

Kreditsicherungsrecht

## Ü b u n g s f a l l 2

Der erfolgreiche Zahnarzt und Kunstliebhaber Karl Kunze (K) möchte die wertvolle Sammlung des Victor Vießmann (V) mit zwölf Gemälden berühmter Maler erwerben. K und V treten miteinander in Verhandlungen und werden sich darüber einig, dass der Kaufpreis 2,5 Mio. € betragen soll. K weist aber darauf hin, dass er nur 2 Mio. € sofort zahlen kann; den Restbetrag will er in Raten von monatlich 10.000 € zahlen. Wenn K mit der Zahlung von zwei Raten in Verzug kommt, soll der Restkaufpreis sofort fällig sein. K legt besonderen Wert darauf, dass er bereits mit Übergabe der Bilder auch deren Eigentümer wird. Darauf will sich V aber nur dann einlassen, wenn er werthaltige Sicherheiten erhält. K kann seinen Vater Paul (P), seinen Freund Fritz Feurich (F) sowie seinen Praxiskollegen Dr. Loch (L), die alle recht vermögend sind, als Bürgen gewinnen.

P und L schicken dem V einen Brief, in dem sie erklären, sich selbstschuldnerisch für die Restschuld des K gegenüber V aus dem Kaufvertrag in Höhe von 500.000 € zu verbürgen. V ruft daraufhin beide an und erklärt sich einverstanden. F schickt dem V ein Fax, in dem er die entsprechende Bürgschaftserklärung für sich abgibt. V ruft daraufhin bei F an und meint, eine Bürgschaft könne nicht per Fax erteilt werden. Deshalb schickt F dem V eine E-Mail mit einer elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz, die die Voraussetzungen des § 126a BGB erfüllt. Damit erklärt sich V dann einverstanden.

Nach Übergabe der Bilder zahlt K zunächst pünktlich seine Raten. Nach einem Jahr läuft seine Zahnarztpraxis nicht mehr so gut, und er kann die Raten nicht mehr wie vereinbart zahlen. Als K mit zwei Raten in Verzug gekommen ist, stellt V den gesamten Restkaufpreis von jetzt 380.000 € fällig. Da er von K keine Zahlung erhält, wendet er sich an P und F. Den L nimmt V nicht in Anspruch, denn V hatte den L ein halbes Jahr vorher auf dessen Bitte hin aus der Haftung entlassen, weil P und F nach Auffassung des V ausreichende Sicherheit boten.

P lässt daraufhin die Bilder seines Sohnes (also des K) von einem professionellen Kunstgutachter untersuchen. Dieser stellt fest, dass eines der Bilder nicht wie in der von V dem K übergebenen und Bestandteil des Kaufvertrags gewordenen Beschreibung von dem berühmten Maler Rudolph von Wenzel stammt, sondern von dessen weniger bekanntem Zeitgenossen Anonymus Rosch. Ein entsprechendes Bild von Rudolph von Wenzel existiert gar nicht. Bei der Berechnung des Kaufpreises waren K und V davon ausgegangen, dass der Wert dieses Bildes 200.000 € betrage. Wäre das Bild von Wenzel gewesen, wäre dies auch zutreffend gewesen. Das Bild ist tatsächlich aber nur 30.000 € wert. Da dem V das Gemälde von einem Kunsthändler als ein solches von Wenzel verkauft wurde und die Abweichung kaum erkennbar war, kann V aber kein Schuldvorwurf gemacht werden.

*(bitte wenden!)*

1. Welche Ansprüche hat V gegen P und F? P und F berufen sich unter anderem darauf, dass K den Kaufpreis mindern könne, weil eines der Bilder vom falschen Maler stamme. Zwar sei im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, dass der Bürge die Zahlung verweigern könne, solange der Hauptschuldner zur Minderung berechtigt sei; das Gesetz bestimme aber, dass sich der Bürge auf bestimmte nicht ausgeübte Gestaltungsrechte des Hauptschuldners berufen könne, so dass für die Minderung das Gleiche gelten müsse.
2. Schließlich lässt F sich erweichen und zahlt an V 210.000 €. Außer F zahlt niemand. F möchte von Ihnen wissen, ob und ggf. von wem er das Geld zurückbekommen kann. Insbesondere bittet F zu prüfen, ob er den Betrag von V wieder zurückverlangen kann, denn er bezweifle, dass die Bürgschaft wirksam gewesen sei. Weiterhin meint F, K müsse ihm den gezahlten Betrag ersetzen. Jedenfalls teilweise könne er sich auch an P halten. Das Gleiche müsse auch für L gelten, denn die Vereinbarung zwischen V und L gehe ihn (den F) nichts an.
3. Zusatzfrage: Nennen Sie kurz die Elemente des verlängerten Eigentumsvorbehalts!

