

## 02/2021

24. JAHRGANG  
SEITEN 73 - 144



## IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

### ZIVILRECHT

- BGH ändert Rechtsprechung zum Widerruf bei Bürgschaftsübernahme: Kein Widerrufsrecht nach § 312g I BGB!!!
- Anerkennung (falscher) Nebenkosten auch im Wohnraummietrecht möglich – und Aufrechnung mit Barkaution auch!
- Brand in Werkstatthalle: Ist PKW unabhängig vom Grund für den Aufenthalt „in Betrieb“?
- Erstattungsanspruch gegen Miterben für die Erteilung eines Erbscheins
- kompakt: Kein Widerspruchsrecht gem. § 574 BGB trotz Schonfristzahlung! LG Berlin rebelliert umsonst!
- Recht skurril: Haftung des Halters eines sog. „E-Scooters“

### STRAFRECHT

- Analoge Anwendung der tätigen Reue auf die Qualifikation gem. § 306b II Nr. 1 StGB
- Anforderungen an Heimtücke und Verdeckungsmord bei Entführung der Tatopfer

### ÖFFENTLICHES RECHT

- BVerfG zur Strafbarkeit des sog. „Containerns“
- Vorrang der Transparenzregelungen des PartG vor dem Informationsfreiheitsgesetz

### TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Aktuelle Rechtsfragen zur Lohnfortzahlung in der SARS-CoV-2-Pandemie

### GRUNDFÄLLE

- Widerruf bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen („AvG-Vertrag“)
- Eigentumsgrundrecht (Art. 14 I GG)

### HEMMER.LIFE

- 25 Jahre hemmer/wüst Verlag



# E-BOOK LIFE&LAW FEBRUAR 2021

**Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger**

# INHALTSVERZEICHNIS

## ZIVILRECHT

### 1 BGH ÄNDERT RECHTSPRECHUNG ZUM WIDERRUF BEI BÜRGSCHAFTSÜBERNAHME: KEIN WIDERRUFSRECHT NACH § 312G I BGB!!!

#### A) Sounds

#### B) Problemaufriss

- I. Anwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB auf Schuldbeitritt und Bürgschaft
  1. Schuldbeitritt
  2. Die Bürgschaft
- II. Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB
  1. Schuldbeitritt
  2. Bürgschaft
    - a) Rechtslage bis zum 12.06.2014
    - b) Rechtslage seit dem 13.06.2014

#### C) Lösung

- I. Anspruch entstanden
  1. Bestehen einer zu sichernden Verbindlichkeit
  2. Zustandekommen eines wirksamen Bürgschaftsvertrages, § 765 BGB
  3. Keine Einrede der Vorausklage, § 771 BGB
- II. Anspruch durch Widerruf erloschen, § 355 I S. 1 i.V.m. § 312g I BGB?
  1. Voraussetzungen des § 312 I BGB
    - a) Verbrauchervertrag, § 310 III BGB
    - b) Vertrag über eine entgeltliche Leistung des Unternehmers G-Bank
      - aa) Ansicht des OLG Hamburg als Vorinstanz
      - bb) Ansicht des BGH: Bürgschaftsübernahme *kein* entgeltlicher Vertrag i.S.d. § 312 I BGB
  2. Keine Analogie des § 312 I BGB auf Verbraucherbürgschaften
    - a) Wille des Gesetzgebers
    - b) Keine planwidrige Lücke
  3. Keine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung des § 312 I BGB
- III. Endergebnis

#### D) Kommentar

#### E) Wiederholungsfrage

#### F) Zur Vertiefung

## **2 ANERKENNUNG (FALSCHER) NEBENKOSTEN AUCH IM WOHNRAUMMIETRECHT MÖGLICH – UND AUFRECHNUNG MIT BARKAUTION AUCH!**

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Anspruch aus §§ 311 I, 779 BGB
  1. Ursprünglich Anspruch in Höhe von 1.500,- € entstanden
    - a) Vertragsschluss (+)
    - b) Steht § 556 III, IV BGB entgegen?
  2. Anspruch i.H.v. 500 € gem. § 389 BGB durch Aufrechnung entfallen
- II. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## **3 BRAND IN WERKSTATTHALLE: IST PKW UNABHÄNGIG VOM GRUND FÜR DEN AUFENTHALT „IN BETRIEB“?**

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Anspruch gegen H aus § 7 I StVG
  1. H ist Halter seines Fahrzeugs
  2. Beschädigung der Werkstatt „bei dem Betrieb“?
    - a) *Conditio sine qua non* (+)
    - b) „Schutzzweck der Norm“?
- II. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## **4 ERSTATTUNGSANSPRUCH GEGEN MITERBEN FÜR DIE ERTEILUNG EINES ERBSCHEINS**

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 I BGB?
- II. Anspruch aus § 2038 I BGB
- III. Anspruch der A aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB
  1. Anwendbarkeit der GoA-Vorschriften
  2. Voraussetzungen der berechtigten GoA, § 683 BGB
    - Vorliegen einer GoA, § 677 BGB
    - Berechtigung der GoA
- IV. Anspruch der A aus § 684 S. 1 BGB i.V.m. §§ 812 ff. BGB
  1. Verbindlichkeit des B
  2. Ersparte Aufwendungen

#### V. Ergebnis

#### D) Kommentar

#### E) Wiederholungsfrage

#### F) Zur Vertiefung

## 5 KOMPAKT: KEIN WIDERSPRUCHSRECHT GEM. § 574 BGB TROTZ SCHONFRISTZAHLUNG! LG BERLIN REBELLIERT UMSONST!

#### B) Sound

#### C) Lösung

- I. Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung
- II. Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung
- III. Fortsetzung aufgrund Widerspruchs

## 6 RECHT SKURRIL: HAFTUNG DES HALTERS EINES SOG. „E-SCOOTERS“

#### A) Sound

#### B) Lösung

- I. Kein Anspruch aus § 823 I, II BGB
- II. Kein Anspruch aus § 18 I StVG
- III. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 7 I StVG
  1. Unfall zwar „bei Betrieb“ eines Kfz
  2. Aber: Haftungsausschluss gem. § 8 Nr. 1 StVG
- IV. Ergebnis

