGB	993
I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag.....	993
1. Vertragsschluss.....	993

a) Bürgschaftserklärung durch B	993
aa) Analoge Anwendbarkeit der §§ 164 ff. BGB.....	993
bb) Offenkundigkeit	994
cc) Ausfüllungsermächtigung.....	995
dd) Ermächtigung kraft Rechtsscheins analog § 172 Abs. 2 BGB.....	995
ee) Zwischenergebnis	996
b) Annahme durch die G-Bank	996
2. Keine Nichtigkeit wegen Formmangels	996
3. Keine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit	997
II. Bestehen der Hauptforderung.....	997
III. Kein Widerruf	997
IV. Fälligkeit.....	998
V. Einrede der Vorausklage	998
VI. Einrede der Gestaltbarkeit analog § 770 Abs. 1 BGB.....	998
1. Widerrufsmöglichkeit.....	998
2. Planwidrige Regelungslücke	999
3. Teleologische Reduktion des § 770 Abs. 1 BGB	999
VII. Ergebnis.....	1000
Aufgabe 2: Anspruch auf Duldung der Verwertung beider Oldtimer i.H.v. bis zu 200.000 € aus §§ 1228 Abs. 2 S. 1, 1204, 774 Abs. 1 S. 1, 1250 Abs. 1 S. 1 BGB	1000
I. Entstehen des Pfandrechts bei der G-Bank	1000
1. Einräumung des Pfandrechts, § 1205 Abs. 1 BGB.....	1000
2. Anfechtung, § 142 Abs. 1 BGB.....	1000
a) Anfechtungsgrund	1000
aa) Arglistige Täuschung, § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB.....	1000
bb) Eigenschaftsirrtum, § 119 Abs. 2 Var. 1 BGB.....	1001
b) Anfechtungserklärung, § 143 Abs. 1, Abs. 2 Var. 1 BGB	1001
c) Zwischenergebnis.....	1002
3. Anfängliche Übersicherung, § 138 Abs. 1 BGB	1002
II. Übergang des Pfandrechts auf B.....	1002
III. Umfang des Verwertungsrechts	1002
1. Planwidrige Regelungslücke	1003
2. Vergleichbarkeit der Interessenlagen mit §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 BGB	1003
3. Anteiliger Ausgleich	1004
IV. Fälligkeit der Hauptforderung.....	1004

V. Einrede der Gestaltbarkeit § 1210 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 770 Abs. 1 BGB analog....	1004
VI. Einrede aus § 273 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 412, 404 BGB	1005
1. Anspruch des P gegen die G-Bank aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.....	1005
2. Anspruch des P gegen die G-Bank aus § 823 Abs. 1 BGB	1005
3. Fälligkeit im Zeitpunkt des Forderungsübergangs und Konnexität	1005
4. Zwischenergebnis.....	1006
VII. Ergebnis.....	1006
Aufgabe 3: Erfolg einer Klage des D mit dem Ziel, die Vollstreckung in die Yacht zu verhindern	1006
I. Zulässigkeit	1006
1. Statthaftigkeit.....	1006
2. Zuständigkeit.....	1007
3. Rechtsschutzbedürfnis.....	1007
II. Begründetheit.....	1007
III. Ergebnis.....	1007

Aufgabe 1: G-Bank gegen B auf Zahlung von 200.000 € nach § 765 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch der G-Bank gegen B auf Zahlung von 200.000 € kann sich nur aus § 765 Abs. 1 BGB ergeben.

I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

Dazu müssten die G-Bank und B zunächst einen wirksamen Bürgschaftsvertrag geschlossen haben.

1. Vertragsschluss

a) Bürgschaftserklärung durch B

Die Bürgschaftserklärung des B stellt ein Angebot auf den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages dar. Der Inhalt der Bürgschaftserklärung stammt jedoch nicht ausschließlich von B, vielmehr haben B und A den Inhalt zusammen geschaffen. B formulierte eine Blankettbürgschaft, die A absprachegemäß ausfüllen sollte. Diese Ergänzung des Blanketts durch A müsste B zurechenbar sein. Eine Zurechnung könnte über § 164 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgen.

aa) Analoge Anwendbarkeit der §§ 164 ff. BGB

A hat keine eigene Willenserklärung abgegeben, sondern lediglich die Willenserklärung des B ergänzt. Die Ergänzung stellt jedoch lediglich einen Realakt dar.

Die §§ 164 ff. BGB können aber analog angewendet werden, wenn eine solche Ausfüllungsermächtigung planwidrig nicht geregelt ist und die Interessenlage bei der Ausfüllungsermächtigung mit der Interessenlage bei der Stellvertretung vergleichbar ist.

Die Ausfüllungsermächtigung lässt sich unter kein geregelttes Institut der Zurechnung fassen. Das Ergänzen einer Willenserklärung übersteigt die Rechte eines Boten.¹ Zudem stellt sie keine Ermächtigung i.S.d. § 185 Abs. 1 BGB dar. Denn anders als bei der Ermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB nimmt der Ermächtigte mit dem Ergänzen der Erklärung kein eigenes Rechtsgeschäft vor.² Von der Leistungsbestimmung durch Dritte nach §§ 315 Abs. 1, 2, 317 Abs. 1 BGB unterscheidet sich die Ausfüllungsermächtigung schließlich dadurch, dass die Leistung vom Ermächtigten nicht nach Vertragsschluss bestimmt wird, also das schuldrechtliche Bestimmtheiterfordernis nicht gelockert werden muss. Die Planwidrigkeit dieser Regelungslücke ergibt sich daraus, dass das Gesetz die Ausfüllungsermächtigung in Art. 10 Wechselgesetz voraussetzt.

Die Situation der Ausfüllungsermächtigung ist mit der gewillkürten Stellvertretung vergleichbar. Wie der Vertretene räumt auch der Aussteller dem Ermächtigten die Rechtsmacht ein, rechtsgeschäftliche Wirkungen zwischen ihm und einem Dritten zu begründen.³ Überschreitet der Ermächtigte seine Ermächtigung entspricht es dem Interesse des Ausstellers ebenso wie dem des Vertretenen, das Recht zu haben, das Geschäft an sich zu ziehen, indem er es genehmigt.⁴ Der Dritte vertraut auf die Ermächtigung. Handelt der vermeintlich Ermächtigte ohne Ermächtigung und genehmigt der Aussteller das Geschäft nicht, besteht ein Bedürfnis, den Dritten für die Enttäuschung seines Vertrauens zu entschädigen. Diese Situation ist vergleichbar mit den Interessen beim Handeln ohne Vertretungsmacht. Insgesamt zeigt sich, dass die Interessen bei der Ausfüllungsermächtigung und der gewillkürten Stellvertretung im Wesentlichen identisch sind.

Die §§ 164 ff. BGB sind demnach analog anwendbar.