Prof. Dr. Klaus Peter Berger, LL.M.

Kreditsicherungsrecht

## Lösungsskizze zum Übungsfall 2

Ausgearbeitet von Wiss. Mit. Bernd Scholl (Fragen und Hinweise an bernd.scholl@uni-koeln.de)

### Frage 1

#### A) Anspruch des V gegen P aus § 765 Abs. 1 BGB

V könnte gegen P einen Anspruch auf Zahlung von 380.000 € aus der Bürgschaft gem. § 765 Abs. 1 BGB haben.

##### I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

Dazu müsste zwischen V und P ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande gekommen sein. P hat dem V eine seinen Bürgschaftswillen erkennen lassende Bürgschaftserklärung abgegeben, die auch den Anforderungen des § 766 S. 1 i.V.m. § 126 BGB genügt, denn es ist davon auszugehen, dass das Schreiben unterschrieben war. V hat dieses Angebot telefonisch angenommen. Für die Erklärung des Gläubigers ist keine Form erforderlich. Damit ist zwischen V und P ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande gekommen.

##### II. Fällige Forderung gegen den Hauptschuldner

Der Zahlungsanspruch aus der Bürgschaft setzt weiterhin voraus, dass eine fällige Forderung gegen den Hauptschuldner besteht. Hier hat V gegen K derzeit (§ 767 Abs. 1 S. 1 BGB) einen Anspruch auf Zahlung von 380.000 € aus dem Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 2 BGB.

##### III. Einrede der Minderung analog § 770 BGB

Fraglich ist, ob der Anspruch des V gegen P analog § 770 BGB nur in Höhe von 210.000 € durchsetzbar ist. Voraussetzung dafür ist, dass K den Kaufpreis um 170.000 € mindern kann und auch P dies dem V analog § 770 BGB entgegenhalten kann.

§ 770 BGB erfasst ausdrücklich nur die Einrede der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit. Für andere Gestaltungsrechte wie Minderung und Rücktritt trifft das Gesetz keine Regelung. Diese Regelungslücke ist planwidrig, weil der Gesetzgeber in den §§ 767 ff BGB – ausgehend vom Grundsatz der Akzessorietät der Bürgschaft – geregelt hat, auf welche Einwendungen, Einreden und Rechte des Hauptschuldners sich der Bürge berufen kann und daher auch eine Regelung bezüglich anderer Gestaltungsrechte als der in § 770 BGB genannten zu erwarten gewesen wäre. Die Situation, dass der Hauptschuldner den Kaufpreis mindern kann, ist darüber hinaus für den Bürgen vergleichbar mit der Situation, dass der Hauptschuldner den Vertrag anfechten kann: Der das Bürgschaftsrecht beherrschende Grundsatz der Akzessorietät legt in beiden Fällen den Schluss nahe, dass der Bürge die Zahlung verweigern können soll, solange und soweit der Hauptschuldner sich seiner Schuld durch Ausübung des Gestaltungsrechtes entledigen könnte. Daher ist § 770 BGB entsprechend auf sämtliche Gestaltungsrechte, die der Hauptschuldner ausüben könnte, anzuwenden, insbesondere auch auf das Minderungsrecht.<sup>1</sup>

Das Minderungsrecht des K gegenüber V könnte sich aus §§ 437 Nr. 2, 441 BGB ergeben. Die Minderung ist gem. § 441 Abs. 1 S. 1 BGB unter den Voraussetzungen des Rücktritts möglich. Eines der gekauften Bilder stammt von einem anderen Maler als vereinbart, so dass entweder ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB oder nach § 434 Abs. 3 BGB (*aliud*) vorliegt. Der nach § 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich erforderlichen Nachfristsetzung bedarf es nicht, wenn die Nach-

<sup>1</sup> Jauernig/Stadler § 770 Rn. 2; MünchKomm/Habersack § 770 Rn. 6; Bamberger/Roth/Rohe § 770 Rn. 5; Staudinger/Horn (2013) § 770 Rn. 20.

erfüllung unmöglich ist, § 326 Abs. 5 BGB. Hier kommen weder eine Ersatzlieferung noch eine Nachbesserung in Betracht, beide Formen sind nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich. Demnach besteht ein Minderungsrecht des K, wobei der Kaufpreis gem. § 441 Abs. 3 BGB um 170.000 € zu mindern ist.

