

## Lösungsskizze zum Übungsfall 1

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

G könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung von 1,64 Mio. € aus § 765 Abs. 1 BGB haben.

### I. Bestehen eines wirksamen Bürgschaftsvertrages

#### 1. Einigung über die Übernahme einer Bürgschaft

Mit der Unterzeichnung des von G vorgelegten Bürgschaftsformulars haben sich G und B über die Übernahme einer Bürgschaft durch B geeinigt. Insbesondere ist die für die Erklärung des Bürgen erforderliche Schriftform gem. § 766 S. 1 BGB eingehalten.

#### 2. Bestimmtheit der gesicherten Forderung *(Ausführungen hierzu sind nicht zu erwarten)*

Vor dem Hintergrund der Akzessorietät der Bürgschaft ist für die Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrags erforderlich, dass die gesicherte Forderung bestimmt oder zumindest bestimmbar ist. Diese Verbindung zwischen der Bürgschaft und der gesicherten Forderung erfolgt über die zwischen den Parteien vereinbarte Zweckerklärung. Vorliegend sah diese vor, dass die Bürgschaft zur Sicherung für „alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus den Geschäftsbeziehungen zwischen G und S“ diene. Auch wenn der Bürge damit wirtschaftlich den Umfang der übernommenen Verpflichtung im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme nicht abschätzen kann, ist jedoch klar, dass die Bürgschaft alle Forderungen aus den bestehenden Geschäftsbeziehungen zwischen G und S sichern sollte. Insofern ist die Bürgschaft hinreichend bestimmt.<sup>1</sup>

#### 3. Wirksamkeit der Zweckerklärung

*Die folgenden Ausführungen zur Wirksamkeit der Globalbürgschaft beruhen auf Balzer/Kröll/Scholl, Die Schuldrechtsklausur, 3. Aufl. 2011, Fall 28 Rn. 19 ff. Sie sind sehr ausführlich, von den Studenten ist selbstverständlich seine so umfassende Behandlung des Problems nicht zu erwarten.*

Die Bürgschaft inklusive der Zweckerklärung beruht jedoch auf einem von G auch in sonstigen Verträgen genutzten Formular. Insofern stellt die weite Zweckerklärung eine allgemeine Geschäftsbedingung i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB dar, die hinsichtlich ihrer Einbeziehung und ihrer Wirksamkeit den in §§ 305 ff BGB normierten Anforderungen genügen muss.

##### a) Wirksame Einbeziehung

Die generelle Einbeziehungen der Bürgschaftsbedingungen gem. § 305 Abs. 2 BGB ist erfolgt, da B die Bürgschaftsurkunde zur Unterschrift vorgelegt worden war und er damit Kenntnis von den AGB hatte. Fraglich ist jedoch, ob auch die weite Zweckerklärung Vertragsbestandteil geworden ist oder es sich bei ihr um eine überraschende Klausel i.S.v. § 305c Abs. 1 BGB handelt, die nicht einbezogen wird.

Überraschend ist eine Klausel in AGB dann, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und dieser mit ihr nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte. Die Bürgschaft wurde anlässlich des Abschlusses eines Werkvertrags zur Erstellung des Seniorenwohnheims mit 12 Wohnungen übernommen. Laut der Zweckerklärung sollte sie jedoch nicht nur die aus diesem Werkvertrag resultierenden Forderungen betreffen, sondern zusätzlich auch aktuelle und zukünftige Forderungen aus sonstigen Geschäftsbeziehungen zwischen G und S. Der Bürge braucht aber grundsätzlich bei einer im Zusammenhang mit einem konkreten Geschäft übernommenen Bürgschaft nicht damit zu rechnen, dass zugleich auch die Haftung für sonstige Risiken mitübernommen wird. Wie die gesetzliche Ausgestaltung der Bürgschaft in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB zeigt, geht der Bürge grundsätzlich davon aus, im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme die Höhe der übernommenen Verpflichtung bestimmen zu können.

<sup>1</sup> BGHZ 130, 19 = NJW 1995, 2553; siehe auch *Krafka* JA 2004, 668, 671.

*An dieser Stelle kann man sowohl vertreten, dass die Klausel überraschend sei, als auch die gegenteilige Ansicht. Für ersteres spricht, dass G einen ausdrücklichen Hinweis auf den weiten Sicherungszweck nicht erteilt hat. Allerdings finden sich im Sachverhalt keine näheren Angaben über die Motivation des B zur Übernahme der Bürgschaft. Lässt man daher die Frage offen oder vertritt man die Ansicht, dass die Klausel nicht überraschend sei, muss man weiterprüfen.*

Letztlich kann die Frage einer wirksamen Einbeziehung hier jedoch dahingestellt bleiben, wenn die weite Zweckerklärung ohnehin nicht wirksam ist.

