

## **Lösungsvorschlag zum Fall „Die Geschäftsidee“**

Themenkreis: Bürgschaftsrecht, AGB-Recht, Anfechtung von Willenserklärungen

### **A. Bürgschaftsanspruch der S gegen A auf Zahlung von 180.000 Euro (§ 765 I BGB)**

S könnte wegen ihrer unbeglichenen Darlehensforderungen gegen die P-GmbH einen Anspruch nach § 765 I BGB in Höhe von 180.000 Euro gegen A als Bürgen haben.

#### **I. Entstehung und vereinbarter Umfang eines Bürgschafts-Haftungsanspruchs**

##### **1. Abschluss des Bürgschaftsvertrags**

Hierfür müsste zwischen S und A ein Bürgschaftsvertrag zustande gekommen sein, also ein Vertrag, wonach sich A gegenüber der S als Gläubigerin der P-GmbH verpflichtet, für die Erfüllung der Darlehensverbindlichkeiten der P-GmbH einzustehen (§ 765 I BGB).

###### **a) Erklärte Willenseinigung**

S hat dem A in Form des ausgefüllten Bürgschaftsformulars das Angebot zum Abschluss eines solchen Vertrags unterbreitet, wobei davon ausgegangen wird, dass der Zweigstellenleiter Vertretungsmacht für S hatte. Und A hat dieses Angebot durch seine Unterschrift unter dem Bürgschaftsformular angenommen.

###### **b) Form**

Die Schriftform, die das Gesetz für die Vertragserklärung des Bürgen verlangt (§§ 766 Satz 1, 126 I BGB), ist hierdurch gewahrt.

##### **2. Bestehen der Hauptforderung**

Der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen aus der Bürgschaft hängt vom Bestehen einer gesicherten Hauptforderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner ab (§ 767 I 1 BGB). Die Bürgschaft ist in diesem Sinne akzessorisch zur Hauptforderung. Vorliegend hat S gegen die P-GmbH zwei Darlehens-

Rückzahlungsansprüche in Höhe von 100.000 und 80.000 Euro, die durch Darlehensverträge zwischen diesen Parteien und durch die Auszahlung der Darlehen entstanden sind (§ 488 I BGB).

Als die Bürgschaft zwischen S und A vereinbart wurde, waren allerdings die Darlehen noch nicht von S an die P-GmbH ausgezahlt und folglich ein Rückzahlungsanspruch der S noch nicht entstanden. Das steht jedoch dem Abschluss eines hierauf bezogenen Bürgschaftsvertrags zwischen S und A nicht entgegen, denn die Bürgschaft kann auch für künftige Schulden übernommen werden (§ 765 II BGB).

### **3. Vereinbarter Umfang der Verpflichtung des Bürgen**

#### **a) Die Ziffer 2 des Bürgschaftsvertrags als Problem**

Die Bestimmung in Ziffer 2 des Bürgschaftsvertrags, wonach die Bürgschaft des A sich über den Ursprungskredit von 100.000 Euro hinaus auch für künftige weitere Kredite der S an die P-GmbH erstreckt (Globalbürgschaft), könnte indessen am AGB-Recht scheitern.

#### **b) Vorliegen von AGB**

Die Vertragsbestimmung war von Seiten der Sparkasse für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert ("übliches Bürgschaftsformular") und wurde dem A bei Vertragsschluss einseitig gestellt, so dass es sich nach § 305 I BGB um allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) handelt.

#### **c) Einbeziehungskontrolle**

Die Vertragsklausel wurde dem A schwarz auf weiß vorgelegt und von ihm durch seine Unterschrift gebilligt, so dass die Klausel formal eine Einbeziehungsvereinbarung stattgefunden hat (§ 305 II BGB).

