

Räumt eine Partei einer anderen im Rechtsverkehr einen Kredit ein, z.B. in Form eines Darlehens gem. § 488 BGB oder in Form eines Zahlungsaufschubs, besteht für den Kreditgeber das Risiko, dass der Schuldner später finanziell nicht mehr in der Lage ist oder sich schlichtweg weigert, den gewährten Kredit zurückzuzahlen. Der Kreditgeber kann dann seinen schuldrechtlichen Rückzahlungsanspruch gerichtlich geltend machen und Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung suchen. Sollte der Schuldner jedoch bereits mittellos sein, besteht die Gefahr, dass der Gläubiger mit seiner Forderung ausfällt, da das Vermögen des Schuldners durch die Befriedigung vorrangiger Gläubiger bereits aufgezehrt ist. Um diese Gefahr zu vermeiden, kann sich der Gläubiger bei Gewährung des Kredits eine Sicherheit bestellen lassen. Das die Sicherheit begründende Schuldverhältnis ist strikt von dem Schuldverhältnis zu unterscheiden, das die zu sichernde Forderung begründet.

Welche Arten von Sicherungsmitteln kennen Sie? Nennen Sie jeweils Beispiele.

Juristisches Repetitorium

examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend hemmer

Arten von Sicherungsmitteln:

1. Personalsicherheiten: Es stellt sich eine Person mit ihrem Vermögen für die Sicherung zur Verfügung.

Personalsicherheiten sind die **Bürgschaft** (§§ 765 ff. BGB), der **Schuldbeitritt**, auch Schuldmitübernahme genannt (§§ 311 I, 241 BGB), und der **Garantievertrag** (§§ 311 I, 241 BGB).

2. Realsicherheiten: Im Sicherungsfall kann sich der Gl an einen Vermögensgegenstand halten. Dieser Vermögensgegenstand kann, muss aber nicht dem Schuldner gehören. Unabhängig davon bezeichnet man denjenigen, der hier sein Eigentum als Sicherheit zur Verfügung stellt, als Sicherungsgeber (SG).

Bei den Realsicherheiten sind **folgende Kategorien** zu unterscheiden:

■ **Mobiliarsicherheiten:** **Pfandrecht** (§§ 1204-1258 BGB), **Eigentumsvorbehalt** (§§ 929, 158 I BGB), **Sicherungsübereignung** (§§ 929 ff. BGB), **Sicherungsnießbrauch** (§ 1030 BGB).

■ **Sicherheiten an Rechten:** **Pfandrecht** (§§ 1273-1296 BGB), **verlängerter Eigentumsvorbehalt** (§§ 929 ff., 185 I, 398, 433 II BGB), **Sicherungsabtretung (-zession)** (§ 398 BGB), **Sicherungsnießbrauch** (§ 1070 BGB).

■ **Immobiliarsicherheiten:** **Hypothek** (§§ 1113-1190 BGB), **Grundschuld** (§§ 1191-1198 BGB), **Rentenschuld** (§§ 1199-1203 BGB).

hemmer-Methode: Die Vormerkung stellt ein Sicherungsmittel eigener Art dar, das ausschließlich dazu bestimmt ist, einen schuldrechtlichen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung zu sichern, § 883 BGB. Die Vormerkung ist also keine Kreditsicherheit im eigentlichen Sinne. Sie ist ein Sonderfall, der in SachenR III, Rn. 98 ff. dargestellt wird.

Achtung: Die Personalsicherheiten kennen keine Beschränkung auf einen Vermögensgegenstand. Das gesamte Vermögen des Sicherungsgebers ist Haftungsmasse für den Kredit. Aus diesem Grund ist der Satz „wer bürgt, wird erwürgt“ auch verständlich. Der Nachteil bei der Personalsicherheit für den Gläubiger ist jedoch, dass der Sicherungsgeber verarmen kann, während die Realsicherheit meistens Wertbeständigkeit besitzt.