# STRAFRECHT

## **7** ANALOGE ANWENDUNG DER TÄTIGEN REUE AUF DIE QUALIFIKATION GEM. § 306B II NR. 1 STGB

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Strafbarkeit wegen besonders schwerer Brandstiftung gem. §§ 306a I, 306b II Nr. 1 StGB
  1. Objektiver Tatbestand
    - a) § 306a I StGB
    - b) § 306b II Nr. 1 StGB
  2. Subjektiver Tatbestand
  3. Rechtswidrigkeit und Schuld
  4. Tätige Reue, § 306e StGB analog
- II. Strafbarkeit wegen Brandstiftung gem. § 306 I Nr. 1 StGB
- III. Gesamtergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

## **8** ANFORDERUNGEN AN HEIMTÜCKE UND VERDECKUNGSMORD BEI ENTFÜHRUNG DER TATOPFER

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Strafbarkeit des T und G wegen Mordes gem. §§ 212 I, 211 StGB
  1. Tatbestand des § 212 I StGB
    - a) Objektiver Tatbestand
    - b) Subjektiver Tatbestand
  2. Verwirklichung von Mordmerkmalen, § 211 II StGB
    - a) Heimtücke
      - aa) Arglosigkeit im Zeitpunkt der ersten Tötungshandlung
      - bb) Vorverlagerung der Arglosigkeit
    - b) Verdeckungsabsicht, § 211 II Gruppe 3 Alt. 2 StGB
    - c) Habgier, § 211 II Gruppe 1 Var. 3 StGB
  3. Rechtswidrigkeit und Schuld
- II. Strafbarkeit der E wegen Mordes gem. §§ 212 I, 211 II, 25 II StGB
- III. Strafbarkeit der E wegen Beihilfe zum Mord gem. §§ 212 I, 211 II, 27 I StGB

1. **Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat**
  2. **Beihilfehandlung**
  3. **Subjektiver Tatbestand**
    - a) **Vorsatz bzgl. der Haupttat**
    - b) **Vorsatz bzgl. der Gehilfenhandlung**
  4. **Tatbestandsverschiebung, § 28 II StGB**
  5. **Rechtswidrigkeit und Schuld**
- IV. Gesamtergebnis**

D) **Kommentar**

E) **Wiederholungsfragen**

F) **Zur Vertiefung**

# ÖFFENTLICHES RECHT

## 9 BVERFG ZUR STRAFBARKEIT DES SOG. „CONTAINERNS“

A) **Sounds**

B) **Problemaufriss**

C) **Lösung**

- I. **Kein Verstoß gegen das in Art. 3 I GG verankerte allgemeine Willkürverbot**
- II. **Kein Verstoß gegen Verfassungsrecht aufgrund der strafrechtlichen Beweiswürdigung**
  1. **Prüfungsmaßstab**
  2. **Beweiswürdigung im vorliegenden Fall**
- III. **Kein Verstoß gegen das Ultima-Ratio-Prinzip**
- III. **Ergebnis**

D) **Kommentar**

E) **Wiederholungsfrage**

F) **Zur Vertiefung**

## 10 VORRANG DER TRANSPARENZREGELUNGEN DES PARTG VOR DEM INFORMATIONSFREIHEITSGESETZ

A) **Sounds**

B) **Problemaufriss**

C) **Lösung**

- I. **Prüfungsmaßstab**

II. Identischer sachlicher Regelungsgehalt

III. Abschließende Regelung der Materie durch die §§ 23 ff. PartG

IV. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

# TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

## AKTUELLE RECHTSFRAGEN ZUR LOHNFORTZAHLUNG IN DER SARS-COV-2-PANDEMIE

A) Einleitung

B) Diskutierte Fallgruppen des „Corona-Pandemie“-bedingten Lohnrisikos

I. Lohnanspruch gem. §§ 326 II S. 1 Alt. 1, 611a II BGB bei Verletzung pandemie-bezogener Arbeitsschutzpflichten

1. Coronabedingte Arbeitsschutzpflichten

2. Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung bei Verletzung der SARS-CoV-2-bezogenen Arbeitsschutzpflichten

II. Lohnanspruch bei pandemiebedingten Betriebseinstellungen nach der Lehre vom Betriebsrisiko, § 615 S. 3 i.V.m. §§ 615 S. 1, 611a II BGB

1. Grundsätze des Betriebsrisikos

2. Betriebsschließungen in der Pandemie

III. Lohnanspruch des an SARS-CoV-2 arbeitsunfähig erkrankten AN gem. § 3 EntgeltFZG

1. Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit

2. Monokausalität und Verhältnis von § 3 EntgeltFZG zu § 56 I IfSG

3. Kein Verschulden des AN

IV. Lohnanspruch bei pandemiebedingten Hindernissen in der Person des AN, §§ 616, 611a II BGB

1. Vorliegen eines Leistungshindernisses

2. Personenbedingter Grund

3. Monokausalität

4. Nicht erhebliche Zeit der Verhinderung; kein Teilanspruch

5. Kein Verschulden des AN

6. Keine Abbedingung

7. Aber: Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG

8. Ergebnis

# GRUNDFÄLLE

WIDERRUF BEI AUSSERHALB VON GESCHÄFTSRÄUMEN GESCHLOSSENEN VERTRÄGEN („AVG-VER-

## TRAG“)

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

**Anspruch der R gegen U auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 355 III, 357 I BGB wegen wirksamen Widerrufs gem. §§ 355 I S. 1, 312g I BGB**

**1. Widerrufsrecht nach § 312g I BGB**

- a) Entgeltlicher Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher
- b) Situationsbedingte Voraussetzungen

**2. Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312 II Nr. 12 BGB**

**3. Ergebnis**

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

## EIGENTUMSGRUNDRECHT (ART. 14 I GG)

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

**1. Schutzbereich des Art. 14 I GG**

**2. Eingriff**

**3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

- a) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung
- b) Verfassungsmäßigkeit der Inhalts- und Schrankenbestimmung
- c) Verfassungsmäßigkeit der Einzelmaßnahme

**4. Ergebnis**

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

# HEMMER.LIFE

# ZIVILRECHT

BGH, URTEIL VOM 22.09.2020, XI ZR 219/19, ZIP 2020, 2175 FF. = JURISBYHEMMER

## 1 BGH ÄNDERT RECHTSPRECHUNG ZUM WIDERRUF BEI BÜRGSCHAFTSÜBERNAHME: KEIN WIDERRUFSRECHT NACH § 312G I BGB!!!

+++ Bürgschaftserklärung eines Verbrauchers +++ Haustürsituation +++ Verbrauchervertrag +++ Widerrufsrecht +++ §§ 13, 310 III, 312, 312b, 312g, 765 BGB; Art. 267 AEUV +++

**Sachverhalt (leicht abgewandelt):** Die G-Bank AG gewährt der S-GmbH ein verzinsliches Darlehen.

Als Sicherheit übernahm der B, geschäftsführender Alleingesellschafter der S-GmbH, eine Bürgschaft, die sämtliche Ansprüche aus dem Kreditvertrag sicherte. Die Bürgschaftserklärung unterzeichnete der B in Anwesenheit eines Vertreters der G-Bank am 20.12.2019 in den Geschäftsräumen der S-GmbH.