## **b) Inhaltskontrolle**

Die Unwirksamkeit der weiten Zweckerklärung könnte sich aus einem Verstoß gegen § 307 BGB ergeben.

### **aa) Überprüfbarkeit (Ausführungen hierzu sind nicht zu erwarten)**

Das setzt zunächst einmal voraus, dass es sich bei der Zweckerklärung überhaupt um eine der AGB-Kontrolle unterliegende Nebenbestimmung handelt. Gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB unterliegen Klauseln, die den Hauptgegenstand des Vertragsverhältnisses bestimmen, nicht der Inhaltskontrolle. Diese bezieht sich nur auf die von den gesetzlichen Regelungen abweichenden Nebenabreden. Da die Zweckerklärung den Gegenstand der Bürgenhaftung festlegt, scheint es sich bei ihr auf den ersten Blick um eine kontrollfreie Festlegung der Hauptleistungspflicht zu handeln. Nach ständiger Rechtsprechung ist bei Bürgschaften, die aus Anlass eines konkreten Geschäfts übernommen werden, jedoch allein der Teil der Zweckerklärung Bestimmung der vertraglichen Hauptpflicht, mit dem die Haftung für die Risiken aus diesem konkreten Geschäft übernommen wird. Jede Erweiterung der Haftung stellt sich somit als Nebenabrede dar und kann kontrolliert werden.<sup>2</sup> Insofern ist zwischen der Bürgschaftsübernahme für die bestehenden Forderungen und der für künftige Forderungen zu differenzieren.

### **bb) Zukünftige Forderungen**

Die Zweckerklärung könnte hinsichtlich der Übernahme für alle künftigen Forderungen (Globalbürgschaft) gegen § 307 Abs. 1 und 2 BGB verstoßen, da sie zu einer im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme nicht mehr kalkulierbaren Haftungsübernahme führt.

Gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegt eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB regelmäßig dann vor, wenn eine Regelung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren ist. Nach dem gesetzlichen Leitbild der Bürgschaft in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB soll der Bürge zum Zeitpunkt seiner Haftungsübernahme den Haftungsumfang abschätzen können. Ihm muss bekannt sein, für welche Forderungen er die Haftung übernimmt, oder aber er muss zumindest einen Einfluss auf deren Auswahl haben. Der Bürge soll nach dem gesetzlichen Leitbild mit der Bürgschaft nur ein für ihn kalkulier- und beherrschbares Risiko übernehmen. Das ist bei B jedoch nicht der Fall. Weder sind ihm die gesamten Geschäftsbeziehungen zwischen S und G bekannt, noch hat er einen Einfluss auf die Aufnahme weiterer Geschäftsbeziehungen, deren Risiken durch die Bürgschaft abgesichert werden. Insofern verstößt die weite Zweckerklärung gegen das in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB angelegte Verbot der Fremddisposition.

Das beinhaltet zugleich einen Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Der mangelnde Einfluss des Bürgen auf den Umfang der übernommenen Haftung stellt eine den Vertragszweck gefährdende Einschränkung des Rechts des Bürgen dar, über den Umfang seiner Verpflichtung informiert zu sein.

Damit ist die weite Zweckerklärung auch nach § 307 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB unwirksam.

### **cc) Bestehende Forderungen**

Sofern die Zweckerklärung die Haftung auf zur Zeit der Bürgschaftsübernahme bestehende Forderungen aus anderen Projekten ausdehnt, fehlt es an einem Verstoß gegen § 307 Abs. 2 BGB. Der Umfang der vom Bürgen übernommenen Haftung ist zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv bestimmbar. Das Risiko ist insoweit zumindest theoretisch kalkulierbar, da es sich aus der Addition der bestehenden Verbindlichkeiten ergibt.

Es könnte jedoch dennoch ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB vorliegen, wenn der Bürge durch die weite Zweckerklärung unangemessen benachteiligt wird. Der Bürge hat ein schutzwürdiges Interesse daran, den

<sup>2</sup> Siehe dazu *Riehm* JuS 2000, 343, 346; BGHZ 130, 19 = NJW 1995, 2553; MünchKomm/*Habersack* § 765 Rdn. 73 ff; umfassend zu den verschiedenen Fragen weiter Sicherungszweckerklärungen *Nobbe* BKR 2002, 747.