Bei der Bestellung einer Sicherheit ergeben sich vier verschiedene Beteiligtenrollen in zwei rechtlichen Beziehungen. Die zu sichernde Forderung wird in einem Schuldverhältnis begründet. Mit dem Sicherungsvertrag zwischen Sicherungsnehmer (SN) und Sicherungsgeber (SG) wird die Sicherheit bestellt. SN und Gläubiger (Gl) können, müssen jedoch nicht identisch sein. Der persönliche Schuldner (S) kann gleichzeitig auch der SG sein, allerdings nicht bei allen Sicherheiten, so z.B. nicht bei der Bürgschaft.

Halten Sie die beiden Rechtsbeziehungen genau auseinander. Dies ist auch für die Unterscheidung von akzessorischen und nicht-akzessorischen Sicherungsmitteln von Bedeutung.

Was besagt der Akzessorietätsgrundsatz, und welche Auswirkungen hat er bei den examensrelevantesten akzessorischen Sicherungsmitteln Bürgschaft und Hypothek?

Juristisches Repetitorium

examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

Nach dem **Akzessorietätsgrundsatz** ist das **Sicherungsmittel in Entstehung und Fortbestand von der zu sichernden Forderung abhängig**. Die Akzessorietät hat folgende Auswirkungen:

- Das **Sicherungsmittel entsteht nur, wenn die zu sichernde Forderung entsteht**, vgl. für die Bürgschaft § 765 BGB. Für die Hypothek gilt eine Ausnahme, im Falle einer fehlenden Forderung entsteht eine Eigentümergrundschuld (EGS), §§ 1163 I S. 1 i.V.m. 1177 I BGB.
- Die **zu sichernde Forderung bestimmt den Umfang des Sicherungsmittels**, vgl. § 767 I S. 1 BGB bei der Bürgschaft.
- Das **Sicherungsmittel geht bei Abtretung der zu sichernden Forderung mit über**. Für die Bürgschaft ergibt sich dies aus § 401 BGB, für die Hypothek auch aus § 1153 I BGB.
- Die **Einreden gegen die zu sichernde Forderung können auch dem Sicherungsmittel entgegengehalten** werden, siehe für die Bürgschaft § 768 BGB, für die Hypothek § 1137 BGB.
- **Erlischt die zu sichernde Forderung, so erlischt auch das Sicherungsmittel**. Dies folgt für die Bürgschaft aus §§ 765 I, 767 I S. 1 BGB. Für die Hypothek gilt allerdings die Besonderheit, dass in diesem Falle eine EGS, §§ 1163 I S. 2, 1177 I S. 1 BGB, entsteht.

hemmer-Methode: Vergewähren Sie sich gleich zu Beginn die Bedeutung des Akzessorietätsgrundsatzes! Die nicht-akzessorischen Sicherungsmittel, wie z.B. die Sicherungsübereignung und -zession oder die Grundschuld, sind abstrakt wirksam, aber auch bei ihnen wird über die Sicherungsabrede ein Zusammenhang mit der zu sichernden Forderung geschaffen. So können z.B. bei der Grundschuld die Einreden gegen die zu sichernde Forderung über den Sicherungsvertrag gegen die Grundschuld geltend gemacht werden.

Verschaffen Sie sich einen Überblick über die möglichen Problemkonstellationen, die Ihnen i.R. eines Sicherungsgeschäftes begegnen können, indem Sie KreditsicherungsR, Rn. 8 lesen.

Voraussetzung einer Bürgschaft sind ein Bürgschaftsvertrag zwischen SG und SN und das Bestehen einer zu sichernden Forderung. Der Bürgschaftsvertrag kann zwischen dem Gl und dem Bürgen, aber auch zwischen Schuldner und Bürgen als Vertrag zugunsten des Gläubigers abgeschlossen werden. Er begründet eine eigene Verpflichtung des Bürgen gegenüber dem Gl, die von der Hauptschuld des S zu unterscheiden ist. Sichert die Bürgschaft z.B. eine Kaufpreisforderung, dann hat der Gl eine Forderung gegen den Schuldner aus § 433 II BGB und einen selbständigen Anspruch aus § 765 I i.V.m. § 433 II BGB gegen den Bürgen.