Über ein Widerrufsrecht wurde B nicht belehrt.

Nachdem über das Vermögen der S-GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, kündigte die G-Bank das Darlehen vom 27.04.2020 wirksam fristlos und forderte mit Schreiben vom 02.06.2020 den B zur Zahlung des noch offenen Betrages zuzüglich Zinsen auf.

B erklärte mit Schreiben vom 21.09.2020 den Widerruf seiner auf Abschluss des Bürgschaftsvertrages vom 20.12.2019 gerichteten Willenserklärung.

**Steht der G-Bank gegen B ein Anspruch aus der Bürgschaft zu?**

### A) Sounds

1. Die Übernahme einer Bürgschaft ist kein auf eine entgeltliche Leistung des Unternehmers gerichteter Vertrag.

2. Der Bürge hat daher kein Widerrufsrecht nach § 312g I BGB.

### B) Problemaufriss

Die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB bzw. der §§ 491 ff. BGB auf den Schuldbeitritt und die Bürgschaft beschäftigt seit über 25 Jahren die nationale Rechtsprechung und den EuGH.

Konkret geht es dabei vor allem um die Frage, ob ein Widerrufsrecht nach § 312g I BGB bzw. nach § 495 I BGB besteht.

#### I. Anwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB auf Schuldbeitritt und Bürgschaft

Bzgl. der Anwendbarkeit der Vorschriften zum Verbraucherdarlehensvertrag differenziert die Rechtsprechung zwischen dem Schuldbeitritt und der Bürgschaft.

##### 1. Schuldbeitritt

Nach Ansicht des BGH sind die §§ 491 ff. BGB trotz der Unentgeltlichkeit des Schuldbeitritts (entsprechend) anwend-

bar.<sup>1</sup> Begründet wird dies damit, dass der Schuldbeitretende (mindestens) die gleiche Schutzwürdigkeit aufweist wie der eigentliche Schuldner, da er zwar die volle Haftung übernimmt, aber dafür - anders als der eigentliche Kreditnehmer - noch nicht einmal eine Gegenleistung in Gestalt eines Kredits erhält.

Nach Ansicht des BGH gilt dies auch für die Angaben über die Kreditkonditionen i.S.d. § 492 II BGB i.V.m. Art. 247 §§ 6-13 EGBGB.<sup>2</sup>

**Anmerkung: Bitte beachten Sie, dass alle im Folgenden zitierten Entscheidungen des BGH noch zum Verbraucherkreditgesetz ergingen. In der Sache hat sich aber durch die Aufnahme dieser Vorschriften ins BGB durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts nichts geändert.**

Voraussetzung für die Anwendbarkeit ist allerdings, dass der Schuldbeitretende Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist.

Auf die Person des Hauptschuldners kommt es nach Ansicht des BGH nicht an, sodass dieser auch Unternehmer sein kann.

Auch für den Beginn der Widerrufsfrist nach §§ 495 I, 355 BGB kommt es nach der Rechtsprechung des BGH allein auf den Schuldbeitritt und nicht auf die Entstehung des gesicherten Schuldverhältnisses an.

**Anmerkung: Bedeutung hat diese Ansicht insbesondere im Fall des antizipierten Schuldbeitritts, also im Falle des Schuldbeitritts zu einem zukünftigen Kreditvertrag. In diesem Fall erfolgt der Schuldbeitritt vor dem Abschluss des Darlehensvertrages, und zwar regelmäßig unter der aufschiebenden Bedingung nach § 158 I BGB, dass es zu einem wirksamen Abschluss eines Darlehensvertrages kommt.**

**Erklärt ein Verbraucher den Schuldbeitritt zu künftig abzuschließenden Kreditverträgen, so ist für den Beginn der Widerrufsfrist nach Ansicht des BGH nicht der Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages, sondern der Zeitpunkt der Beitrittserklärung des Verbrauchers maßgebend.<sup>3</sup>**

Bei Formnichtigkeit nach § 494 I BGB kommt keine Heilung nach § 494 II BGB in Betracht, da der Schuldbeitretende ja das Darlehen nicht empfängt, sondern das Darlehen an den Kreditnehmer ausgezahlt wird. Eine analoge Anwendung des § 494 II BGB in der Weise, dass mit Auszahlung der Darlehensmittel an den Darlehensnehmer Heilung eintritt, ist nach richtiger Ansicht des BGH mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht vereinbar.<sup>4</sup>

Durch die Heilung soll der Verbraucherkreditnehmer, der sich auf die Nutzung des Darlehenskapitals eingestellt hat, davor geschützt werden, gem. § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB das Darlehenskapital sofort zurückzahlen zu müssen. Dieser Gesetzeszweck passt für den Schuldbeitritt nicht, da der Mithaftende mangels Auszahlung des Darlehens nichts erlangt hat, was er sofort zurückgewähren müsste.

Es bleibt daher bei der Nichtigkeit gem. § 494 I BGB.

## 2. Die Bürgschaft

Die Anwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB auf die Bürgschaft wird vom BGH jedenfalls dann abgelehnt, wenn es sich um einen **geschäftsmäßigen** Kredit handelt.<sup>5</sup>

Anders als beim Schuldbeitritt kommt es hier also auf die Person des Schuldners und nicht die des Sicherungsgebers an. Begründet wird die Ablehnung einer entsprechenden Anwendung damit, dass zum einen Schuldbeitritt und Bürgschaft wesensverschieden sind.

Während die Bürgschaft ein streng akzessorisches Sicherungsmittel ist, können sich die Forderungen aus Schuldbeitritt und gesichertem Schuldverhältnis nach dem Beitritt unterschiedlich entwickeln (vgl. § 425 BGB).