Dieses Recht kann P dem V analog § 770 BGB entgegenhalten und muss daher nur 210.000 € zahlen.

*Anm.: § 768 greift hingegen nicht, weil die Minderung keine Einrede, sondern ein Gestaltungsrecht ist.*

**Einrede der Anfechtbarkeit gem. § 770 Abs. 1 BGB? – muss nicht geprüft werden**

*Denkbar ist auch zu prüfen, ob P sich auf ein Anfechtungsrecht des K gem. § 770 Abs. 1 BGB berufen kann. Ein Anfechtungsrecht des K könnte sich allein aus § 119 Abs. 2 BGB (Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft) ergeben. Jedoch wird dieses Anfechtungsrecht durch die kaufrechtliche Mängelhaftung verdrängt.<sup>2</sup> Eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB scheidet daher aus.*

**Teilweises Erlöschen der Forderung nach § 776 S. 1 BGB? – muss nicht geprüft werden**

*Denkbar wäre, dass die Bürgschaftsforderung gegen P nach § 776 S. 1 BGB teilweise erloschen ist, weil V den L aus der Bürgschaft entlassen hat. Bei Aufgabe einer Sicherheit wird der Bürge gem. § 776 S. 1 BGB insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 BGB hätte Ersatz erlangen können. Nach § 774 BGB wäre der zu zahlende Betrag unter den beiden Bürgen, deren Bürgschaft wirksam ist (zur Unwirksamkeit der Bürgschaft des F s.u. – wer § 776 BGB prüft, sollte daher am besten die Bürgschaft des F zuerst prüfen), aufzuteilen gewesen. Demnach wäre die Bürgschaftsforderung um die Hälfte zu kürzen, so dass eine durchsetzbare Forderung des V gegen P nur in Höhe von 105.000 € bestünde. Der BGH wendet die Vorschrift aber auf diesen Fall nicht an (s.u.).<sup>3</sup> Denn die Entlassung eines Mitbürgen soll die zwischen den Mitbürgen bestehenden Ausgleichsansprüche nicht mehr beeinflussen können. Da dem Bürgen also trotz Entlassung des Mitbürgen die Ersatzmöglichkeit erhalten bleibt, ist § 776 S. 1 BGB, der einen Rechtsverlust des Bürgen voraussetzt, gar nicht anwendbar. (Eine andere Ansicht, die sich auf den Wortlaut und Zweck des § 776 S. 1 BGB stützen kann,<sup>4</sup> erscheint aber gut vertretbar. Der Bürgschaftsanspruch bestünde dann nur in Höhe von 190.000 € und wäre in Höhe von 105.000 € durchsetzbar.)*

*Die Einrede der Vorausklage gem. § 771 BGB ist wegen § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen (selbstschuldnerische Bürgschaft)*

#### IV. Ergebnis

P hat gegen V einen durchsetzbaren Anspruch auf Zahlung von 210.000 €.

#### B) Anspruch des V gegen F aus § 765 Abs. 1 BGB

V könnte gegen F einen Anspruch auf Zahlung von 380.000 € aus der Bürgschaft gem. § 765 Abs. 1 BGB haben.

##### I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

Dazu müsste auch zwischen V und F ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande gekommen sein. F hat dem V zunächst eine Bürgschaftserklärung per Fax geschickt. Fraglich ist, ob ein solches Fax die gesetzliche Schriftform des § 766 S. 1 i.V.m. § 126 BGB wahrt. Das Fax, das der Empfänger erhält, ist lediglich eine Kopie, die nicht die Originalunterschrift enthält. Auch auf das Original kann nicht abgestellt werden, weil es beim Absender verbleibt und daher dem Gläubiger nicht „erteilt“ wird. Damit kann durch ein Telefax die gesetzliche Schriftform nicht gewahrt werden.<sup>5</sup> Sodann hat F eine E-Mail mit elektronischer Signatur nachgereicht. Zwar kann die gesetzliche Schriftform durch eine elektronische Form nach § 126a BGB ersetzt werden, die hier eingehalten ist, jedoch ordnet § 766 S. 2 BGB ausdrücklich an, dass die Erteilung der Bürgschaftserklärung in elektronischer Form ausgeschlossen ist. Demnach ist der Bürgschaftsvertrag gem. § 125 S. 1 BGB formunwirksam.