Die Einbeziehung der Klausel könnte allerdings an § 305c I BGB scheitern, wonach AGB-Klauseln nicht Vertragsbestandteil werden, wenn sie "nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht". Unter einer Bürgschaft stellt man sich üblicher Weise die Einstandspflicht für eine einzi-

ge, ziffernmäßig bestimmte Hauptschuld vor. Dem entspricht die vorliegende Klausel nicht. Sie ist daher inhaltlich ungewöhnlich. Die Klausel war jedoch im äußeren Erscheinungsbild des sehr kurzen Bürgschaftsvertrags klar erkennbar, also keineswegs versteckt, und ein normaler Vertragspartner kann ohne Weiteres verstehen, was gemeint ist. Es fehlt der Überraschungs- und Überrumpelungseffekt, auf den § 305c I BGB abstellt. Alles in allem hält die Klausel daher der Einbeziehungskontrolle stand.<sup>1</sup>

#### d) **Inhaltskontrolle**

Die Klausel über die Erstreckung der Bürgschaft auf künftige weitere Kredite könnte jedoch nach § 307 I 1 BGB unwirksam sein. Dann müsste sie den A entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (§ 307 II Nr. 1 BGB), also in erheblichem Maße zu Lasten des A von dispositiven Gesetzesregeln mit materiellem Gerechtigkeitsgehalt abweicht.

Eine solche leitbildhafte Gesetzesregel ist auch § 767 I 3 BGB, wonach "durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner [hier also die P-GmbH] nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt [wie vorliegend der zweite Darlehensvertrag über 80.000 Euro] ... die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert" wird. Diese Regel ist ein wichtiger Eckpfeiler des Bürgschaftsrechts; sie will darauf hinwirken, dass der Bürge sein Risiko möglichst informiert einschätzen kann und nicht zum Spielball der Fremdbestimmung durch andere wird. Die vorformulierte Vertragsklausel, wonach sich die Bürgschaft auch auf künftige weitere Darlehen erstrecken soll, ist daher nach § 307 BGB unwirksam.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Andere Ansicht gut vertretbar. Der BGH und die h.M. lassen die Einbeziehung von Klauseln der hier vorliegenden Art in Bürgschaftsverträge grundsätzlich an § 305c I BGB scheitern; siehe statt vieler BGHZ 126, 174, 176 ff.; BGHZ 130, 19, 24 ff.; *Grüneberg*, in Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 305c Rn. 11; *Sprau*, in Palandt, a.a.O., § 765 BGB Rn. 20. Allerdings sind die Bürgschaftsverträge, mit denen sich die Gerichtspraxis auseinandersetzen muss, bei Weitem nicht so kurz und einfach gehalten wie der hier zu beurteilende Vertrag. Wenn man in der Fallbearbeitung zu dem Ergebnis kommt, dass die Klausel nach § 305c I BGB nicht Vertragsbestandteil geworden sei, muss man die Inhaltskontrolle in Form eines Hilfsgutachtens vornehmen.

<sup>2</sup> Ständige Rechtsprechung; aus neuerer Zeit BGHZ 143, 95, 97; *Sprau*, in Palandt (Fn. 1), § 765 BGB Rn. 20.

**e) Folgen für den Bürgschaftsvertrag**

Trotz Unwirksamkeit der Vertragsklausel Nr. 2 ist der Bürgschaftsvertrag im Übrigen wirksam zu Stande gekommen (§ 306 I BGB). An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt das dispositive Recht, also die Regel des § 767 I 3 BGB, wonach der Bürge nicht für spätere Kreditaufnahmen des Hauptschuldners haftet. Die Sparkasse kann den A daher allenfalls für den ursprünglichen Kredit von 100.000 Euro aus der Bürgschaft in Anspruch nehmen.<sup>3</sup>

**II. Erlöschen des Bürgschaftsanspruchs durch Anfechtung von Seiten des A (§ 142 BGB)**

Auch noch mit diesem reduzierten Umfang könnte der Haftungsanspruch der S gegen A aus der Bürgschaft dadurch wieder erloschen sein, dass A seine auf den Abschluss des Bürgschaftsvertrags mit S gerichtete Willenserklärung angefochten und dadurch den Vertrag hinfällig gemacht hat (§ 142 I BGB).