**hemmer-Methode: Die Argumentation mit der Akzessorietät ist ein Irrweg. Die Akzessorietät soll den Bürgen nämlich schützen.**

**Zieht man nun – wie der BGH – die Akzessorietät der Bürgschaft als Argument dafür heran, dem Bürgen ein Widerrufsrecht zu versagen, weil ein solches dem unternehmerischen Hauptschuldner auch nicht zusteht, so führt die Akzessorietät zu einer Benachteiligung des Bürgen!**

1 **BGH, Life&Law 09/2004, 573 ff.** = ZIP 2004, 1303 ff. = **jurisbyhemmer**. = **jurisbyhemmer** (Wenn dieses Logo hinter einer Fundstelle abgedruckt wird, finden Sie die Entscheidung online unter „juris by hemmer“: [www.hemmer.de](http://www.hemmer.de)).

2 **BGH, Life&Law 11/2000, 784 ff.** = BGH, ZIP 2000, 1523 ff. = **jurisbyhemmer**.

3 BGH, NJW 1996, 2865 ff. = **jurisbyhemmer**.

4 BGH, NJW 1997, 654 ff. = **jurisbyhemmer**.

5 **BGH, Life&Law 06/1998, 370 ff.** = NJW 1998, 1939 ff. = **jurisbyhemmer**.

Aber auch dann, wenn der Hauptschuldner Verbraucher ist, lehnen der BGH und auch der EuGH<sup>6</sup> die Anwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB auf die Bürgschaft ab.<sup>7</sup>

Als Begründung wird angeführt, dass der Bürge durch das Schriftformerfordernis des § 766 BGB ausreichend geschützt sei.

**hemmer-Methode: Auch dieses Argument ist keinesfalls überzeugend, da § 492 II BGB eine qualifizierte Schriftform regelt, während § 766 BGB hingegen nur eine einfache Schriftform normiert.**

Außerdem spiele – so der BGH – das Widerrufsrecht der § 495 i.V.m. § 355 BGB bei der Bürgschaft nach seinem Schutzzweck keine Rolle. Dieses sei darauf ausgerichtet, dem Verbraucher die Möglichkeit zu geben, mit den Angaben des § 492 I BGB in der Hand andere Kreditangebote einzuholen und sich mit den Kreditbedingungen eingehender zu befassen. Beides spiele bei einem Sicherungsmittel keine Rolle, da der Bürge vornehmlich auf die Angaben des Hauptschuldners vertraue.

## II. Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB

### 1. Schuldbeitritt

Zur Frage der Anwendbarkeit der §§ 312 ff., 312g I BGB auf den Schuldbeitritt ist bisher keine obergerichtliche Entscheidung ergangen.<sup>8</sup>

### 2. Bürgschaft

#### a) Rechtslage bis zum 12.06.2014

Nach der vor dem 13.06.2014 geltenden Rechtslage hat der BGH ein Widerrufsrecht des Bürgen, der eine Bürgschaft in einer sog. „Haustürsituation“ erklärt hat, bejaht.

Zunächst haben BGH und EuGH das Widerrufsrecht unter Berufung auf die Akzessorietät der Bürgschaft nur dann bejaht, wenn auch der persönliche Schuldner Verbraucher war und der Darlehensvertrag in einer „Haustürsituation“ zustande gekommen ist (sowohl doppelte Verbrauchereigenschaft als auch eine doppelte Haustürsituation)<sup>9</sup>.

Im Jahr 2006 hat der für das Bürgschaftsrecht zuständige XI. Senat diese völlig verfehlt und falsche Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben.<sup>10</sup>

Der Bürgschaftsvertrag begründet ein eigenes Schuldverhältnis, sodass es für das Bestehen eines Widerrufsrechts nur auf das Vorliegen einer Haustürsituation bei der Bürgschaftserklärung ankommt.

Die Akzessorietät der Bürgschaft macht die Begründung eines eigenen Widerrufsrechts des Bürgen nicht von der Verbrauchereigenschaft des Hauptschuldners oder einer auf diesen bezogenen Haustürsituation abhängig. Die Akzessorietät soll den Bürgen nämlich schützen und nicht benachteiligen. Der Bürge, der sich in einer Haustürsituation für einen gewerblichen Zwecken dienenden Kredit verbürgt, darf nicht schlechter stehen als derjenige, der in einer solchen Situation den Kreditvertrag als Mithaftender unterzeichnet.

Für das Widerrufsrecht des Bürgen kommt es daher weder auf die Verbrauchereigenschaft des Schuldners noch auf eine auf diesen bezogene Haustürsituation an.

#### b) Rechtslage seit dem 13.06.2014

Zu der seit dem 13.06.2014 geltenden Fassung der §§ 312 ff. BGB gab es bislang kein Urteil des BGH zu dieser Frage.

6 EuGH, Life&Law 07/2000, 445 ff. = NJW 2000, 1323 = jurisbyhemmer.

7 So auch Palandt, BGB, 79. Auflage, § 491 Rn. 11.

8 Das BGH-Zitat im Palandt, BGB, 79. Auflage, § 312 Rn. 6 ist falsch. In der dort zitierten BGH-Entscheidung ging es nicht um einen Schuldbeitritt, sondern um die Bestellung eines Pfandrechts in einer Haustürsituation!

9 EuGH, NJW 1998, 1295 ff. („Dietzinger“); BGH, Life&Law 10/1998, 630 ff. = NJW 1998, 2356 = jurisbyhemmer.

10 BGH, NJW 2006, 845 ff. = jurisbyhemmer.

Die Vorinstanz (OLG Hamburg) hat unter Berufung auf die bisherige Rechtsprechung im vorliegenden Fall ein Widerrufsrecht des Bürgen bejaht.<sup>11</sup>

Der BGH tritt dem entgegen und gibt damit seine Rechtsprechung zur früheren Gesetzeslage in diesem Urteil ausdrücklich auf.

**Anmerkung: Urteile, in denen der BGH seine bisherige Rechtsprechung ändert, sind stets von hoher Prüfungsrelevanz!**

## C) Lösung

Fraglich ist, ob der G-Bank gegen B ein Anspruch auf Zahlung aus der Bürgschaft gem. § 765 BGB zusteht.

### I. Anspruch entstanden

Der Anspruch aus § 765 BGB müsste zunächst wirksam entstanden sein.