Hinweis: Es wird selbstverständlich nicht erwartet, dass die Bearbeiter Art. 10 Wechselgesetz kennen. In erster Linie sollten die Bearbeiter die Parallele der Ausfüllungsermächtigung zur Stellvertretung erkennen. Gute Bearbeiter können sich hier und in der Folge durch methodisch saubere Arbeit abheben, insbesondere durch die Prüfung einer vergleichbaren Interessenlage bei den Analogien.

bb) Offenkundigkeit

Auch wenn die Stellvertretungsregelungen analog anwendbar sind, muss A grundsätzlich das Handeln im Namen des B offenkundig machen. A hat die Bürgschaftserklärung zuhause ausgefüllt und an die G-Bank geschickt, ohne darauf hinzuweisen, dass A die Erklärung ergänzt hat. Für die G-Bank wirkte die Erklärung deshalb, als habe B sie vollständig und selbst fertiggestellt. In dieser Hinsicht besteht eine Parallele zum Handeln unter fremden Namen. Wie bei der sog. Identitätstäuschung kommt es dem Geschäftspartner darauf an, den Vertrag mit dem Aussteller zu schließen, nicht mit dem Ermächtigten. Andererseits muss der Rechtsverkehr für den Fall geschützt werden, dass der Ermächtigte ohne Ermächtigung handelt und sein Handeln nicht vom Aussteller analog § 177 Abs. 1 BGB genehmigt wird. Eben diesen Interessen wird das Stellvertretungsrecht gerecht. Insofern besteht wertungsmäßig kein Unterschied zwischen der offenen und der verdeckten Ausfüllung des Blanketts.⁵

¹ Zur Abgrenzung von Stellvertretung und Botenschaft *Keim*, NJW 1996, 2774.

² *Schilken*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, Vor. § 164 Rn. 72a.

³ *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 56.

⁴ Vgl. *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 21 zur Interessenlage bei der Stellvertretung.

⁵ *Keim*, NJW 1996, 2774; vgl. auch *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 64 f., der eine Analogie zu § 120 BGB mangels Vergleichbarkeit der Interessenlagen ablehnt.

Methodisch kann die Offenkundigkeit – wie bei der Identitätstäuschung – mit einer weiteren Analogie überwunden werden.⁶

cc) Ausfüllungsermächtigung

B hatte A mündlich eine Ausfüllungsermächtigung erteilt. Problematisch ist jedoch, ob die Ausfüllungsermächtigung mündlich erteilt werden konnte. § 766 S. 1 BGB fordert für die Bürgschaftserklärung die Schriftform. Die Ausfüllungsermächtigung könnte deshalb gem. § 125 S. 1 BGB nichtig sein. § 167 Abs. 2 BGB sieht vor, dass die Vollmacht nicht der Form bedarf, die für das Rechtsgeschäft vorgesehen ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Hierin zeigt sich die Trennung von Vollmacht und Vertretergeschäft. Dies kann aber dazu führen, dass der Formzweck der Formvorschrift nicht erfüllt wird. Insbesondere wenn der Form eine Warnfunktion zukommt, kann eine Warnung des Vertretenen erforderlich sein, da der Vertreter von dem Geschäft nicht wirtschaftlich betroffen ist (sog. principal-agent-Konflikt).⁷ In diesem Fall ist § 167 Abs. 2 BGB teleologisch zu reduzieren.

Eine Bürgschaft ist ein Risikogeschäft. Das damit einhergehende Risiko wird regelmäßig unterschätzt. § 766 S. 1 BGB soll den Bürgen davor schützen, sich voreilig zu verpflichten. Die Schriftform soll ihm das Risiko und die Tragweite seiner Verpflichtung vor Augen führen.⁸ Allein durch eine Unterschrift unter einer unvollständigen Bürgschaftserklärung oder gar einer Unterschrift auf einem leeren Blatt, wird der Bürge nicht hinreichend gewarnt. Das Risiko der Bürgschaft liegt in der Verpflichtung für eine bestimmte Schuld des Hauptschuldners einzustehen. Ohne Angaben zum Schuldner und der gesicherten Forderung kann dem Bürgen das Risiko der Bürgschaft nicht vor Augen geführt werden. Hinzu kommt, dass den Bürgen ein erhöhtes Risiko eines Missbrauchs der Ausfüllungsermächtigung trifft. Da das Risiko allein vom Bürgen getragen wird, reicht eine Warnung des Ermächtigten nicht aus. § 167 Abs. 2 BGB ist daher teleologisch zu reduzieren, weshalb die Ermächtigung nach § 766 S. 1 BGB der Schriftform bedarf.

Da B dem A die Ausfüllungsermächtigung nur mündlich erteilt hat, ist die Ermächtigung gem. § 125 S. 1 BGB nichtig. A handelte folglich ohne Ausfüllungsermächtigung, sodass sich hieraus keine Ermächtigung des A ergibt.

Hinweis: Der BGH hat früher bei der Bürgschaft an § 167 Abs. 2 BGB festgehalten.⁹ Es ist daher mit entsprechender Begründung vertretbar, § 167 Abs. 2 BGB nicht teleologisch zu reduzieren. Zudem wäre es mit entsprechender Begründung vertretbar anzunehmen, der Verstoß gegen § 766 S. 1 BGB führe zur Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages. Der BGH hatte dies in seiner Leitentscheidung angenommen, aber nicht begründet.¹⁰ In diesem Fall müssten Bearbeiter die Folgeprobleme hilfsgutachtlich prüfen.

dd) Ermächtigung kraft Rechtsscheins analog § 172 Abs. 2 BGB

B könnte aber auch kraft Rechtsscheins analog § 172 Abs. 2 BGB zur Ausfüllung ermächtigt gewesen sein. Die Analogie zu § 172 Abs. 2 BGB kann hier allerdings nicht über die Vergleichbarkeit von Vollmacht und Ausfüllungsermächtigung hergeleitet werden. Denn die parallele Situation zur Vollmachten-

⁶ Siehe hierzu etwa BGH, Urt. v. 3.3.1966 – II ZR 18/64 = NJW 1966, 1069 f.; Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 155.

⁷ Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 167 Rn. 19.

⁸ BGH, Urt. v. 29.2.1996 – IX ZR 153/95 = NJW 1996, 1467 (1468).

⁹ Siehe etwa BGH, Urt. v. 14.11.1991 – IX ZR 20/91 = NJW 1992, 1448 (1449 f.).

¹⁰ BGH, Urt. v. 29.2.1996 – IX ZR 153/95 = NJW 1996, 1467 (1469).

urkunde wäre eine Urkunde, aus der sich die Ausfüllungsermächtigung ergibt. Hier erhält die G-Bank nur die unterschriebene Bürgschaftserklärung. Eine Parallele zu § 172 Abs. 2 BGB besteht aber darin, dass B mit der Blankettbürgschaft einen schriftlich fixierten Rechtsschein geschaffen hat. Auf die Richtigkeit einer von B unterschriebenen Bürgschaftserklärung durften Dritte vertrauen. Dies entspricht auch der Wertung von § 440 Abs. 2 ZPO, wonach vermutet wird, dass der Text über der Unterschrift dem Willen des Ausstellers entspricht. Diese Parallele spricht für eine vergleichbare Interessenlage. Die planwidrige Regelungslücke kann auf das Fehlen einer entsprechenden Regelung gestützt werden.

Neben dem Rechtsschein erfordert die Rechtsscheinhaftung die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins und die Schutzwürdigkeit des Dritten. B hat A das Blankettformular ausgehändigt, sodass ihm der Rechtsschein analog § 172 Abs. 2 BGB zurechenbar ist. Die G-Bank kannte das Fehlen einer wirksamen Ausfüllungsermächtigung nicht und musste es auch nicht kennen, weshalb sie analog § 173 BGB schutzwürdig ist.