**1. Anfechtungserklärung**

A hat gegenüber S bekundet, seine Bürgschaftserklärung wegen Willensmängeln nicht gelten lassen zu wollen und damit eine Anfechtungserklärung abgegeben (§ 143 I BGB).

**2. Anfechtungsgegner**

S war als Partnerin des Bürgschaftsvertrags richtige Anfechtungsgegnerin (§ 143 II BGB).

**3. Anfechtungsgrund**

**a) Eigenschaftsirrtum (§ 119 II BGB)**

Als Anfechtungsgrund könnte ein Eigenschaftsirrtum im Sinne des § 119 II BGB in Betracht kommen. Dann müssten die Zahlungsfähigkeit der P-GmbH und die Größe der Diskothek, über die sich A geirrt hat, verkehrswesentliche "Eigenschaften der Person oder der Sache" sein.

---

<sup>3</sup> BGHZ 143, 95, 97; *Sprau*, in Palandt (Fn. 1), § 765 BGB Rn. 20 a.E.

Maßgebende "Person" kann außer dem Vertragspartner auch ein anderer sein, wie beim Bürgschaftsvertrag der Hauptschuldner. Dessen Zahlungsfähigkeit ist eine Eigenschaft, auf die es für den Bürgen wesentlich ankommt. Die Bürgschaft soll jedoch den Gläubiger gerade vom Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners entlasten und dieses Risiko auf den Bürgen verlagern. Ein Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners berechtigt deshalb den Bürgen grundsätzlich nicht gegenüber dem Gläubiger zur Anfechtung der Bürgschaftserklärung.

Gleiches gilt für den Irrtum des A über die Größe und Ertragsfähigkeit der Diskothek. Es ist schon fraglich, ob das von der P-GmbH betriebene Lokal als "Sache" des Bürgschaftsvertrages zwischen A und S anzusehen ist. Jedenfalls schließen auch hier die Sicherungsfunktion der Bürgschaft und die geschäftstypische Risikoverteilung eine Anfechtung des Bürgschaftsvertrags wegen Eigenschaftsirrtums des Bürgen aus.

A kann also nach § 119 II BGB nicht anfechten.

**b) Arglistige Täuschung (§ 123 I Fall 1 BGB)**

**aa) Eröffnung der Anfechtung**

Ein Anfechtungsgrund für A könnte des Weiteren darin liegen, dass er zur Abgabe seiner Bürgschaftserklärung durch arglistige Täuschung von Seiten des P bestimmt wurde (§ 123 I Fall 1 BGB). Arglistig handelt allemal, wer im Hinblick auf wesentliche vertragsschlussbezogene Umstände vorsätzlich lügt. Hier hat P dem A durch die falsche Rentabilitätsprognose gezielt vorgespiegelt, das Unternehmen der P-GmbH könne ausreichende Umsätze und Gewinne erzielen, um die Darlehensschuld zu tilgen. Diese arglistige Täuschung durch P war für die Bürgschaftserklärung des A ursächlich bestimmend.

**bb) Ausschluss der Anfechtung (§ 123 II 1 BGB)**

Die nach § 123 I BGB eröffnete Anfechtung könnte jedoch nach § 123 II 1 BGB ausgeschlossen sein. Hiernach berechtigt eine Täuschung, die "ein Dritter" verübt hat, den A gegenüber S nur

dann zur Anfechtung seiner Vertragserklärung, wenn S die Täuschung kannte oder kennen musste.