<sup>2</sup> OLG Düsseldorf NJW 1992, 1326; Palandt/Ellenberger § 119 Rn. 27.

<sup>3</sup> BGH NJW 1992, 2286; Staudinger/Horn § 776 Rn. 6, 15.

<sup>4</sup> Vgl. Bayer EWIR 1992, 869, 870; Staudinger/Horn (2013) § 774 Rn. 50.

<sup>5</sup> Siehe BGHZ 121, 224 ff.

## II. Ergebnis

Mangels wirksamen Bürgschaftsvertrags hat V gegen F keinen Anspruch auf Zahlung von 380.000 € aus § 765 Abs. 1 BGB.

### Frage 2

#### A) Anspruch des F gegen V auf Rückzahlung der 210.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB

F könnte gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung der 210.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB haben.

Dazu müsste V zunächst etwas erlangt haben. V hat hier, wenn man eine bargeldlose Zahlung annimmt, einen Auszahlungsanspruch gegen seine Bank erlangt. Dies müsste auch durch Leistung des F geschehen sein. Leistung ist die bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Hier hat F an V 210.000 € gezahlt, um seiner Bürgschaftsverpflichtung nachzukommen. Eine Leistung liegt daher vor. Weiterhin müsste der Leistung der Rechtsgrund fehlen. Dies könnte deshalb der Fall gewesen sein, weil die Bürgschaft zunächst gem. § 125 S. 1 BGB formunwirksam war (s.o.). Jedoch ist der Mangel der Form gem. § 766 S. 3 BGB durch Erfüllung der Hauptverbindlichkeit (bzw. besser: der Bürgschaftsverbindlichkeit) durch den Bürgen geheilt worden. (Das gilt auch für eine in Unkenntnis der Formnichtigkeit bewirkte Leistung.<sup>6</sup>) Die Bürgschaft ist also wirksam geworden. Die Leistung erfolgte mit Rechtsgrund, so dass ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB nicht in Betracht kommt.

*Wer § 776 S. 1 BGB für anwendbar hält (s.o.), muss hingegen einen Rückzahlungsanspruch des F gegen V in Höhe von einem Drittel (jetzt nicht mehr die Hälfte wie oben, denn die Bürgschaft des F ist ja wirksam geworden), also 70.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB bejahen.*

#### B) Anspruch des F gegen K auf Zahlung von 210.000 €

##### I. Anspruch aus § 670 BGB

F könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung von 210.000 € aus § 670 BGB haben. In der Vereinbarung zwischen F und K, dass F dem V unentgeltlich eine Bürgschaft stellen soll, liegt ein Auftrag gem. § 662 BGB.<sup>7</sup> Demnach kann F als Bürge, der den Gläubiger befriedigt hat, die dafür erforderlichen Aufwendungen gem. § 670 BGB ersetzt verlangen.<sup>8</sup> F hat gegen K einen Anspruch auf Zahlung von 210.000 € aus § 670 BGB.

*Wer hingegen § 776 S. 1 BGB bejaht hat, dürfte nur Ansprüche des F gegen K auf Zahlung von 140.000 € bejahen, denn im Übrigen dürfte die Leistung nicht erforderlich gewesen sein (§ 670 BGB). Entsprechendes gilt auch für den sogleich zu prüfenden Anspruch aus §§ 774 Abs. 1, 433 Abs. 2 BGB, da der Anspruch nur soweit übergeht, wie der Bürge den Gläubiger befriedigt hat, nicht aber bei einer Befriedigung darüber hinaus.*

##### II. Anspruch aus § 774 Abs. 1 i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB

F könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung von 210.000 € aus § 774 Abs. 1 i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB haben. F hat hier als Bürge den Gläubiger befriedigt. Damit geht insoweit die Forderung gegen den Hauptschuldner auf ihn über (*cessio legis*). Mithin kann F von K gem. §§ 774 Abs. 1, 433 Abs. 2 BGB Zahlung von 210.000 € verlangen.

#### C) Ansprüche des F gegen L und P auf Zahlung von jeweils 70.000 €

##### I. Ansprüche aus § 774 Abs. 2 i.V.m. § 426 Abs. 1 BGB

<sup>6</sup> Staudinger/Horn (2013) § 766 Rn. 53; MünchKomm/Habersack § 766 Rn. 28.

<sup>7</sup> Vgl. nur Palandt/Sprau Einf v § 765 Rn. 5.