B war folglich analog § 172 Abs. 2 BGB zur Ausfüllung ermächtigt.

Hinweis: Es ist mit entsprechender Begründung auch vertretbar, die Analogie abzulehnen. Auch Bearbeiter, die diesen Weg gehen, kommen im Ergebnis zu einem wirksamen Vertragsschluss. B hat das Ausfüllen nach §§ 177 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB genehmigt. Das Schriftformerfordernis des § 766 S. 1 BGB gilt nach § 182 Abs. 2 BGB nicht für die Genehmigung. Anders als bei § 167 Abs. 2 BGB wird bei § 182 Abs. 2 BGB eine teleologische Reduktion zur Verwirklichung der Warnfunktion von der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung grundsätzlich abgelehnt.¹¹

ee) Zwischenergebnis

Die Vervollständigung der Bürgschaftserklärung durch A ist B analog § 164 Abs. 1 S. 1 BGB zuzurechnen. Mit Zugang des Briefes hat B der G-Bank daher ein Angebot auf Abschluss eines Bürgschaftsvertrages unterbreitet.

b) Annahme durch die G-Bank

Die Bürgschaftserklärung wurde von einem vertretungsberechtigten Mitarbeiter der G-Bank abgeholt. Darin liegt eine konkludente Annahme, die der G-Bank gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB zuzurechnen ist. Die Annahme ist B zwar nicht nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugegangen. § 151 S. 1 Var. 1 BGB sieht jedoch vor, dass der Zugang entbehrlich ist, wenn dies nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Eine solche Verkehrssitte besteht insbesondere bei Angeboten, die auf einen für den Empfänger lediglich rechtlich vorteilhaften Vertrag gerichtet sind.¹² Dies trifft auf die Bürgschaft des B zu, weshalb der Zugang der Annahme nach § 151 S. 1 Var. 1 BGB entbehrlich ist.

2. Keine Nichtigkeit wegen Formmangels

Die Bürgschaftserklärung bedarf gem. § 766 S. 1 BGB der Schriftform. Andernfalls ist der Bürgschaftsvertrag nach § 125 S. 1 BGB nichtig. B hat die Bürgschaftserklärung unterschrieben, der Text wurde aber nachträglich von A ergänzt. Der Text muss jedoch nicht zwingend vor der Unterschrift abgefasst werden. Aus der Perspektive des Rechtsverkehrs kommt der Unterschrift eine Abschluss- und Zuord-

¹¹ Vgl. hierzu *Regenfus*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2024, § 182 Rn. 155 ff. m.w.N.

¹² *Eckert*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 151 Rn. 8.

nungsfunktion auch dann noch zu, wenn sie vor der Abfassung des Textes geleistet wurde.¹³

Eine Formnichtigkeit ergibt sich auch nicht aus § 494 Abs. 1 BGB analog. Für die analoge Heranziehung der Informationspflichten des § 492 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 247 Art. 6, 10–13 EGBGB fehlt jedenfalls an einer vergleichbaren Interessenlage. Denn anders als der Darlehensnehmer muss der Bürge nicht vor einem vorschnellen Abschluss eines Darlehensvertrages abgehalten werden.¹⁴

Hinweis: Da es sich bei der analogen Anwendung der §§ 494 ff. BGB um ein „Standardproblem“ handelt, ist selbstverständlich auch eine ausführlichere Diskussion möglich.

3. Keine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit

Der Bürgschaftsvertrag ist auch nicht wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Bürgschaften naher Angehöriger sind nicht per se sittenwidrig. Die Sittenwidrigkeit erfordert hier, dass der Gläubiger die emotionale Verbundenheit eines finanziell krass überforderten Bürgen zum Darlehensnehmer ausnutzt.¹⁵ A und B sind zwar als Brüder nahe Angehörige und es kann von einer emotionalen Verbundenheit zwischen den beiden ausgegangen werden. Es fehlen jedoch Anhaltspunkte für eine krasse finanzielle Überforderung des B. Vielmehr ist B äußerst wohlhabend, was gegen eine finanzielle Überforderung des B spricht.

II. Bestehen der Hauptforderung

Hauptforderung ist der Anspruch der G-Bank gegen A auf Rückzahlung des Darlehens aus § 488 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB. A und die G-Bank haben sich auf den Abschluss eines Darlehensvertrages geeinigt. Der Darlehensvertrag ist als Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag i.S.d. § 491 Abs. 2 BGB zu qualifizieren. A hat das Darlehen privat aufgenommen (vgl. § 13 BGB) und die G-Bank kam bei der Gewährung des Darlehens ihrer gewerblichen Tätigkeit nach (vgl. § 14 BGB). Ausschlussgründe nach § 491 Abs. 2 S. 2 BGB liegen nicht vor.

Der Vertrag muss gem. § 492 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB schriftlich geschlossen werden und die in Art. 247 §§ 6 bis 13 EGBGB geregelten Angaben enthalten. Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 1 EGBGB fordert, dass bei Bestehen eines Widerrufsrechts nach § 495 BGB Angaben zur Frist und anderen Umständen des Widerrufs in den Vertrag aufgenommen werden müssen. A und die G-Bank schlossen den Bürgschaftsvertrag zwar schriftlich, der Vertrag enthielt aber keine Informationen über den Widerruf, obwohl A nach § 495 BGB ein Widerrufsrecht zusteht. Als Rechtsfolge für diesen Verstoß gegen Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 1 EGBGB sieht § 494 Abs. 1 BGB die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages vor. Der Mangel wurde allerdings nach § 494 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB dadurch geheilt, dass A das Darlehen empfangen hat.

III. Kein Widerruf

B hat den Bürgschaftsvertrag auch nicht wirksam gegenüber der G-Bank widerrufen. Zum einen hat er den Widerruf nicht erklärt. Ihm steht aber auch kein Widerrufsrecht zu. Als Widerrufsrecht kommt ein Fernabsatzvertrag nach §§ 312c, 312g Abs. 1 BGB in Betracht. § 312 Abs. 1 BGB erfordert aber für die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB, dass sich der Verbraucher zur Zahlung eines Preises verpflicht-

¹³ Einsele, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 126 Rn. 12.

¹⁴ Madus, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.11.2023, § 765 Rn. 73.