#### 1. Bestehen einer zu sichernden Verbindlichkeit

Da die Bürgschaft akzessorisch ist, müsste eine zu sichernde Forderung bestehen.

Hier diene die Bürgschaft der Absicherung des der S-GmbH gewährten Darlehens und damit dem Anspruch der G-Bank auf Darlehensrückzahlung gem. § 488 I S. 2 BGB.

Nach § 767 I S. 1 BGB ist für den Umfang der Bürgenhaftung der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgeblich, sodass der Bürge zur Zahlung des noch offenen Darlehensbetrages zuzüglich Zinsen verpflichtet ist.

#### 2. Zustandekommen eines wirksamen Bürgschaftsvertrages, § 765 BGB

Voraussetzung wäre weiterhin, dass zwischen der G-Bank und dem B ein wirksamer Bürgschaftsvertrag i.S.d. § 765 BGB zustande gekommen ist.

B hat die Bürgschaftserklärung unterschrieben und damit die Schriftform des § 766 S. 1 BGB gewahrt.

Auf die Frage, ob der B als geschäftsführender Alleingesellschafter der S-GmbH Kaufmann i.S.d. § 1 HGB ist und damit die Bürgschaft gem. § 350 HGB formlos wirksam wäre, kommt es daher an dieser Stelle noch nicht entscheidend an.

#### 3. Keine Einrede der Vorausklage, § 771 BGB

Grundsätzlich steht einem Bürgen nach § 771 BGB die Einrede der Vorausklage zu. Danach könnte B die Befriedigung der G-Bank verweigern, solange diese nicht eine Zwangsvollstreckung gegen die S-GmbH ohne Erfolg versucht hat.

Allerdings wurde über das Vermögen der S-GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet, sodass nach § 773 I Nr. 3 BGB im vorliegenden Fall dem B die Einrede der Vorausklage nicht zusteht.

**Zwischenergebnis:** Der Anspruch aus § 765 BGB ist zunächst wirksam und einredefrei entstanden.

### II. Anspruch durch Widerruf erloschen, § 355 I S. 1 i.V.m. § 312g I BGB?

Der Anspruch aus § 765 BGB könnte aber gem. § 355 I S. 1 BGB mit ex-nunc-Wirkung erloschen sein, wenn B mit Schreiben vom 21.09.2020 seine auf den Abschluss des Bürgschaftsvertrages gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen hätte.

Ein Widerrufsrecht nach § 495 BGB lehnt der BGH in gefestigter Rechtsprechung sowohl in direkter als auch analoger Anwendung ab (vgl. dazu den Problemaufriss).

Da der Bürgschaftsvertrag zwischen der G-Bank und dem B aber außerhalb eines Geschäftsraums der G-Bank unter gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des B und des Vertreters der G-Bank (vgl. § 312b I Nr. 1 S. 2 BGB) geschlossen wurde, könnte das Widerrufsrecht nach § 312g I BGB in Betracht kommen.

Der Anwendungsbereich von § 312g I BGB ist aber nur dann eröffnet, wenn die Voraussetzungen von § 312 I BGB erfüllt sind.

**hemmer-Methode: Das Widerrufsrecht des § 312g BGB wird grds. in folgender Reihenfolge geprüft:**

**1. Voraussetzungen des § 312 I BGB**

**2. Kein Fall des § 312 II BGB**

**3. Voraussetzungen des § 312b BGB**

**4. Kein Ausschluss nach § 312g II BGB.**

Da der BGH im vorliegenden Fall aber bereits die Voraussetzungen des § 312 I BGB verneint hat, wurde aus taktischen Gründen vorab klargestellt, dass grds. ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag (früher: Haustürgeschäft) vorlag.

## 1. Voraussetzungen des § 312 I BGB

Das Widerrufsrecht nach § 355 BGB i.V.m. §§ 312g I, 312b I BGB setzt gemäß § 312 I BGB zunächst einen Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 III BGB voraus.

### a) Verbrauchervertrag, § 310 III BGB

Gem. § 310 III BGB müsste es sich bei dem zwischen B und der G-Bank geschlossenen Vertrag um einen Verbrauchervertrag gem. § 310 III BGB handeln.

Die G-Bank AG ist als juristische Person Kaufmann kraft Rechtsform (§§ 3 I AktG, 6 I, II HGB) und damit auch Unternehmer i.S.d. § 14 I, II BGB.

Fraglich ist, ob B als geschäftsführender Alleingesellschafter der S-GmbH Verbraucher i.S.d. § 13 BGB war.

Der BGH vertritt in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt, dass der Geschäftsführer einer GmbH weder Kaufmann im Sinne der §§ 1 ff. HGB noch Unternehmer gemäß § 14 BGB ist.<sup>12</sup>

Nur die GmbH selbst ist nach § 13 III GmbHG, § 6 I HGB Kaufmann. Auch der Umstand, dass B Inhaber aller GmbH-Anteile war, ändert daran nichts, da die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft als reine Vermögensverwaltung kein unternehmerischer Zweck ist.

Es ist zwar richtig, dass zumindest der geschäftsführende Alleingesellschafter das von der GmbH betriebene Unternehmen regelmäßig genauso beherrscht und leitet wie ein Kaufmann sein Handelsgeschäft.

Ebenso ist nicht zu bestreiten, dass sich die Geschäftsführtätigkeit als solche an kaufmännischen Gepflogenheiten orientiert.

Allerdings erfordert sowohl die Kaufmanns- als auch die Unternehmereigenschaft, dass ein Geschäft **betrieben** wird. Das Betreiben eines Unternehmens setzt aber voraus, dass seitens des Unternehmers bzw. Kaufmanns kumulativ

- Unternehmerinitiative und
- Unternehmerrisiko

vorliegen.

Als Geschäftsführer ist S gem. § 35 GmbHG zwar zur Vertretung der GmbH berechtigt, sodass er die Unternehmerinitiative eindeutig ausübt.

Allerdings fehlt einem geschäftsführenden Gesellschafter (auch einem Alleingesellschafter, vgl. § 35 III GmbHG) das Unternehmerrisiko.