Umfang des übernommenen Risikos aus der Bürgschaftsurkunde ersehen zu können. Sofern diese über das Risiko hinausgeht, das mit der den Anlass der Bürgschaftsübernahme bildenden Forderung verbunden ist, lässt sich dem Formular das Risiko nicht mehr entnehmen. Insofern dürfte insoweit ein Verstoß gegen das in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verankerte Transparenzgebot vorliegen. *Allerdings ist im Sachverhalt von weiteren zur Zeit der Bürgschaftsübernahme bestehenden Forderungen des G gegen S keine Rede, so dass hierzu weitere Ausführungen nicht gemacht werden müssen.*

### c) Rechtsfolgen der Unwirksamkeit der Zweckerklärung

Damit stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge der etwaigen Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit der weiten Zweckerklärung. Grundsätzlich gilt bei AGB das Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion, d.h. einer Rückführung einer unwirksamen Klausel auf ihren gesetzlich noch zulässigen Inhalt. Entsprechend ist die Zweckerklärung insgesamt als unwirksam anzusehen, sofern nicht einzelne Teile abtrennbar sind. Daran fehlt es jedoch im konkreten Fall, da die den Anlass der Bürgschaftsübernahme bildenden Forderungen nicht gesondert erwähnt wurden.

Das völlige Fehlen einer Vereinbarung eines konkreten Sicherungszwecks würde jedoch zur Unwirksamkeit der Bürgschaft führen, da nicht klar ist, welche Forderung durch die Bürgschaft gesichert ist. Eine solche Regelung würde allerdings nicht den Interessen der Parteien entsprechen. Diese waren sich darüber einig, dass der Gläubiger zumindest für die den Anlass der Bürgschaftsübernahme bildende Forderung gesichert werden sollte. Insofern kann hier eine ergänzende Vertragsauslegung der Bürgschaft dahingehend vorgenommen werden, dass die Vertragslücke, die durch die Unwirksamkeit der ausdrücklich vorgesehenen Zweckvereinbarung entstanden ist, geschlossen wird.<sup>3</sup> Das entspricht auch dem in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Leitbild der Bürgschaft, so dass diese ergänzende Vertragsauslegung letztlich dem in § 306 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Grundgedanken entspricht, dass sich bei der Unwirksamkeit von AGB der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften richtet.

Ferner betrifft der Grundsatz, dass es keine geltungserhaltende Reduktion gibt nur allgemeine Geschäftsbedingungen. Diese werden nicht geltungserhaltend reduziert. Die Übernahme der Bürgschaft bzgl. eines konkreten Anlasses ist allerdings keine solche Klausel, sondern die Vereinbarung der Hauptleistung (s.o.). Auch wenn diese sprachlich nicht von den AGB getrennt wurde, ist sie durch das AGB-Recht nicht anzutasten. Deswegen kann sich durch Grundsätze des AGB-Rechts wie dem Verbot der Geltungserhaltenden Reduktion nicht unwirksam werden. Sie ist weder direkt noch indirekt dem AGB-Recht ausgeliefert.

Damit ist ein wirksamer Bürgschaftsvertrag für die Forderungen des G aus dem Werkvertrag über das Projekt „Seniorenresidenz“ zustande gekommen, die den Anlass der Bürgschaftsübernahme bildeten.

## II. Bestehen der zu sichernden Hauptforderung

### 1. Umfang der Bürgenhaftung

Der Umfang der Bürgenhaftung richtet sich gem. § 767 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich nach dem Umfang der gesicherten Hauptschuld, sofern die Parteien nicht ausdrücklich eine andere Vereinbarung getroffen haben. Nach dem soeben Gesagten sichert die Bürgschaft grundsätzlich nur Verbindlichkeiten aus dem Projekt „Seniorenresidenz“, so wie es bei der Bürgschaftsübernahme seitens des B geplant war. Die Erweiterung des ursprünglichen Konzepts auf 16 Wohneinheiten und die damit einhergehende Erhöhung der Zahlungsverpflichtung um 400.000 € stellt ein nach Übernahme der Bürgschaft zustande gekommenes Rechtsgeschäft i.S.v. § 767 Abs. 1 S. 3 BGB dar, das durch die Bürgenhaftung nicht abgedeckt ist. Von der Bürgschaft war damit nur die Hauptschuld über 1,2 Mio. € umfasst.

Fraglich ist, ob auch die Verzugszinsen in Höhe von 40.000 € von der Bürgenhaftung umfasst sind. § 767 Abs. 1 S. 2 BGB ordnet an, dass sich die Verpflichtung des Bürgen auch auf Verzugszinsen erstreckt. Allerdings gilt das nur für Verzugszinsen, die auf das ursprünglich geplante Projekt entfallen, also 30.000 €. B haftet also grundsätzlich in einem Umfang von 1,23 Mio. €.