¹⁵ Habersack, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 764 Rn. 16.

tet. Einen „Preis“ entrichtet der Bürge jedoch nicht.¹⁶ Auch aus § 495 Abs. 1 BGB (analog) steht B kein Widerrufsrecht zu. Da es sich bei der Bürgschaft nicht um eine entgeltliche Finanzierungshilfe i.S.d. § 506 Abs. 1 S. 1 BGB handelt,¹⁷ ist § 495 Abs. 1 BGB nicht über die dortige Verweisung anwendbar. Für eine analoge Anwendung fehlt es jedenfalls an einer vergleichbaren Interessenlage. § 495 Abs. 1 BGB geht auf die Verbraucherkreditrichtlinie zurück. Die mit der Richtlinie verfolgte Markttransparenz für Kreditbedingungen ist aber nur für den Kreditnehmer relevant und nicht für Sicherungsgeber.¹⁸ Zudem besteht anders als für den Darlehensnehmer für den Bürgen keine Gefahr vorschnell zum Abschluss eines Darlehensvertrages gelockt zu werden, ohne vorher das Angebot mit denen anderer Darlehensgeber zu vergleichen.¹⁹

IV. Fälligkeit

Das Darlehen müsste fällig sein. Der Darlehensvertrag sieht eine Rückzahlung von 2.500 € monatlich vor. Die 20.000 € der ersten acht Raten sind daher fällig. Der Restbetrag ist fällig, wenn die Kündigung des Darlehensvertrages durch die G-Bank den Darlehensvertrag wirksam war. A befand sich mit zwei aufeinanderfolgenden Raten und einem Gesamtbetrag von 20.000 € (also 10 % des Darlehens) in Verzug. Die G-Bank hat A erfolglos und nach § 492 Abs. 5 BGB formgerecht eine zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Betrags gesetzt und darauf hingewiesen, dass sie bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlange. Dadurch war die G-Bank gem. § 498 Abs. 1 S. 1 BGB zur Kündigung des Darlehens berechtigt. Da die G-Bank die Kündigung auch nach § 492 Abs. 5 BGB formgerecht erklärt hat, war der gesamte Darlehensbetrag fällig.

V. Einrede der Vorausklage

B hat sich selbstschuldnerisch verbürgt. Dadurch steht ihm die Einrede der Vorausklage gem. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht zu.

VI. Einrede der Gestaltbarkeit analog § 770 Abs. 1 BGB

B könnte A aber die Einrede der Gestaltbarkeit analog § 770 Abs. 1 BGB entgegenhalten. § 770 Abs. 1 BGB beschränkt sich nach seinem Wortlaut auf die Einrede, dass der Hauptschuldner seine, auf den Vertrag mit dem Gläubiger gerichtete, Willenserklärung anfechten kann. § 770 Abs. 1 BGB könnte aber analog für Fälle angewendet werden, in denen der Hauptschuldner den Vertrag mit dem Gläubiger widerrufen kann. Dafür müsste A den Darlehensvertrag widerrufen können und die Voraussetzungen für eine Analogie zu § 770 Abs. 1 BGB müssten vorliegen.

1. Widerrufsmöglichkeit

A steht gem. § 495 Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht zu. Die Widerrufsfrist beträgt zwar nach § 355 Abs. 2

¹⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19 = NJW 2020, 3649 zur Fassung vor 2022. Dass der heutige Wortlaut enger gefasst ist, wird als Bestätigung dieser Rechtsprechung gedeutet, vgl. *Busch*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 312 Rn. 29 f.

¹⁷ OLG Stuttgart, Urt. v. 22.7.1997 – 6 U 31/97 = NJW 1997, 3450.

¹⁸ *Madaus*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.11.2023, § 765 Rn. 73, vgl. auch EuGH, Urt. v. 23.3.2000 – C-208/98 (Berliner Kindl) = NJW 2000, 1323 (1324 Rn. 25).

¹⁹ Siehe hierzu *Fervers*, AcP 222 (2022) 604 (625 m.w.N. sowie 621–625 insgesamt zu der Frage der analogen Anwendung des § 495 Abs. 1 BGB zugunsten des Bürgen).

S. 1, 2 BGB grundsätzlich 14 Tage beginnend mit dem Vertragsschluss. § 356b Abs. 2 S. 1 BGB ergänzt § 355 Abs. 2 S. 2 BGB aber dahingehend, dass die Frist nicht beginnt, bevor die Pflichtangaben aus § 492 Abs. 2 BGB nachgeholt wurden. Der Darlehensvertrag enthielt nicht die nach § 492 Abs. 2 BGB, Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 1 EGBGB notwendigen Angaben. Die Widerrufsfrist hat daher nach § 356b Abs. 2 S. 1 BGB noch nicht begonnen. Ein Ausschluss durch Ablauf einer Höchstfrist ist für Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge nicht vorgesehen, vgl. § 355b Abs. 2 S. 4 BGB. A kann den Darlehensvertrag daher weiterhin widerrufen.

2. Planwidrige Regelungslücke

Unklar ist, ob für die Einrede der Gestaltbarkeit eine planwidrige Regelungslücke vorliegt. § 770 Abs. 1 BGB beschränkt sich ausdrücklich nur auf die Gestaltungsmöglichkeit durch eine Anfechtung. Dies legt den Schluss nahe, der Gesetzgeber habe bewusst von einer Erweiterung auf andere Gestaltungsrechte des Hauptschuldners abgesehen. Gestützt wird diese Folgerung durch die Gesetzgebungsmaterialien. Danach wurde zwar beantragt, eine entsprechende Einrede zu schaffen, wenn dem Hauptschuldner ein Rücktrittsrecht zusteht. Der Antrag wurde aber zurückgenommen, nachdem darauf hingewiesen wurde, dass weitere Einreden des Bürgen die Rechtsstellung des Gläubigers zu stark einschränken würden.²⁰ Der Gesetzgeber war sich der Regelungslücke daher bewusst.

Hinweis: Die Bearbeiter sollten sich insbesondere mit dem Wortlaut des § 770 Abs. 1 BGB auseinandersetzen. Die Begründung über die Gesetzesmaterialien kann nicht erwartet werden.

Es ist gut vertretbar, mit der h.M.²¹ eine planwidrige Regelungslücke anzunehmen. Dann wäre auf die Vergleichbarkeit der Interessenlagen einzugehen. Hierfür spricht insbesondere, dass die Erweiterung des Akzessorietätsgrundsatzes auch für andere Gestaltungsrechte passt. Der Bürge kann das Recht nicht selbst ausüben, sodass eine ungewisse Lage besteht, bis der Hauptschuldner das Gestaltungsrecht ausübt oder nicht mehr ausüben kann. Ein Schutzbedürfnis besteht jedenfalls dann, wenn der Bürge – wie hier – sich nicht auf andere Einreden des Hauptschuldners (insbesondere § 320 Abs. 1 BGB) berufen kann und er nicht effektiv auf den Hauptschuldner einwirken kann, damit dieser das Gestaltungsrecht ausübt. In diesem Fall ist die teleologische Reduktion zu diskutieren.

3. Teleologische Reduktion des § 770 Abs. 1 BGB

Fraglich ist zudem, wie es sich auswirkt, dass die Bürgschaft auch den Rückgewähranspruch aus §§ 355 Abs. 3 S. 1, Abs. 1 S. 1, 356b Abs. 1, Abs. 2 BGB umfassen würde.²² Dieser Anspruch entspricht wirtschaftlich dem Anspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB, weshalb die Bürgschaftserklärung so ausgelegt werden kann, dass sich B auch für diesen Rückgewähranspruch verbürgen wollte. B haftet daher unabhängig davon, ob A den Darlehensvertrag widerruft. § 770 Abs. 1 BGB schützt den Bürgen aber gerade während der Schwebelage, da Ungewissheit darüber besteht, ob die Hauptschuld bestehen bleibt. Da sich erst die Ausübung des Gestaltungsrechts auf die Hauptforderung auswirkt, der Bürge es aber nicht selbst ausüben kann, wird der Bürge durch die Einrede geschützt, bis die Schwebelage beendet ist. Vorausgesetzt wird dabei aber, dass der Bürge in dieser Schwebelage

²⁰ *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 1022.