Gemäß § 13 II GmbHG haftet den Gläubigern nämlich nur das Gesellschaftsvermögen. Für Schulden der GmbH be-

12 BGH, Life&Law 03/2006, 149 ff. = NJW 2006, 431 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 1997, 1443 (1444) = jurisbyhemmer; BGH, NJW 1996, 2865 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 1996, 2156 ff. = jurisbyhemmer.

steht aber kein Anspruch gegen die Gesellschafter.

**Zwischenergebnis:** B war Verbraucher i.S.d. § 13 BGB, obwohl er als geschäftsführender Alleingesellschafter der S-GmbH gehandelt hat.

**hemmer-Methode:** Die Gesellschafter einer OHG bzw. der Komplementär einer KG sind dagegen nach allgemeiner Meinung Kaufleute i.S.d. § 1 HGB und damit natürlich auch Unternehmer i.S.d. § 14 BGB.

Diese Gesellschafter haben nämlich gem. § 125 I bzw. §§ 161 II, 125 I HGB Unternehmerinitiative und nach § 128 S. 1 bzw. §§ 161 II, 128 S. 1 HGB auch das unternehmerische Haftungsrisiko.<sup>13</sup>

Folgerichtig ist der bloße Kommanditist einer KG wegen §§ 170 ff. HGB kein Kaufmann und auch kein Unternehmer, sondern Verbraucher!<sup>14</sup>

## b) Vertrag über eine entgeltliche Leistung des Unternehmers G-Bank

Das Widerrufsrecht nach § 312g I BGB besteht aber nur dann, wenn es sich um einen Verbrauchervertrag handelt, der eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand hat.

Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen bei einer Bürgschaft erfüllt sind.

**Anmerkung:** Erst hier beginnen die Ausführungen des BGH.

In einer Klausur müssen Sie aber natürlich zunächst das Entstehen eines Anspruches prüfen, bevor Sie dessen Erlöschen prüfen können.

Daher wurde die Entscheidung für die Life&Law klausurtypisch aufgearbeitet. Im Ernstfall könnte man zur Frage der Wirksamkeit der Bürgschaft noch viele weitere Probleme einbauen, wie z.B. Fragen der Anfechtung (§§ 119 II, 123 I BGB), der AGB-Kontrolle etc.

### aa) Ansicht des OLG Hamburg als Vorinstanz

Das OLG Hamburg hat die Bürgschaftsübernahme als entgeltliche Leistung eingeordnet.

Eine Bürgschaft sei zwar ein einseitig verpflichtender Vertrag, der auf den ersten Blick keine Gegenleistung voraussetze. Bei der Bürgschaft läge aber eine Gegenleistung in Form der Kreditgewährung vor.<sup>15</sup>

§ 312 BGB diene der Umsetzung der neuen Verbraucherrichtlinie (RL 2011/83/EU). Der Begriff des Entgelts sei damit im Wege der richtlinienkonformen Auslegung weit zu verstehen und beschränke sich nicht auf die Zahlung eines Geldbetrages. Erfasst seien daher auch nicht pekuniäre Gegenleistungen des Verbrauchers, die - wie die Bürgschaft - einen Marktwert hätten.

Soweit der EuGH die Anwendbarkeit der Vorgängerrichtlinie 85/577/EWG (im Folgenden: Haustürgeschäfte-Richtlinie) auf Bürgschaften beschränkt habe, die eine Schuld absicherten, die ebenfalls von einem Verbraucher in einer Haustürgesituation begründet worden sei, gelte dies nach der Rechtsprechung des BGH nicht für das deutsche Recht.

An dieser Rechtsprechung könne festgehalten werden. Zwar habe die Verbraucherrecht-Richtlinie - anders als die Haustürgeschäfte-Richtlinie - eine Vollharmonisierung zum Ziel. Sie sei dafür aber weiter formuliert und belasse den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, für Verträge, die nicht in ihren Anwendungsbereich fielen, der Richtlinie entsprechende nationale Rechtsvorschriften beizubehalten oder einzuführen.

### bb) Ansicht des BGH: Bürgschaftsübernahme *kein* entgeltlicher Vertrag i.S.d. § 312 I BGB

Nach Ansicht des BGH handelt es sich bei der Übernahme der Bürgschaft **nicht** um einen Vertrag, der eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand hat.

#### (1) Nach § 312 I BGB muss der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer ein Entgelt schulden

Entgegen der bis zum 12.06.2014 geltenden Rechtslage genügt es für die Anwendbarkeit der §§ 312b, 312g BGB nicht, dass der Bürge sein Leistungsversprechen in der dem Gegner erkennbaren Erwartung abgibt, ihm selbst oder einem

<sup>13</sup> Ständige Rechtsprechung seit BGHZ 34, 293 (296 f.) = [jurisbyhemmer](#).

<sup>14</sup> BGH, NJW 1966, 1960 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>15</sup> So auch Palandt, BGB, 79. Auflage, § 312 Rn. 5.

bestimmten Dritten werde daraus irgendein Vorteil erwachsen.

§ 312 I BGB setzt in seiner ab dem 13.06.2014 geltenden Fassung vielmehr voraus, dass der Unternehmer gegen ein vereinbartes Entgelt des Verbrauchers die vertragscharakteristische Leistung erbringt.

Eine entgeltliche Leistung des Verbrauchers unterfällt der Vorschrift nach ihrem eindeutigen Wortlaut nicht.<sup>16</sup>

## **(2) Darlehensgewährung des Unternehmers an den Schuldner ist keine Gegenleistung aus dem Verbrauchervertrag**

Soweit zur bis zum 12.06.2014 geltenden Rechtslage teilweise vertreten wurde, dass die Bürgschaft als gegenseitiger Vertrag in dem Sinne ausgestaltet werden kann, dass die Übernahme der Bürgschaft die Gegenleistung für eine vom Gläubiger (= Unternehmer) zu erbringende Leistung bildet, ist dies seit dem 13.06.2014 nicht mehr richtig.

Nach § 312 I BGB muss die entgeltliche Leistung des Unternehmers aus dem Verbrauchervertrag, für welchen das Widerrufsrecht nach § 312g I BGB in Anspruch genommen wird, geschuldet werden.

Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 312 I BGB, der einen Verbrauchervertrag nach § 310 III BGB als Rechtsgrund für die Leistung voraussetzt.