Es fragt sich daher zunächst, ob P hinsichtlich des Bürgschaftsvertrags zwischen A und S "Dritter" im Sinne des § 123 II 1 BGB ist. Als Dritter wird angesehen, wer nicht selbst Erklärungsempfänger ist und auch nicht auf Seiten des Erklärungsempfängers am Zustandekommen des angefochtenen Rechtsgeschäfts mitgewirkt hat. Hier hat P zwar maßgebend am Zustandekommen des Bürgschaftsvertrags zwischen S und A mitgewirkt. Er stand dabei aber nicht auf Seiten der S, sondern verfolgte eigene Interessen und ist daher im Verhältnis zwischen S und A als Dritter anzusehen.

Dass P den A getäuscht hat, vollzog sich jedoch jenseits des Erkenntnishorizonts der S, so dass diese die Täuschung weder kannte noch kennen musste. Damit ist eine Arglistanfechtung durch A gegenüber S nach § 123 II 1 BGB ausgeschlossen.

#### **4. Zwischenergebnis**

Der Bürgschaftsanspruch der S ist nicht durch Anfechtung erloschen.

### **III. Eintritt des Bürgschaftsfalls**

Die P-GmbH als Hauptschuldnerin hat das Darlehen bei Fälligkeit nicht zurückgezahlt. Damit ist der Bürgschaftsfall eingetreten, und der Haftungsanspruch der S in Höhe von 100.000 Euro aus der Bürgschaft spitzt sich zu einem Zahlungsanspruch zu (§ 765 BGB).

### **IV. Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB)**

#### **1. Wesen dieser Einrede**

Nach § 771 BGB kann der Bürge die Zahlung an den Gläubiger verweigern, bis dieser erfolglos gegen den Hauptschuldner vollstreckt hat.

## 2. Vertraglicher Ausschluss der Einrede (§ 773 I Nr. 1 BGB)

Diese Einrede der Vorausklage (oder eigentlich Vorausvollstreckung) kann jedoch vertraglich ausgeschlossen, indem sich der Bürge "selbstschuldnerisch" verbürgt (§ 773 I Nr. 1 BGB). So sieht es auch der vorliegende Bürgschaftsvertrag vor.

Da es sich um eine AGB-Klausel handelt, fragt es sich wieder, ob die Klausel der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB standhält.<sup>4</sup> Die Einrede der Vorausklage ist ein wichtiger Schutzbehelf des Bürgen. Sie sichert die Subsidiarität der Bürgschaft, also den Grundsatz, dass der Bürge nur hilfsweise für eine fremde Schuld haftet. Gleichwohl kann nach herrschender Meinung die Einrede der Vorausklage auch durch AGB wirksam abbedungen werden.<sup>5</sup> Die Bürgschaft würde sonst als Kreditsicherungsmittel allzu sehr abgeschwächt. Manche wollen es allerdings hinsichtlich des AGB-rechtlichen Transparenzgebots (§ 307 I 2 BGB) für einen formularmäßigen Einredeausschluss nicht genügen lassen, dass einfach nur lapidar das Wort "selbstschuldnerisch" fällt.<sup>6</sup> Wenn man dem folgt, ist vorliegend der vertragliche Einredeausschluss unwirksam.

## 3. Ausschluss der Einrede wegen Vermögenslosigkeit der P-GmbH (§ 773 I Nr. 1 BGB)

Das würde dem A hier aber nichts nützen, weil die P-GmbH als Hauptschuldnerin vermögenslos ist, so dass es für die S hier nichts mehr zu vollstrecken gibt. In diesem Fall hat der Bürge nach § 773 I Nr. 4 BGB die Einrede der Vorausklage schon von Gesetzes wegen nicht.

## V. Ergebnis

S kann nach § 765 I BGB von A als Bürgen 100.000 Euro verlangen, also den Betrag des ursprünglich an die P-GmbH ausgereichten Darlehens, weil ein entsprechender Bürgschaftsvertrag geschlossen wurde, die Anfechtung des A nicht durchgreift, der Bürgschaftsfall eingetreten ist und dem A keine Einreden zustehen. Für das zweite Darlehen über 80.000 Euro kann S den A dagegen nicht als Bürgen in Anspruch neh-

---

<sup>4</sup> Vgl. oben zu A. I. 3.