²¹ Siehe nur BGH, Urt. v. 10.1.2006 – XI ZR 169/05 = NJW 2006, 845 (846 Rn. 13); *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 770 Rn. 6; *Rohe*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 770 Rn. 5.

²² Ob die Bürgschaft auch Rückgewähransprüche umfasst, ist eine Frage der Vertragsauslegung. Dabei werden tendenziell geringe Anforderungen gestellt, *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 765 Rn. 66.

Kaufmann: Geteiltes Leid ist halbes Leid?

schutzwürdig ist. An einem Schutzbedürfnis fehlt es aber, wenn der Bürge – wie hier – auch für den etwaigen Rückforderungsanspruch einsteht. § 770 Abs. 1 BGB ist daher teleologisch zu reduzieren, sodass die Einrede nur in der Höhe geltend gemacht werden kann, in der sich die Forderung durch die Ausübung des Gestaltungsrechts verringern würde. Nur in Bezug auf diese Höhe besteht ein Schutzbedürfnis bei der Schwebelage. Die Einschränkung der Einrede führt zu einem Gleichlauf mit der Handhabung der Einrede aus § 770 Abs. 2 BGB. Auch hier ist anerkannt, dass der Bürge die Leistung nur in der Höhe verweigern darf, in der sich die Forderungen decken, also die Hauptforderung im Falle der Aufrechnung nach § 389 BGB erlöschen würde.

Da der Rückgewähranspruch aus §§ 355 Abs. 3 S. 1, Abs. 1 S. 1, 356b Abs. 1, Abs. 2 BGB ebenfalls auf die Zahlung von 200.000 € gerichtet ist, ist die Einrede vollständig ausgeschlossen.

Hinweis: Die teleologische Reduktion des § 770 Abs. 1 BGB ist nicht leicht zu erkennen. Die Diskussion dieser Frage stellt deshalb eine besondere Leistung dar.

VII. Ergebnis

Demnach steht der G-Bank gegen B ein Anspruch auf Zahlung von 200.000 € aus § 765 Abs. 1 BGB zu.

Aufgabe 2: Anspruch auf Duldung der Verwertung beider Oldtimer i.H.v. bis zu 200.000 € aus §§ 1228 Abs. 2 S. 1, 1204, 774 Abs. 1 S. 1, 1250 Abs. 1 S. 1 BGB

B könnte gegen P gem. §§ 1228 Abs. 2 S. 1, 1204, 774 Abs. 1 S. 1, 1250 Abs. 1 S. 1 BGB einen Anspruch auf Duldung der Verwertung beider Oldtimer i.H.v. bis zu 200.000 € haben.

I. Entstehen des Pfandrechts bei der G-Bank

P hat B kein Pfandrecht eingeräumt. Er könnte aber der G-Bank ein Pfandrecht eingeräumt haben, das auf B übergegangen ist.

1. Einräumung des Pfandrechts, § 1205 Abs. 1 BGB

P hat sich mit der G-Bank über die Einräumung eines Pfandrechts an den Oldtimern geeinigt (sog. Pfandbestellungsvertrag). Er hat die Oldtimer übergeben und war als Eigentümer zur Einräumung des Pfandrechts berechtigt. Mit dem Pfandrecht sollte die Forderung der G-Bank gegen A auf Rückzahlung des Darlehens gesichert werden. Wie bereits geprüft, besteht diese Forderung. P hat der G-Bank folglich wirksam ein Pfandrecht an den Oldtimern eingeräumt.

2. Anfechtung, § 142 Abs. 1 BGB

P könnte den (dinglichen) Pfandbestellungsvertrag angefochten haben, sodass seine darauf gerichtete Willenserklärung gem. § 142 Abs. 1 BGB *ex tunc* nichtig ist.

a) Anfechtungsgrund

aa) Arglistige Täuschung, § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB

Als Anfechtungsgrund kommt insbesondere § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB in Betracht. A hat P von seinen

wirtschaftlichen Erfolgen und der guten Auftragslage erzählt, dabei aber bewusst nicht erwähnt, dass die Auftragslage eingebrochen ist. Diese Erklärung erweckt den Anschein, als ob die gute Auftragslage immer noch bestehen würde. Seine Erklärung ist daher irreführend, sodass A den P aktiv über die Auftragslage getäuscht hat. Auf eine Täuschung durch Unterlassen kommt es deshalb nicht an. Die Täuschung durch A war vorsätzlich und widerrechtlich und hat bei P einen entsprechenden Irrtum erregt. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung könnte aber gem. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB ausgeschlossen sein. Dafür müsste A Dritter i.S.d. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB sein. Dritter ist jede Person, die nicht im Lager des Erklärungsempfängers steht.²³ Als A den P zur Gewährung von Sicherheiten überreden wollte, ist A aber im eigenen Interesse aufgetreten, da er die Sicherheiten benötigte, um das Darlehen zu erhalten. Er trat daher nicht als Interessenvertreter der G-Bank auf, weshalb er Dritter i.S.d. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB ist.²⁴ Da die G-Bank die Täuschung durch A weder kannte noch kennen musste, ist die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 2 S. 1 BGB ausgeschlossen.

bb) Eigenschaftsirrtum, § 119 Abs. 2 Var. 1 BGB

Ein Anfechtungsgrund könnte sich auch aus § 119 Abs. 2 Var. 1 BGB ergeben. P hatte A für geschäftstüchtig und daher für zahlungsfähig gehalten. Die Eigenschaft i.S.d. § 119 Abs. 2 Var. 1 BGB muss nach dem Wortlaut der Norm nicht zwingend eine Eigenschaft des Vertragspartners sein. Auch wenn sich P mit der G-Bank über die Einräumung des Pfandrechts geeinigt hat, scheitert die Anfechtung nicht bereits daran, dass sich P maximal über eine Eigenschaft des A geirrt hat. Geschäftstüchtigkeit und Zahlungsfähigkeit sind zudem Merkmale, die einer Person zumindest für eine gewisse Dauer anhaften oder sie kennzeichnen, weshalb sie Eigenschaften i.S.d. § 119 Abs. 2 Var. 1 BGB sind. Diese Eigenschaften des Hauptschuldners wurden von P bei der Einräumung des Pfandrechts der Einigung zumindest konkludent zugrunde gelegt. Ein Irrtum über sie berechtigt hier jedoch nicht zur Anfechtung, da der Irrtum vertraglich in der Risikosphäre des P liegt. Kreditsicherheiten werden gerade für den Zweck eingeräumt, sie zu verwerten, wenn der Hauptschuldner nicht zahlungsfähig ist. Dieser Zweck könnte nicht erreicht werden, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners den Sicherungsgeber zur Anfechtung berechtigen würde.²⁵

b) Anfechtungserklärung, § 143 Abs. 1, Abs. 2 Var. 1 BGB

Neben dem Anfechtungsgrund fehlt es auch an der Anfechtungserklärung. P hat zwar B gegenüber erklärt, er hätte die Oldtimer nie verpfändet, wenn er von der schlechten Auftragslage oder der Geschäftsuntüchtigkeit des A gewusst hätte. Diese Erklärung lässt sich nach §§ 133, 157 BGB als Anfechtungserklärung auslegen.