1. Inwieweit ist der Bürgschaftsvertrag formbedürftig?
2. Ist auch ein Vorvertrag, in dem sich der SG zum Abschluss des Bürgschaftsvertrages verpflichtet, formbedürftig?

1. § 766 S. 1 BGB sieht nur ein Schriftformerfordernis für die Erklärung des Bürgen vor. Eine ohne Beachtung der Schriftform abgegebene Erklärung ist gem. §§ 125 S. 1, 126 I BGB nichtig. **Die Annahmeerklärung des SN ist nicht formbedürftig.** Dies ist eine logische Konsequenz aus dem Sinn und Zweck des Schriftformerfordernisses, das den Bürgen vor einer Übereilung schützen und warnen soll. Der SN ist nicht schutzwürdig, da für ihn die Bürgschaftserklärung nur Vorteile bringt.

Nach dem BGH bedürfen einzelne Vereinbarungen, die für den Bürgen lediglich günstig sind, nicht des Schriftformerfordernisses, da er dann keines Schutzes bedarf. *Dies ist z.B. der Fall, wenn die Parteien bestimmen, dass der Bürge nur bis zu einem bestimmten Betrag haften soll.* In der Klausur stellt sich für Sie dann die Frage, ob eine solche Höchstbetragsklausel überhaupt vom Rechtsbindungswillen der Parteien umfasst ist. In der Praxis besteht das Problem, dass der Bürge beweisen muss, dass sich die Parteien darüber mündlich geeinigt haben (vgl. KreditsicherungsR, Rn. 10 ff.)

2. Auch der Vorvertrag unterliegt dem Formerfordernis des § 766 S. 1 BGB, ansonsten könnte die Vorschrift umgangen werden. Da der Bürge sich im Vorvertrag zur Abgabe einer Bürgschaftserklärung verpflichtet, ist seine Schutzbedürftigkeit lediglich vorverlagert.

hemmer-Methode: Im Rahmen der Formerfordernisses können in der Klausur mehrere Probleme eingebaut werden. Fehlt die Form des § 766 S. 1 BGB, so kann wegen des Formmangels eine Abgrenzung zum formlosen Schuldbeitritt und Garantievertrag erforderlich sein. Beachten Sie: Ein Telefax reicht für das Schriftformerfordernis nicht aus. Besonderheiten ergeben sich, wenn der SG ein Vollkaufmann ist. Für ihn gilt gem. § 350 HGB das Schriftformerfordernis nicht. Dabei ist umstritten, ob § 350 HGB auch für Scheinkaufleute gilt (siehe dazu HandelsR, Rn. 261 f.).

Vergessen Sie aber nicht, dass die mangelnde Form gem. § 766 S. 3 BGB geheilt werden kann.

Die Bürgschaftserklärung hat alle Essentialia der Bürgschaft zu enthalten, also den Gl, den S, die zu sichernde Forderung, den Bürgen und dessen Erklärung, er verbürge sich für die Forderung. Ist die Bürgschaftsurkunde nur bzgl. eines dieser Merkmale unvollständig, dann ist die gesamte Bürgschaft nichtig. Im Einzelfall kann jedoch aus der Bezeichnung der Hauptschuld auf die Person des nicht erwähnten Gläubigers geschlossen werden, oder die Person des Gl oder S auf den Inhalt der nicht fixierten Hauptschuld hinweisen.

Problematisch ist der Fall einer zwar vollständigen, aber auslegungsbedürftigen Bürgschaftserklärung.

Der SG erteilt dem S eine Bürgschaftsurkunde, in der er erklärt, er „verbürge sich demjenigen Kaufmann oder Kapitalist oder derjenigen Firma“, die dem S einen Kredit über 10.000 EUR geben würde, für alle dem S aus dieser Darlehensaufnahme entstehenden Verbindlichkeiten.