<sup>8</sup> Vgl. nur MünchKomm/Habersack § 774 Rn. 16.

F könnte gegen L und P Ansprüche auf Zahlung von jeweils 70.000 € aus § 774 Abs. 2 i.V.m. § 426 Abs. 1 BGB haben. F hat als Bürge den Gläubiger V befriedigt. Somit kann er gem. § 774 Abs. 2 i.V.m. § 426 Abs. 1 BGB von seinen Mitbürgen den auf diese entfallenden Anteil erstattet verlangen. Ursprünglich hafteten P, L und F gleichstufig und waren mithin gem. § 769 BGB Mitbürgen.

Fraglich ist jedoch, ob L in den Ausgleich der Mitbürgen einzubeziehen ist, obwohl V ihn aus der Haftung entlassen hat, oder ob der Ausgleich allein zwischen P und F zu erfolgen hat. Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>9</sup> führt die Entlassung eines Mitbürgen aus seiner Bürgschaftsverpflichtung grundsätzlich nicht zur Freistellung dieses Bürgen im Innenverhältnis der Mitbürgen untereinander. Dies begründet der BGH damit, dass die Ausgleichspflicht bereits mit der Begründung der Gesamtschuld und nicht erst mit der Leistung eines Gesamtschuldners an den Gläubiger entstehe. Dieses Ausgleichsverhältnis stehe als selbständiges Schuldverhältnis neben dem Gesamtschuldverhältnis. Die vom Gläubiger vorgenommene Entlassung eines Gesamtschuldners aus dem gesamtschuldnerischen Haftungsverband berühre diese Ausgleichsverpflichtung nicht. Der Gläubiger und der aus der Haftung entlassene Mitbürge (L) seien nicht befugt, zu Lasten der an ihrer Vereinbarung nicht beteiligten Mitbürgen über deren Ausgleichsansprüche gegen den entlassenen Mitbürgen zu verfügen. Der Gläubiger und einer der Mitbürgen können lediglich gem. § 423 BGB mit Wirkung für alle Mitbürgen das gesamte Schuldverhältnis aufheben, was hier aber gerade nicht gewollt war.

Folgt man dem, bleibt L genauso wie P dem F zum Ausgleich verpflichtet. F kann demnach von L und P jeweils ein Drittel der gezahlten Summe, also je 70.000 €, ersetzt verlangen.

## II. Ansprüche aus § 774 Abs. 2 i.V.m. § 426 Abs. 2 i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB

Die gleichen Ansprüche ergeben sich auch aus § 774 Abs. 2 i.V.m. § 426 Abs. 2 i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB.

*Vertretbar erscheint aber mit entspr. Begründung auch, anzunehmen, dass die Entlassung eines Mitbürgen durch den Gläubiger diesen auch vom Innenausgleich freistellt (oder jedenfalls dann, wenn der entlassene Mitbürge die Bürgschaft unabhängig von den anderen Bürgen übernommen hat, so MünchKomm/Pecher, 2. Aufl., § 769 Rn. 6). Die Lösung bestünde dann darin, dass nach § 776 S. 1 BGB die Bürgenschuld um den Betrag, der im Innenverhältnis vom entlassenen Bürgen zu tragen gewesen wäre, vermindert würde (s.o.). F könnte dann nur von P Zahlung von 70.000 € verlangen.*

### **Zusatzfrage:**

- Schuldrechtliche Vereinbarung, dass die Kaufsache vor vollständiger Bezahlung übergeben wird, das Eigentum aber erst mit vollständiger Bezahlung übergehen soll (§ 449 BGB)
- Dingliche Übereignung unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung (§ 158 Abs. 1 BGB)
- Vorbehaltsverkäufer ermächtigt den Vorbehaltskäufer, über die Vorbehaltsware zu verfügen (§ 185 Abs. 1 BGB)
- Vorbehaltskäufer tritt dem Vorbehaltsverkäufer Forderung aus dem Weiterverkauf der Ware antizipiert ab (§ 398 BGB)
- Vorbehaltsverkäufer erteilt Vorbehaltskäufer Einziehungsermächtigung hinsichtlich der Forderungen aus dem Weiterverkauf
- Ggf. noch Ausführungen zum verlängerten Eigentumsvorbehalt mit Herstellerklausel

<sup>9</sup> BGH NJW 1992, 2286, 2287; ebenso MünchKomm/Habersack § 769 Rn. 8; Bamberger/Roth/Rohe § 774 Rn. 14.