B müsste aber auch der richtige Anfechtungsgegner sein. Gem. § 143 Abs. 2 Var. 1 BGB ist bei einem Vertrag der andere Teil der richtige Anfechtungsgegner. Anderer Teil beim Pfandbestellungsvertrag war jedoch die G-Bank. Das Pfandrecht ist zwar aufgrund der Zahlung gem. §§ 774 Abs. 1 S. 1, 1250 Abs. 1 S. 1 BGB auf B zusammen mit der Darlehensforderung übergegangen. Dies ändert aber nichts daran, dass die G-Bank Empfänger der Willenserklärung des P war. B ist zwar wirtschaftlich von der

²³ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 879; Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2023, § 123 Rn. 74.

²⁴ Zur vergleichbaren Situation bei der Täuschung durch den Hauptschuldner bei der Bürgschaft Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 41 Rn. 115; BGH, Urt. v. 9.4.1992 – IX ZR 145/91 = NJW-RR 1992, 1005 (1006).

²⁵ Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2023, § 119 Rn. 139; Singer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 119 Rn. 89.

Kaufmann: Geteiltes Leid ist halbes Leid?

Anfechtung betroffen, weshalb erwogen wird, dem Schuldner ein Wahlrecht einzuräumen, ob er gegenüber dem Zedenten oder dem Zessionar aufrechnen will.²⁶ Dies würde aber dazu führen, dass der Schuldner durch den Forderungsübergang plötzlich besser stehen würde, was dem Grundsatz der zessionsrechtlichen Identität widerspricht.²⁷ Zudem könnte sinnvollerweise nur dem Zedenten ein Schadensersatzanspruch aus § 122 Abs. 1 BGB zustehen.²⁸

P konnte gegenüber B daher nicht wirksam anfechten.

Hinweis: Die Gegenauffassung ist mit entsprechender Begründung ebenfalls vertretbar. Bearbeiter mussten zudem nicht den Anfechtungsgrund und die Anfechtungserklärung prüfen. Ausreichend war, eine dieser beiden Voraussetzungen zu prüfen, zu diskutieren und abzulehnen.

c) Zwischenergebnis

Es liegt weder ein Anfechtungsgrund noch eine wirksame Anfechtungserklärung vor. Der Pfandbestellungsvertrag ist folglich nicht gem. § 142 Abs. 1 BGB nichtig.

3. Anfängliche Übersicherung, § 138 Abs. 1 BGB

Die Einräumung des Pfandrechts könnte wegen anfänglicher Übersicherung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Ein dafür notwendiges auffälliges Missverhältnis kommt in Betracht, wenn der aus den Sicherheiten realisierbare Vermögenswert über 200 % der Forderungshöhe beträgt.²⁹ Die G-Bank war bereits durch die Bürgschaft mit einem Haftungsumfang von 200.000 € gesichert. Durch die Pfandrechte erhält die G-Bank Verwertungsrechte an den Oldtimern, die zusammen ebenfalls einen Wert von 200.000 € haben. Die Sicherungen betragen demnach 200 % der gesicherten Forderungshöhe.

Eine Übersicherung führt bei Pfandrechten jedoch nicht zur Sittenwidrigkeit. Die §§ 1222, 1230 BGB setzen eine Übersicherung gerade voraus. Der Verpfänder wird dadurch auch nicht unzumutbar benachteiligt, da er durch die dingliche Surrogation nach § 1247 S. 2 BGB und die Akzessorietät geschützt wird. Eine Übersicherung ist daher bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs zulässig und stellt keinen Verstoß gegen die guten Sitten dar.³⁰

II. Übergang des Pfandrechts auf B

B hat durch die Zahlung der 200.000 € die G-Bank befriedigt, sodass der Anspruch der G-Bank gegen A auf Rückzahlung des Darlehens aus § 488 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB auf B gem. § 774 Abs. 1 S. 1 BGB übergegangen ist. Damit geht nach §§ 774 Abs. 1 S. 1, 1250 Abs. 1 S. 1 BGB auch das Pfandrecht auf B über.

III. Umfang des Verwertungsrechts

Aus den Pfandrechten wäre B grundsätzlich berechtigt, sich durch den Verkauf der gepfändeten

²⁶ Dörner, Dynamische Relativität, 1985, S. 248 f.; Neumann-Duesberg, NJW 1971, 271 (272); Scheyhing, in: Nörr/Scheyhing, Sukzessionen, 1. Aufl. 1983, S. 53.

²⁷ Lieder, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2024, § 404 Rn. 29.1.

²⁸ Nörr, in: Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzession, 2. Aufl. 1999, S. 41.

²⁹ Fischinger, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 138 Rn. 378.

³⁰ BGH, Urt. v. 17.1.1995 – XI ZR 192/93 = NJW 1995, 1085 (1086).

Sachen in der Höhe der gesicherten Forderung zu befriedigen. B würde demnach grundsätzlich bis zu 200.000 € des Veräußerungserlöses zustehen.

Die strikte Gesetzesanwendung würde dazu führen, dass bei gleichstufigen Sicherungen ein Sicherungsgeber immer vollständigen Regress bei anderen Sicherungsgebern suchen könnte. Der zuletzt in Anspruch genommene Sicherungsgeber würde hingegen den Schaden tragen. Auf ihn geht nur ein ungesicherter Anspruch über, der sich gegen einen typischerweise wenig solventen Schuldner richtet. Privilegiert wird also der Sicherungsgeber, der zuerst zahlt, weshalb es zu einem „Wettlauf der Sicherungsgeber“ kommt.

Dieses Ergebnis könnte durch eine Analogie zu §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 BGB korrigiert werden, sodass ein anteiliger Ausgleich nach dem Gedanken des Gesamtschuldnerausgleichs erfolgt.

1. Planwidrige Regelungslücke

Dafür müsste eine planwidrige Regelungslücke vorliegen. Das Gesetz regelt den Ausgleich zwischen Sicherungsgebern an verschiedenen Stellen: §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 BGB ordnen für Bürgen und Verpfänder einen anteiligen Ausgleich an, wenn es sich um gleichartige Sicherheiten handelt. § 1173 Abs. 1 BGB hingegen schließt einen Regress bei einer Gesamthypothek aus. Zweifel an der Planwidrigkeit der Regelungslücke weckt auch die Differenzierung zwischen den Verweisungen. Denn während § 1225 S. 2 BGB auf den gesamten § 774 BGB verweist, gilt nach § 1143 Abs. 1 S. 2 BGB lediglich § 774 Abs. 1 BGB. Dies erweckt den Anschein, als habe sich der Gesetzgeber mit dem Ausgleich der Sicherungsgeber gründlich auseinandergesetzt.

Das Festhalten an dem Prioritätsprinzip führt jedoch zu zufälligen Ergebnissen. Denn der Gläubiger hat in der Hand, welcher Sicherungsgeber endgültig haftet.³¹ Er hat die Wahl, an welchen Sicherungsgeber er sich wendet und damit von der endgültigen Haftung freistellt. Auch wenn durch das Prioritätsprinzip als positiver Nebeneffekt die Sicherungsgeber zu einer zügigen Leistung angespornt werden,³² ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sich nicht bewusst für eine willkürliche Haftung ausgesprochen hat. Damit liegt eine planwidrige Regelungslücke vor.