Liegt eine wirksame Bürgschaftserklärung vor?

Juristisches Repetitorium

examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

Die Bürgschaftsurkunde könnte unvollständig und damit gem. §§ 766 S. 1, 125 S. 1, 126 I BGB formnichtig sein, da die Person des Gläubigers nicht ausdrücklich genannt ist. Diese ergibt sich erst aus dem Zusammenhang mit der Darlehenshingabe.

Die **Rechtsprechung** wendet **bei der Auslegung formbedürftiger Willenserklärungen die Andeutungstheorie** an. Danach können auch **Tatsachen** außerhalb der Urkunde zur Auslegung des Erklärten herangezogen werden, sie müssen aber **in der schriftlichen Erklärung** einen, wenn auch unvollkommenen, **Ausdruck gefunden** haben. Ist die Bedeutung der Bürgschaftserklärung lediglich über außerhalb der Urkunde liegende Umstände zu erfassen, so ist die Bürgschaft gem. §§ 766 S. 1, 125 S. 1, 126 I BGB formnichtig.

An der Auffassung der **Rspr.** wird **kritisiert**, dass gerade in strittigen Fällen objektive Kriterien fehlen, nach denen entschieden werden könnte, ob etwas unvollkommen oder gar keinen Ausdruck gefunden hat. Zudem ist es häufig zufällig, ob eine wesentliche Tatsache angedeutet worden ist oder nicht. **Daher soll es nach anderer Auffassung genügen, wenn die Parteien meinen, eine Erklärung im Sinne ihres übereinstimmenden Willens abzugeben zu haben, auch wenn das objektiv Erklärte das übereinstimmend Gewollte nicht zum Ausdruck bringt.**

Im **Beispielsfall** kommen **beide Ansichten** aber zum **selben Ergebnis**. Die Umstände der Darlehenshingabe, aus denen sich die Person des Gl ergibt, klingen im Schriftstück an. Die Parteien des Bürgschaftsvertrages waren auch bei dessen Abschluss übereinstimmend davon ausgegangen, dass die in der Urkunde benutzten Formulierungen den Gl hinreichend genau beschreiben würden.

Die **Bürgschaftserklärung ist nicht** nach § 766 S. 1 BGB **formnichtig** (vgl. KreditsicherungsR, Rn. 12 ff.).

hemmer-Methode: Da beide Lösungsansätze zum selben Ergebnis gelangen, müssen Sie sich also nicht für einen entscheiden, sondern nur beide mit ihren Vor- und Nachteilen darstellen. Denken Sie auch fächerübergreifend. Die Andeutungstheorie ist Ihnen schon einmal im Erbrecht bei der Auslegung von Testamenten begegnet (vgl. dazu ErbR, Rn. 63 ff.).

Häufig gibt der SG (= Bürge) dem S eine von ihm unterzeichnete, aber noch unvollständige Bürgschaftsurkunde mit, wenn die Person des GI oder die Forderungshöhe noch nicht feststeht. Hat der S dann einen Geldgeber gefunden, so ist er vom SG ermächtigt, die Blankourkunde abredgemäß auszufüllen. Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen SG und GI ist dann die Übergabe der ausgefüllten Urkunde an den GI und die Annahme der Erklärung des Bürgen durch den GI. Probleme ergeben sich jedoch, wenn S die Urkunde nicht abredgemäß ausfüllt.

SG gibt S eine unterschriebene Blankobürgschaftsurkunde. Es ist vereinbart, dass S damit einen Kredit i.H.v. 10.000 EUR aufnehmen darf. S füllt das Blankett mit 50.000 EUR aus und erhält unter Vorlage der Bürgschaftsurkunde bei GI ein Darlehen in dieser Höhe. Nachdem S dem GI das Geld nicht zurückzahlt, will sich GI nun an SG halten. Der will nicht zahlen, zumindest aber nicht 50.000 EUR.