<sup>5</sup> *Habersack*, in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., Bd. 5, 2013, § 773 Rn. 3; hiervon ausgehend auch BGHZ 95, 350, 361 sowie BGH, NJW 2001, 2466, 2468. Wenn es sich um eine Verbraucherbürgschaft handelt, sollte es auf die Umstände des individuellen Vertragsschlusses ankommen (§ 310 III Nr. 3). Aber dazu sagt der Sachverhalt zu wenig.

<sup>6</sup> *Habersack*, a.a.O. (Fn. 5), § 773 BGB, Rn. 3 m. w. Nw.

men, weil dieses Darlehen wegen Unwirksamkeit der hierhingehenden AGB-Klausel von der Bürgschaft nicht mehr gedeckt ist.

## **B. Bürgschaftsanspruch der S gegen B (§ 765 I BGB)**

Möglicherweise hat S auch gegen B einen Bürgschaftsanspruch nach § 765 I BGB.<sup>7</sup>

### **I. Entstehung und Umfang des Anspruchs**

Ein solcher Anspruch ist aufgrund des zwischen S und B geschlossenen Bürgschaftsvertrags als Haftungsanspruch entstanden. Ebenso wie im Falle des A ist allerdings nur das ursprüngliche Darlehen von 100.000 Euro durch die Bürgschaft abgedeckt, nicht auch das spätere weitere Darlehen von 80.000 Euro (§§ 767 I 3, 307 BGB).<sup>8</sup>

### **II. Erlöschen des Anspruchs (§§ 123 I Fall 2, 142 I BGB)**

Der Bürgschaftsanspruch der S könnte jedoch durch Anfechtung von Seiten des B wieder erloschen sein (§ 142 I BGB).

#### **1. Anfechtungserklärung und Anfechtungsgegner**

Eine Anfechtungserklärung gegenüber S als richtiger Anfechtungsgegnerin liegt ebenso wie im Falle des A vor.<sup>9</sup>

#### **2. Anfechtungsgrund (§ 123 I Fall 2 BGB)**

Als Anfechtungsgrund scheidet auch hier ein Eigenschaftsirrtum nach § 119 II BGB aus.<sup>10</sup> In Betracht kommt jedoch eine Anfechtung der Bürgschaftserklärung wegen widerrechtlicher Drohung durch P (§ 123 I Fall 2 BGB).

Drohung ist das In-Aussicht-Stellen eines Übels, auf dessen Eintritt der Drohende sich Einfluss zuschreibt. Hier hat P dem B in Aussicht gestellt, dessen außereheliche Affäre gegenüber der Ehefrau offenzulegen und ihm so häuslichen Ärger zu bereiten. Darin liegt eine Drohung.

---

<sup>7</sup> Dann würden A und B als Mitbürgen gesamtschuldnerisch haften (§ 769 BGB), so dass S die Bürgschaftssumme nach Belieben von A oder B verlangen könnte (§ 421 BGB) und der in Anspruch Genommene bei dem anderen Rückgriff nehmen müsste (§§ 426, 774 BGB).

<sup>8</sup> Vgl. oben zu A. I.

<sup>9</sup> Vgl. oben zu A. II. 1.-2.

<sup>10</sup> Vgl. oben zu A. II. 3. a).



Widerrechtlich ist die Drohung, wenn entweder der vom Drohenden erstrebte Erfolg oder das dafür angedrohte Mittel oder die Verknüpfung der beiden gegen Recht und Sitte verstoßen. Hier war der von P verfolgte Zweck, den B zur Bürgschaftsübernahme zu gewinnen, für sich genommen nicht zu beanstanden. Es stand P auch grundsätzlich frei, der Ehefrau des B die Wahrheit über ihren Mann zu sagen. P und die P-GmbH hatten jedoch auf die angestrebte Bürgschaft keinen Anspruch, und das eingesetzte Druckmittel stand in keinerlei sachlichem Zusammenhang mit dem verfolgten Zweck. Die Verknüpfung von Mittel und Zweck war daher unangemessen und widerrechtlich.