Dass die Leistung des Unternehmers aufgrund eines separaten, nicht dem § 310 III BGB unterfallenden Vertrags an einen Dritten erbracht wird, reicht danach nicht.<sup>17</sup>

## **(3) Die Bürgschaftsübernahme ist auch keine Finanzdienstleistung i.S.d. § 312 V BGB**

Auch die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB auf Verträge über Finanzdienstleistungen führt nicht zu einem Widerrufsrecht des Bürgen. Bürgschaften oder sonstige Kreditsicherheiten von Verbrauchern werden von dem in § 312 V S. 1 BGB legaldefinierten Begriff der Finanzdienstleistung nicht erfasst.

Danach muss - in Übereinstimmung mit § 312 I BGB - die vertragspezifische Leistung durch den Unternehmer erbracht werden und der Verbraucher Berechtigter aus dem Vertrag sein.<sup>18</sup>

**Zwischenergebnis:** Die Voraussetzungen des § 312 I BGB liegen daher bei der Übernahme einer Bürgschaft nicht vor.

## **2. Keine Analogie des § 312 I BGB auf Verbraucherbürgschaften**

Fraglich ist allerdings, ob § 312 I BGB auf die Übernahme einer Verbraucherbürgschaft aus Schutzzweckerwägungen analog angewendet werden kann.

Der BGH lehnt ein Widerrufsrecht im Wege einer Analogie mangels planwidriger Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung aber zu Recht ab.<sup>19</sup>

### **a) Wille des Gesetzgebers**

Der Gesetzgeber wollte mit der Neuregelung der §§ 312 ff. BGB ausschließlich Verbraucherverträge erfassen, die als Austauschvertrag mit einer Gegenleistungspflicht des Verbrauchers ausgestaltet sind.

Dies folgt aus der Begründung des Gesetzentwurfs, nach welcher ein Verbrauchervertrag nur dann § 312 I BGB unterfallen soll, wenn sich der Unternehmer (§ 14 BGB) zur Lieferung einer Ware oder Erbringung einer Dienstleistung und der Verbraucher (§ 13 BGB) zur Erbringung eines Entgelts verpflichtet, wobei sich das Entgelt nicht auf die Zahlung eines Geldbetrages beschränkt, sondern auch sonstige Leistungen des Verbrauchers einbezieht.<sup>20</sup>

Verträge, in denen der Verbraucher die für den Vertragstypus charakteristische Leistung schuldet, sollten demgegen-

16 So auch von Loewenich, WM 2015, 113 f.; Kehl, WM 2018, 2018, 2022; Schinkels, WM 2017, 113 f.; MüKo, 8. Aufl., § 312 Rn. 28; Erman/Koch, BGB, 16. Aufl., § 312 Rn. 8.

17 So auch Meier, ZIP 2015, 1156 (1159); Kropf, WM 2015, 1699 (1702); a.A. Erman/Koch, BGB, 16. Aufl., § 312 Rn. 19; Staudinger/Thüsing, BGB, Neubearbeitung 2019, § 312 Rn. 7, 9; Hoffmann, ZIP 2015, 1365 (1369); Maume, NJW 2016, 1041 (1042).

18 BGH, WM 2016, 968 ff. = jurisbyhemmer; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl., I. Bürgschaft, Rn. 935.

19 So auch BAG, Life&Law 07/2019, 456 ff. = NZA 2019, 688 ff. = jurisbyhemmer; Stackmann, NJW 2014, 2403; a.A. Schürnbrand, WM 2014, 1157 (1160); MüKo, 8. Aufl., § 312 Rn. 35; Erman/Koch, BGB, 16. Aufl., § 312 Rn. 9.

20 BT-Drucks. 17/13951, S. 72.

über ebenso wenig erfasst werden<sup>21</sup> wie unentgeltliche Verbraucherverträge.<sup>22</sup>

## b) Keine planwidrige Lücke

Dass der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 312 I BGB die höchstrichterliche Rechtsprechung zur bis zum 12.06.2014 geltenden Rechtslage übersehen und damit kein gesetzgeberischer Wille zur „Tilgung dieses Rechtsstandes“ vorgelegen hat, ist nicht erkennbar.

Die Diskussion über die Widerruflichkeit von Bürgschaften war aufgrund der Entscheidung des EuGH vom 17.03.1998 in der Sache „Dietzinger“<sup>23</sup>, die einen jahrelangen Meinungsstreit in Rechtsprechung und Literatur nach sich zog, allgemein bekannt.

Der Gesetzgeber hat dies bei der Neufassung des § 312 I BGB nicht zum Anlass genommen, das Widerrufsrecht auf den einseitig den Verbraucher verpflichtenden Bürgschaftsvertrag zu erstrecken. Dabei war dem Gesetzgeber bewusst, dass ihm die umzusetzende Richtlinie grundsätzlich die Möglichkeit einräumte, diese auch auf von ihr nicht erfasste Verträge anzuwenden.<sup>24</sup>

## 3. Keine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung des § 312 I BGB

Der BGH lehnt auch eine Anwendung der §§ 312 I, 312b I, 312g I BGB im Wege richtlinienkonformer Auslegung oder Rechtsfortbildung ab.

§ 312 I BGB entspricht, soweit er eine Leistung eines Unternehmers als Gegenstand des Verbrauchervertrages voraussetzt, der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU.<sup>25</sup>

Das Widerrufsrecht besteht danach bei Dienstleistungsverträgen, bei Kaufverträgen sowie bei Verträgen über die Lieferung von Wasser, Gas oder Strom, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden, von Fernwärme oder von digitalen Inhalten, die nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden.

Einseitig den Verbraucher verpflichtende Verträge vermitteln nach Art. 3 I i.V.m. Art. 9 II der Richtlinie 2011/83/EU aber nach wie vor grundsätzlich kein Widerrufsrecht; sie unterfallen nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinie, da sie keine Leistung des Unternehmers zum Vertragsgegenstand haben.

Alein dieses Verständnis der Richtlinie 2011/83/EU entspricht auch ihrem Schutzzweck. Die Richtlinie zielt nicht darauf ab, sämtliche Verträge, in denen sich als Vertragspartner ein Verbraucher und ein Unternehmer gegenüberstehen, einzubeziehen. Vielmehr liegt dem mit der Richtlinie geschaffenen Schutzsystem der Gedanke zugrunde, dass der Verbraucher sich bei Abschluss von Verträgen zu kommerziellen Zwecken in bestimmten Situationen gegenüber dem Unternehmer in einer geschwächten Verhandlungsposition befindet. Mit dem Widerrufsrecht zum Außergeschäftsraumvertrag sollte der Nachteil ausgeglichen werden, dass die Initiative zu den Vertragsverhandlungen in der Regel vom Gewerbetreibenden ausgeht und der Verbraucher auf die Verhandlungen außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden nicht vorbereitet ist oder psychisch unter Druck steht.