2. Vergleichbarkeit der Interessenlagen mit §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 BGB

Eine vergleichbare Interessenlage zu §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 BGB wird in der Literatur teilweise abgelehnt und stattdessen eine Analogie zu § 1173 Abs. 1 BGB befürwortet.³³ Dies würde einen Regress ausschließen. Dafür wird angeführt, die Sicherungsgeber könnten, wenn sie es für notwendig erachten, den Regress selbst regeln. Hatten sie keine Kenntnis voneinander, haben sie auch nicht erwartet, bei einem anderen Sicherungsgeber Regress nehmen zu können.³⁴ Dieses Modell löst aber nicht das Ausgangsproblem. Wenn kein Regress möglich ist, wird der Wettlauf der Sicherungsgeber nur verstärkt. Zudem handelt es sich bei § 1173 Abs. 1 BGB um eine Ausnahmegesetzgebung, die nicht analogiefähig ist.³⁵

Der anteilige Ausgleich analog §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2 BGB löst hingegen den Wettlauf der Sicherungsgeber auf und zufällige Ergebnisse werden vermieden. Zudem wird ein Gleichlauf zwischen

³¹ Kerbein, JA 1999, 377 (378).

³² Mertens/Schröder, Jura 1992, 305 (310).

³³ Becker, NJW 1971, 2151 (2154).

³⁴ Becker, NJW 1971, 2151 (2154).

³⁵ Kerbein, JA 1999, 377 (380); kritisch auch Mertens/Schröder, Jura 1992, 305 (307); siehe auch BGH, Urt. v. 29.6.1989 – IX ZR 175/88 = NJW 1989, 2530 (2531 f.).

dem Ausgleich bei gleichartigen und ungleichartigen Sicherungen hergestellt. Die Interessenlagen sind folglich vergleichbar.

Etwas anders gilt auch nicht, wenn – wie hier – einer der Sicherungsgeber ein Bürge ist. In der Literatur wird vielfach eine einseitige Privilegierung des Bürgen gefordert. Bei einem Ausgleich soll er vollständig Regress nehmen dürfen, selbst aber nicht von anderen Sicherungsgebern in Regress genommen werden können.³⁶ Da der Bürge persönlich haftet und regelmäßig aus altruistischen Motiven handele, sei er besonders schutzwürdig.³⁷ Zudem soll in § 776 BGB eine Privilegierung des Bürgen angelegt sein. § 776 BGB regelt aber nur das Verhältnis des Bürgen zum treuwidrig handelnden Gläubiger. Die Norm verhält sich nicht zum Verhältnis zwischen den Sicherungsgebern.³⁸ Die Schutzwürdigkeit des Bürgen rechtfertigt auch keine andere Entscheidung. Er ist das Risiko der Haftung bewusst eingegangen. Dass er persönlich haftet, wird durch Schutzvorschriften wie § 766 S. 1 BGB schon bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages berücksichtigt. Ohne gesetzliche Anordnung darf sein Risiko nicht auf andere Sicherungsgeber abgewälzt werden.³⁹

Hinweis: Eine so ausführliche Darstellung des Problems wurde von den Bearbeitern nicht erwartet. Eine kürzere Diskussion des Problems ist daher gut möglich.

Neben der hier vertretenen Auffassung ist es mit entsprechender Begründung auch vertretbar, einen Regress vollständig zuzulassen oder ganz auszuschließen. Zudem ist eine andere Darstellung des Streitstands möglich. Wichtig ist nur, dass die Bearbeiter normbezogen argumentieren.

3. Anteiliger Ausgleich

Demnach gehen die Pfandrechte zwar auf B über, er ist aber nur zu einer anteiligen Verwertung berechtigt. Der Anteil richtet sich analog §§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich nach Köpfen. Da B und P Sicherheiten in gleicher Höhe eingeräumt haben, ergibt sich aus diesen auch nichts „anderes“ i.S.d. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB. B ist daher nur zu einer Verwertung i.H.v. 100.000 € berechtigt. Dies ändert allerdings nichts daran, dass ein Pfandrecht an beiden Oldtimern besteht. B ist auch weiterhin berechtigt, beide Oldtimer zu verwerten, sofern dies erforderlich ist, vgl. § 1230 S. 1, 2 BGB.

IV. Fälligkeit der Hauptforderung

Die gesicherte Darlehensforderung ist fällig (siehe oben).

V. Einrede der Gestaltbarkeit § 1210 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 770 Abs. 1 BGB analog

Zwar kann A den Darlehensvertrag mit der G-Bank widerrufen. Mangels planwidriger Regelungslücke kann P dies B nicht als Einrede nach § 1210 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 770 Abs. 1 BGB analog entgegenhalten (siehe oben).

³⁶ Baur/Stürner, Sachenrecht, 19. Aufl. 2024, § 38 Rn. 103, § 55 Rn. 23; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, 5. Aufl. 2006, Rn. 1324–1328; Tiedtke, WM 1990, 1270 (1273).

³⁷ Tiedtke, WM 1990, 1270 (1273).

³⁸ Vgl. Gursky, JZ 1997, 1154 (1165).

³⁹ BGH, Urt. v. 16.1.1991 – IV ZR 263/89 = NJW-RR 1991, 682 (683).

Hinweis: Wer in der ersten Aufgabe die Analogie zu § 770 Abs. 1 BGB angenommen hat, muss konsequenterweise P die Einrede hier zugestehen.

VI. Einrede aus § 273 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 412, 404 BGB

P könnte ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB zustehen. Gem. §§ 412, 404 BGB kann P dem B auch ein Zurückbehaltungsrecht entgegenhalten, das ihm gegen die G-Bank zustand. Hierfür müsste P ein Anspruch gegen die G-Bank zustehen, der Anspruch muss bereits vor dem Übergang der Forderung fällig gewesen sein und in Konnexität zum Anspruch auf Duldung der Verwertung der Pfänder stehen.

1. Anspruch des P gegen die G-Bank aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

P könnte gegen die G-Bank ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zustehen. Zwischen P und der G-Bank bestand aufgrund des Pfandrechts ein gesetzliches Schuldverhältnis. Aus diesem traf die G-Bank insbesondere nach § 1215 BGB die Pflicht zur Verwahrung der Pfänder. Dazu gehört auch die Pflicht, die Pfandsache zu schützen. Die G-Bank hat die Oldtimer leichten Witterungsbedingungen ausgesetzt, was zu Rostschäden an einem der Oldtimer geführt hat. Durch die unsachgemäße Lagerung hat sie ihre Pflicht zum Schutz der Pfandsache fahrlässig verletzt. Möglich wäre aber, dass die G-Bank entsprechend § 690 BGB in ihrer Haftung privilegiert und ihre Sorgfalt auf die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten beschränkt ist. § 1215 BGB regelt selbst nur die Pflicht zur Verwahrung der Pfandsache. Für die weitere Ausgestaltung dieser Pflicht werden die §§ 688 ff. BGB entsprechend herangezogen.⁴⁰ § 690 BGB privilegiert den Verwahrer bei der unentgeltlichen Verwahrung. Auch wenn die G-Bank keine (weitere) Leistung für die Verwahrung erhält, besitzt sie die Pfandsache anders als der unentgeltliche Verwahrer im eigenen Interesse. Die Privilegierung beruht aber auf der Fremdnützigkeit der unentgeltlichen Verwahrung.⁴¹ Da dieser Zweck auf die Verwahrung der Pfandsache nicht zutrifft, wird der Pfandgläubiger nicht entsprechend § 690 BGB privilegiert. Durch die unsachgemäße Lagerung ist P ein Schaden i.H.v. 30.000 € entstanden. P steht demnach gegen die G-Bank ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 30.000 € aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu.