### 2. Erlöschen der Bürgschaftsschuld gem. §§ 389, 387 BGB i.H.v. 100.000 €

Die Bürgschaftsschuld könnte jedoch durch Aufrechnung des B gem. §§ 389, 387 BGB i.H.v. 100.000 € erloschen sein. B selbst hat hier durch Abtretung des X eine Kaufpreisforderung gegen G in Höhe von 100.000 € erworben. Mit dieser konnte B gegen die Verpflichtung aus der Bürgschaft aufrechnen, § 387 BGB, und hat dies auch getan, § 388 BGB. Damit ist die Bürgschaftsschuld in Höhe von 100.000 € erloschen und beträgt nur noch 1,13 Mio. €.

<sup>3</sup> Vgl. BGHZ 143, 95, 102; Palandt/Sprau § 765 Rdn. 20 m.w.N.

### III. Einreden des Bürgen

#### 1. Einrede der Aufrechenbarkeit gem. § 770 Abs. 2 BGB

Außerdem kann B möglicherweise die Zahlung in Höhe von 50.000 € gem. § 770 Abs. 2 BGB verweigern. Dazu müsste sich hier der Gläubiger (G) durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners (S) befriedigen können. Hier hatte S aus einem anderen Projekt einen Schadensersatzanspruch gegen G in Höhe von 50.000 €. Insoweit kann sich G auch durch Aufrechnung befriedigen. Daher kann B in Höhe weiterer 50.000 € die Zahlung verweigern, so dass er nur noch 1,08 Mio. € zahlen muss.

#### 2. Einrede der Vorausklage gem. § 771 BGB

Möglicherweise kann B auch die Einrede der Vorausklage erheben, § 771 BGB, weil G nicht zuvor die Zwangsvollstreckung gegen S ohne Erfolg versucht hat. Jedoch hat B laut Sachverhalt eine selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen (was auch durch AGB möglich ist<sup>4</sup> - *hier weitere AGB-Prüfung möglich*), so dass die Einrede der Vorausklage gem. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen ist. B kann daher nicht die Einrede der Vorausklage erheben.

### IV. Ergebnis

G hat also in Höhe von 1,08 Mio. € einen durchsetzbaren Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB gegen B.

#### 1. Zusatzfrage:

Schwierig voneinander abzugrenzen sind die Bürgschaft und die Forderungsgarantie. In beiden Fällen haftet der Interzedent dafür, dass der Schuldner die Forderung des Gläubigers erfüllt. Der Unterschied besteht darin, dass die Bürgschaft akzessorisch ist, also vom Bestand und vom Umfang der Hauptschuld abhängig ist. Hingegen ist die Garantie abstrakt, also von der Hauptschuld unabhängig. Der Garant muss den Gläubiger auch dann schadlos halten, wenn die Hauptschuld nicht entstanden oder später weggefallen ist. Er kann grds. keine Einwendungen aus dem Hauptschuldverhältnis erheben. Ein Indiz für das Vorliegen einer Garantie kann ein eigenes wirtschaftliches Interesse des Erklärenden sein. Eine Garantie kann nur angenommen werden, wenn der Interzedent unter allen Umständen, also unabhängig von der Entstehung und dem Fortbestand der Hauptschuld, für den Leistungserfolg eintreten will. Der Wortlaut ist ebenfalls ein Anhaltspunkt, aber nicht immer entscheidend, wenn die Begriffe von Laien verwendet werden (zum Ganzen *Nobbe* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 92 Rn. 8 ff; Staudinger/*Horn* [2012] Vor § 765 Rn. 233 ff).

Eine Umdeutung (§ 140 BGB) einer formunwirksamen Bürgschaft (§ 766 BGB) in eine Garantie, die keiner Form bedarf, stehen die weiter gehenden Rechtsfolgen der Garantie ebenso wie der Schutzzweck des Formerfordernisses (§ 766 S. 1 BGB) entgegen (*Füller* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2009, BankR IV Rn. 450).

#### 2. Zusatzfrage:

Sowohl der Sicherungsgrundschuld als auch der Sicherungsabtretung als auch der Sicherungsübereignung liegt eine (schuldrechtliche) Sicherungsabrede zugrunde. Es handelt sich hierbei um einen fiduziarischen Vertrag (hier in Form der eigennützigen Treuhand), was bedeutet, daß der Treugeber dem Treuhänder nach außen hin ein Mehr an Rechten überträgt, als er nach der Sicherungsabrede ausüben darf.

<sup>4</sup> BGHZ 95, 350, 361; Palandt/*Sprau*, § 773 Rn. 2.