Dies birgt die Gefahr, dass der Verbraucher Waren kauft oder Dienstleistungen in Anspruch nimmt, die er ansonsten nicht kaufen oder in Anspruch nehmen würde, beziehungsweise Verträge über Waren und Dienstleistungen zu überhöhten Preisen schließt, weil er keine Möglichkeit hat, Qualität und Preis des Angebots mit anderen Angeboten zu vergleichen.

Diese Überlegungen stellen danach auf eine **Leistung des Unternehmers** ab. Hieran knüpfen die Informationspflichten des Unternehmers und die Pflichten des Verbrauchers an, die ebenfalls von einer Verpflichtung des Unternehmers zur Lieferung von Waren, Erbringung von Dienstleistungen oder Lieferung von Versorgungsleistungen ausgehen.<sup>26</sup>

**Zwischenergebnis:** Auch im Wege richtlinienkonformer Auslegung oder Rechtsfortbildung lässt sich daher kein Widerrufsrecht nach § 355 BGB i.V.m. §§ 312g I, 312b I BGB begründen.

## III. Endergebnis

21 BT-Drucks. 17/12637, S. 45; BT-Drucks. 17/13951, S. 72; BR-Drucks. 817/12, S. 73.

22 BT-Drucks. 17/13951, S. 71 f.

23 EuGH, NJW 1998, 1295 ff. = jurisbyhemmer.

24 BT-Drucks. 17/12637, S. 48.

25 So auch von Loewenich, WM 2015, 113, 114 ff.; ders. WM 2016, 2011, 2016; Schinkels, WM 2017, 113, 115, 118; Bülow, Recht der Kredit-sicherheiten, 9. Aufl., I. Bürgschaft, Rn. 934b; a.A. Schürnbrand, WM 2014, 1157 (1160); Wendehorst, NJW 2014, 577 (580); Hoffmann, ZIP 2015, 1365 (1369); Maume, NJW 2016, 1041 (1043).

26 Vgl. Schinkels, WM 2017, 113 (114 f.).

Die G-Bank kann den B gem. § 765 BGB aus der Bürgschaft in Anspruch nehmen.

## D) Kommentar

**(mty).** Seit dem Inkrafttreten der Neufassung der §§ 312 ff. BGB am 13.06.2014 herrschte hinsichtlich der Frage, ob Bürgschaften Verbraucherverträge i.S.d. § 312 I BGB sind, Rechtsunsicherheit. § 312 BGB basiert auf der Verbraucherrechtlicherichtlinie 2011/83/EU, in welcher die Bürgschaft nicht genannt ist. Es war daher in der Literatur umstritten, ob auf Grund des engen Wortlauts der Norm und im Hinblick auf die unionsrechtlichen Vorgaben Bürgschaftsverträge nunmehr nicht mehr in den Anwendungsbereich von §§ 312 ff. BGB fallen, da lediglich der Bürge einseitig zur Leistung verpflichtet wird.

Das Urteil des BGH ist erfreulich, da es auf einer sauberen Subsumtion des Gesetzes beruht, die zudem durch die Motive des Gesetzgebers und die umzusetzende Richtlinie abgesichert wurde.

Im Ergebnis liegt das Urteil ganz auf der Linie der Rechtsprechung des BAG zum Widerrufsrecht des Arbeitnehmers bzgl. eines Aufhebungsvertrages.<sup>27</sup> Auch hier hat das BAG die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB abgelehnt.

In dieser Konsequenz müsste auch die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB auf den Schuldbeitritt abgelehnt werden.

Ein Manko aber bleibt, da es der BGH - ebenso wie übrigens das BAG - versäumt hat, für Rechtssicherheit zu sorgen. Dies wäre unschwer möglich gewesen, wenn der BGH zu dieser in der Literatur äußerst umstrittenen Frage den EuGH nach Art. 267 AEUV angerufen hätte.

Der BGH sah hierzu (leider) keinen Anlass.

Der BGH steht auf dem (gewagten) Standpunkt, dass sich keine entscheidungserheblichen Fragen des Unionsrechts stellen würden.

Die Frage, ob die Richtlinie 2011/83/EU - entsprechend § 312 I BGB - eine Leistung des Unternehmers voraussetzt, sei angesichts des Wortlauts, der Regelungssystematik und des Regelungszwecks der Richtlinie ohne weiteres zu beantworten, so dass für Zweifel kein Raum bleibt („acte clair“).<sup>28</sup>

Angesichts der Tatsache, dass dies zahlreiche Stimmen in der Literatur anders sehen<sup>29</sup>, ist dieser Alleingang des BGH (mal wieder) im Endergebnis enttäuschend.

Ohne Anrufung des EuGH ist die Aufgabe der jahrelangen Rechtsprechung des BGH und auch des EuGH ein „gewagter Schritt“!

## E) Wiederholungsfrage

### • Besteht bei einer Verbraucherbürgschaft ein Widerrufsrecht nach § 312g I BGB?

Der BGH lehnt dies zu Recht ab, weil nach § 312 I BGB eine entgeltliche Leistung durch den Unternehmer erbracht werden und der Verbraucher Berechtigter aus dem Vertrag sein muss.

Der einseitig den Verbraucher verpflichtende Bürgschaftsvertrag fällt weder in direkter noch analoger Anwendung und auch nicht in richtlinienkonformer Auslegung unter § 312 I BGB, sodass der Anwendungsbereich des § 312g I BGB bereits nicht eröffnet ist.

## F) Zur Vertiefung

### Zur Bürgschaftsübernahme

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT II, Rn. 217 ff.

27 BAG, Life&Law 07/2019, 456 ff. = NZA 2019, 688 ff. = jurisbyhemmer.

28 BVerfG, WM 2015, 525 (526) = jurisbyhemmer.

29 Palandt, BGB, 79. Aufl., § 312 Rn. 5; BeckOGK/Busch, BGB, Stand: 15. Juli 2020, § 312 Rn. 19.1; Kehl, WM 2018, 2018 (2027 f.); Schinkels, WM 2017, 113 (118 f.).