Hat GI einen Anspruch gegen SG?

Juristisches Repetitorium

examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

GI könnte gegen SG einen **Anspruch aus § 765 I i.V.m. § 488 BGB** i.H.v. 50.000 EUR haben.

Bei der **Übergabe der abredewidrig ausgefüllten Urkunde** könnte zwischen SG und GI ein **Bürgschaftsvertrag** zustande gekommen sein. Fraglich ist dabei die Rechtsstellung des S.

S war kein Bote, da er nicht bloß eine fremde WE übermittelt hat, sondern die zu übermittelnde WE noch vervollständigen musste. **S war auch nicht Vertreter**, da er keine eigene WE in fremdem Namen abgab, sondern eine lediglich durch ihn vervollständigte WE des Bürgen überbrachte. Hätte er die Bürgschaftserklärung als Vertreter abgegeben, dann hätte seine Erklärung und nicht die des Bürgen der Schriftform bedurft.

S handelte aufgrund einer gesetzlich nicht geregelten, aber **allgemein anerkannten Ausfüllungsbefugnis**. **Der Ausfüllungsbefugte verpflichtet den Befugnisgeber auch dann, wenn er seine Rechtsmacht überschreitet, und der GI auf die Richtigkeit der Urkunde vertraute und vertrauen durfte**. Der GI ist schutzwürdig, da er i.d.R. das Innenverhältnis zwischen S und SG nicht kennt und den Kredit nur im Hinblick auf die Bürgschaft erteilt.

Fraglich ist, ob sich der SG von seiner Verpflichtung aus diesem Bürgschaftsvertrag lösen kann.

Nach **e.A.** kann der Bürge gem. **§ 119 I BGB** anfechten, da der Fall einem **Inhaltsirrtum** gleichzustellen sei. Wille und Erklärung des Bürgen fallen auseinander. Der SG schuldet dem GI gem. **§ 122 I BGB** den Vertrauensschaden.

Die **h.M.** wendet den **§ 172 II BGB analog** auf Blanketturkunden an. Der Bürge muss nach den Grundsätzen der **Rechtsscheinhaftung** die Erklärung gegen sich gelten lassen, da er schließlich bewusst das Risiko einer abredewidrigen Ausfüllung eingeht. **Eine Rechtsscheinhaftung ist jedoch generell nicht anfechtbar**. *Allerdings kann GI den SG dann nicht i.H.v. 50.000 EUR in Anspruch nehmen, wenn der GI die abredewidrige Ausfüllung erkannt hatte* (vgl. **§ 173 BGB**). Nach BGH soll der SG dann nicht einmal über die gewollten 10.000 EUR in Anspruch genommen werden können, da insoweit die Schriftform der Bürgschaftserklärung fehle. *Dagegen spricht jedoch, dass der SG in dieser Höhe hätte bürgen müssen, hätte S das Blankett abredgemäß ausgefüllt*. Die abredewidrige Ausfüllung des Blanketts soll dem Bürgen nicht schaden, ihm aber auch keine Vorteile bringen, **§ 242 BGB**.

hemmer-Methode: § 166 I BGB gilt entsprechend, wenn der Ausfüllungsbefugte sich in obiger Konstellation verschreibt. Der Befugnisgeber kann anfechten, wenn sich der Ermächtigte in einem nach § 119 BGB beachtlichen Irrtum befunden hat.

Der Bürgschaftsvertrag kann aus denselben Gründen unwirksam sein wie jeder andere Vertrag auch. So kann der Vertrag insbesondere angefochten werden oder sittenwidrig sein.