Damit besteht für B ein Anfechtungsgrund nach § 123 I Fall 2 BGB. Derselbe wird nicht durch § 123 II BGB ausgeschlossen. Die dort genannten Einschränkungen des Anfechtungsrechts beziehen sich nur auf die Arglistanfechtung. Die Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung greift dagegen selbst dann durch, wenn die Drohung von einem Dritten ausgeht, dessen Tun der Erklärungsempfänger nicht kennen konnte.

### **3. Anfechtungsfrist**

Die Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung muss binnen eines Jahres seit Beendigung der Zwangslage ausgesprochen werden (§ 124 I-II BGB). Man wird es dem Anfechtungsberechtigten allerdings nicht verwehren können, sein Recht noch während des Bestehens der Zwangslage geltend zu machen, wie B es vorliegend tut.

## **III. Ergebnis**

S kann von B keine Zahlung verlangen, denn B hat den Bürgschaftsvertrag wegen der widerrechtlichen Drohung des P wirksam angefochten und damit zunichte gemacht.

### **Gesamtergebnis**

S kann nur von A nach § 765 I BGB Zahlung auf Grund der Bürgschaft verlangen, und auch das nur in Höhe von 100.000 Euro. Von B kann S dagegen nichts verlangen.

## **Kurzübersicht zum Fall "Die Geschäftsidee"**

### **A. Bürgschaftsanspruch der S gegen A auf Zahlung von 180.000 Euro (§ 765 I)**

- I. Entstehung und vereinbarter Umfang eines Bürgschafts-Haftungsanspruchs
  1. Bürgschaftsvertrag (§ 765)
    - a) Erklärte Willenseinigung
    - b) Form (§ 766)
  2. Bestehen der Hauptforderung
  3. Vereinbarter Umfang der Verpflichtung des Bürgen
    - a) Die Ziffer 2 des Bürgschaftsvertrags als Problem
    - b) Vorliegen von AGB
    - c) Einbeziehungskontrolle
    - d) Inhaltskontrolle
    - e) Folgen für den Bürgschaftsvertrag
- II. Erlöschen des Bürgschaftsanspruchs durch Anfechtung von Seiten des A (§ 142)
  1. Anfechtungserklärung (§ 143 I)
  2. Anfechtungsgegner (§ 143 II)
  3. Anfechtungsgrund
    - a) Eigenschaftsirrtum (§ 119 II)
    - b) Arglistige Täuschung (§ 123 I Fall 1)
      - aa) Eröffnung der Anfechtung (§ 123 I Fall 1)
      - bb) Ausschluss der Anfechtung (§ 123 II 1)
  4. Zwischenergebnis
- III. Eintritt des Bürgschaftsfalls

#### IV. Einrede der Vorausklage (§ 77)

1. Wesen dieser Einrede
2. Vertraglicher Ausschluss der Einrede (§ 773 I Nr. 1)
3. Ausschluss der Einrede wegen Vermögenslosigkeit der P-GmbH (§ 773 I Nr. 4 BGB)

#### V. Ergebnis: § 765 I (+), aber nur i.H.v. 100.000 Euro

### **B. Bürgschaftsanspruch der S gegen B (§ 765 I)**

#### I. Entstehung und Umfang des Anspruchs

#### II. Erlöschen des Anspruchs (§§ 123 I Fall 2, 142 I)

1. Anfechtungserklärung und Anfechtungsgegner
2. Anfechtungsgrund § 123 I Fall 2
3. Anfechtungsfrist § 124

#### III. Ergebnis: § 765 (-)

**Gesamtergebnis:** Bürgschaftsanspruch der S gegen A (+), aber nur i. H.v. 100.000 Euro gegen B (-).