2. Anspruch des P gegen die G-Bank aus § 823 Abs. 1 BGB

Neben dem Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB steht P gegen die G-Bank auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB in gleicher Höhe zu. Die G-Bank hat die Oldtimer fahrlässigerweise falsch gelagert. Dadurch wurde das Eigentum des P an dem Oldtimer verletzt. Aus dieser Verletzung des Eigentums ist P ein Schaden i.H.v. 30.000 € entstanden.

3. Fälligkeit im Zeitpunkt des Forderungsübergangs und Konnexität

Die Ansprüche waren gem. § 271 Abs. 1 BGB sofort und damit bereits vor dem Übergang der Pfandrechte fällig. Die Ansprüche des P beruhen auf Verletzungen von Pflichten der G-Bank als Pfandgläubigerin. Damit stammen sie aus demselben rechtlichen Verhältnis i.S.d. § 273 Abs. 1 BGB.

⁴⁰ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 1215 Rn. 2; Schmidt, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 1215 Rn. 5.

⁴¹ Henssler, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 690 Rn. 1.

4. Zwischenergebnis

P kann gegenüber B ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB entgegenhalten.

VII. Ergebnis

B steht gegen P gem. §§ 1228 Abs. 2 S. 1, 1204, 774 Abs. 1 S. 1, 1250 Abs. 1 S. 1 BGB ein Anspruch auf Verwertung der Oldtimer i.H.v. bis zu 100.000 € Zug um Zug gegen Zahlung von 30.000 € durch die G-Bank zu.

Aufgabe 3: Erfolg einer Klage des D mit dem Ziel, die Vollstreckung in die Yacht zu verhindern

Hinweis: Die dritte Aufgabe gibt den Bearbeitern noch eine Möglichkeit, sich abzuheben. Auch ohne Bearbeitung dieser Aufgabe können problemlos durchschnittliche Noten vergeben werden. Bei der Bearbeitung dieser Aufgabe liegt der Schwerpunkt auf der Frage, ob Sicherungseigentum ein die Veräußerung hinderndes Recht i.S.d. § 771 Abs. 1 ZPO ist. Alle übrigen Voraussetzungen konnten im verkürzten Gutachtenstil oder Feststellungsstil geprüft werden.

I. Zulässigkeit

1. Statthaftigkeit

Statthaft könnte eine Drittwiderspruchsklage nach § 771 Abs. 1 ZPO sein. Dafür müsste D ein die Veräußerung hinderndes Recht geltend machen. D macht geltend, ihm stehe Sicherungseigentum an der Yacht zu. Problematisch ist aber, ob Sicherungseigentum überhaupt ein die Veräußerung hinderndes Recht ist.

Eigentum ist als stärkstes dingliches Recht ein die Veräußerung hinderndes Recht i.S.d. § 771 Abs. 1 ZPO. Für das Sicherungseigentum könnte aber etwas anderes gelten. Hierfür spricht, dass Sicherungseigentum wirtschaftlich gesehen einem besitzlosen Pfandrecht gleichsteht. Dies drückt auch § 51 Nr. 1 InsO aus. Während Eigentum in der Insolvenz grundsätzlich zur Aussonderung berechtigt, gewährt § 51 Nr. 1 InsO dem Sicherungseigentümer nur ein Absonderungsrecht. Er kann die Verwertung durch den Insolvenzverwalter gerade nicht verhindern, sondern wird nach der Verwertung nach § 170 Abs. 1 S. 2 InsO vorrangig befriedigt. Überträgt man diese Wertung auf die Einzelzwangsvollstreckung, dürfte dem Sicherungseigentümer nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung zustehen. In diesem Fall wäre § 805 Abs. 1 ZPO statthaft, nicht aber § 771 Abs. 1 ZPO.⁴²

Für die Einordnung als ein die Veräußerung hinderndes Recht und gegen die Statthaftigkeit von § 805 Abs. 1 ZPO spricht, dass auch der Sicherungseigentümer Volleigentümer der Sache ist. Juristisch gesehen besteht kein Qualitätsunterschied zwischen Sicherungseigentum und Eigentum, das aus anderen Gründen übertragen wurde. Ein Eigentum zweiter Klasse kennt das BGB nicht.⁴³ Zudem würde der Sicherungseigentümer um die Möglichkeit gebracht werden, die Sache selbst zu verwerten. Sofern er nach der Sicherungsabrede zum freihändigen Verkauf der Sache berechtigt ist, wird ihm dieses Privileg bei dem Weg über § 805 Abs. 1 ZPO genommen. Er müsste dann die Verwertung

⁴² So K. Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 771 Rn. 30.

⁴³ Sponheimer, JA 2018, 18 (20).

Kaufmann: Geteiltes Leid ist halbes Leid?

im Rahmen der Zwangsvollstreckung dulden, die regelmäßig zu geringeren Erlösen führt.⁴⁴ Will der Vollstreckungsgläubiger die Sache verwerten, kann er den Anspruch des Vollstreckungsschuldners auf Rückübertragung der Sache pfänden.⁴⁵

Auch das Sicherungseigentum stellt demnach ein die Veräußerung hinderndes Recht dar.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist gut vertretbar.

2. Zuständigkeit

Sachlich zuständig ist gem. §§ 71 Abs. 1, 23 Nr. 1 GVG i.V.m. § 6 S. 1 Var. 3 ZPO das Landgericht. Die (ausschließliche) örtliche Zuständigkeit richtet sich gem. §§ 771 Abs. 1, 802 ZPO nach dem Gerichtsbezirk, in dem die Vollstreckung erfolgt ist. Da die Vollstreckung in die Yacht in Kiel erfolgt ist, ist örtlich ausschließlich das Landgericht Kiel für die Klage zuständig.

3. Rechtsschutzbedürfnis

Auch ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, da die Zwangsvollstreckung bereits begonnen hat und noch nicht beendet ist.

Hinweis: Auf weitere allgemeine Zulässigkeits- oder Sachurteilsvoraussetzungen muss nicht eingegangen werden.

II. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn D ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht. A hat D die Yacht zur Sicherung einer Forderung übertragen. Damit ist die Klage auch begründet.

Hinweis: Die Frage, ob Sicherungseigentum ein die Veräußerung hinderndes Recht ist, kann auch in der Begründetheit verortet werden.

III. Ergebnis

Eine Klage des D ist zulässig und begründet. Sie hat daher Erfolg.

⁴⁴ Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2021, § 45 Rn. 37; Staufenbiel/Meurer, JA 2005, 796 (798).

⁴⁵ Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2021, § 45 Rn. 38.