1. Kann SG seine Bürgschaftserklärung gegenüber GI anfechten, wenn S ihn über seine Vermögensverhältnisse getäuscht hat?
2. Tochter SG ist 18 Jahre alt, arbeitet als Lehrling in einer Bäckerei und ist in geschäftlichen Dingen recht unerfahren. Ihr Vater S erhält von der GI-Bank für ein riskantes Geschäft einen Kredit i.H.v. 1 Million EUR. Der GI-Bank ist das mit dem Geschäft verbundene Risiko bekannt. Trotzdem bittet einer ihrer Mitarbeiter die Tochter SG um die Übernahme einer Bürgschaft für ihren Vater. Dabei erklärt er, dass sie dabei keine große Verpflichtung einginge und ihre Unterschrift eine reine Formalie sei, die er für seine Akten benötige.

Ist der Bürgschaftsvertrag wirksam?

Juristisches Repetitorium

examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

1. Zwar befand sich SG in einem Irrtum über eine Eigenschaft des S, nämlich dessen Vermögenssituation, dennoch kann er seine **Bürgschaftserklärung nicht gem. § 119 II BGB anfechten**, da ansonsten der **Sicherungszweck der Bürgschaft leer laufen würde**. **Der Bürge übernimmt ja gerade das Risiko, dass der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit nicht mehr erfüllen kann**. Eine Anfechtung gem. § 123 I BGB entfällt ebenfalls, **da S Dritter i.S.d. § 123 II BGB ist**. Der Bürge kann auch nicht geltend machen, dass die *Geschäftsgrundlage gestört* sei, da sich die Vermögensverhältnisse des S nach Vertragsschluss verschlechtert haben. Gerade *diese Verschlechterung fällt in den Risikobereich des Bürgen*.

2. Der Vertrag könnte gem. § 138 BGB nichtig sein. Früher hat der BGH in ähnlich gelagerten Fällen § 138 I BGB verneint, da jeder Volljährige berechtigt sei, sich so hoch zu verschulden, wie er wolle.

Diese Betrachtungsweise lässt allerdings die besonderen Umstände des Falles außer Betracht. SG ist sehr jung und unerfahren. Für sie ist nicht ohne weiteres erkennbar, auf welches Risiko sie sich einlässt. Die Bank hingegen kann die Situation auch für den SG voll einschätzen, verharmlost diese jedoch bewusst gegenüber der SG, die damit der Gefahr einer lebenslangen, ruinösen wirtschaftlichen Belastung ausgesetzt wird. Zudem befand sich SG wegen der gefühlsmäßigen Bindung zu ihrem Vater, den sie nicht im Stich lassen wollte, in einer seelischen Zwangslage.

Das BVerfG, dem sich der BGH diesbzgl. angeschlossen, hat daher entschieden, dass **bei Anwendung der Generalklausel des § 138 BGB die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 GG zu beachten** ist und deshalb verstärkt solche Verträge zu kontrollieren sind, die eine Vertragspartei ungewöhnlich stark belasten. Es **muss geprüft werden, ob die Regelung die Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist**. Das ist dann der Fall, wenn der Bürge krass finanziell überfordert ist, d.h. voraussichtlich nicht einmal in der Lage sein wird, die Zinsen aus seinem Einkommen bzw. Vermögen zahlen zu können. Dann wird vermutet, dass der Vertrag nur aus emotionaler Verbundenheit abgeschlossen wurde. Der Vertrag zwischen SG und B wäre hier gem. § 138 I BGB nichtig (zur Berücksichtigung der §§ 286 ff. InsO vgl. Life&Law 2009, Heft 11).

hemmer-Methode: Bei dem Problem der eingeschränkten Anfechtbarkeit der Bürgschaft müssen Sie mit dem Zweck der Bürgschaft argumentieren. Gewöhnen Sie sich generell an, immer auch nach dem Sinn und Zweck einer Norm zu fragen. Dies eröffnet Ihnen zusätzliche Argumentationsmöglichkeiten.

Die mögliche Sittenwidrigkeit von Bürgschaften unter Familienangehörigen ist wegen der neueren Rspr. durchaus examensrelevant. (Lesen Sie dazu BGB AT II, Rn. 134 und bleiben Sie z.B. mittels Life&Law (4/98) auf dem Laufenden.)