

TUTORIUM ZIVILRECHT IN DER MITTELPHASE

WINTERSEMESTER 2020/2021

FALL 8

„Hilfe für den Bürgen“

Lösung des Ausgangsfallles	3
Anspruch der G-Bank gegen Barbara auf Zahlung von 45.000,- € aus § 765 Abs. 1 BGB	3
I. Anspruch entstanden	3
1. Wirksamer Bürgschaftsvertrag	3
a) Vorliegen eines Bürgschaftsvertrags zwischen Barbara und der G-Bank	3
aa) Abgrenzung vom Schuldbeitritt	3
bb) Abgrenzung vom Schuldversprechen (§ 780 BGB) oder Schuldanerkennnis (§ 781 BGB)	4
cc) Abgrenzung von einer gläubigervertraglichen (§ 414 BGB) oder schuldnervertraglichen (§ 415 BGB) Schuldübernahme	4
b) Keine Wirksamkeitshindernisse	4
aa) Keine Nichtigkeit wegen Formverstoß (§ 766 BGB) gemäß § 125 Satz 1 BGB	4
bb) Keine Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB	4
2. Bestand der gesicherten Hauptschuld	5
II. Anspruch erloschen	6
1. Einwendungen in Bezug auf die Bürgschaft	6
a) Erfüllung, § 362 Abs. 1 BGB	6
b) Aufgabe anderer akzessorischer Sicherheiten durch den Gläubiger, § 776 BGB	6
2. Keine Einwendungen in Bezug auf die Hauptschuld, § 767 BGB	6
a) Erfüllung, § 362 Abs. 1 BGB	6
b) Aufrechnung, §§ 389, 387 ff. BGB	6
III. Anspruch durchsetzbar	6
1. Einreden des Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrag	6
a) Eigene Einreden	6
b) Einrede der Vorausklage, § 771 BGB	6
2. Einreden des Hauptschuldners, § 768 Abs. 1 BGB	7
a) Aufrechnung, §§ 387 ff. BGB	7
b) Einrede der Aufrechenbarkeit, § 770 Abs. 2 BGB	7
aa) Aufrechnungsbefugnis des S	7
bb) Aufrechnungsbefugnis der G-Bank	8
c) Zurückbehaltungsrecht, § 273 Abs. 1 BGB	8
Abwandlung:	8
1. Teil: Ausgleichsansprüche der Barbara gegen Sebastian Sorglos	8
A. Anspruch auf Zahlung aus §§ 488 Abs. 1 Satz 2, 774 Abs. 1 BGB	8
B. Anspruch auf Zahlung aus dem Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner	8
2. Teil: Ausgleichsansprüche der Barbara gegen Frederike	8
A. Anspruch aus §§ 765 Abs. 1, 1228 Abs. 1, 774 Abs. 1, 488 Abs. 1, 412, 401 Abs. 1 BGB	8
I. Wirksame Pfandrechtsbestellung	8
1. Dingliche Einigung, § 1205 Abs. 1 Satz 1 BGB	9

2.	Übergabe, §§ 1205, 1206 BGB.....	9
3.	Verfügungsberechtigung, § 1205 Abs. 1 Satz 1 BGB	9
4.	Bestand der mit dem Pfandrecht zu sichernden Forderung.....	9
II.	Übergang des Pfandrechts auf Barbara	9
III.	Rechtsfolge:	9
1.	Anspruch aus §§ 1251 Abs. 1, 1228 Abs. 1 BGB	9
2.	Problem: Wettlauf der Sicherungsgeber	9
a)	Einseitige Bevorzugung des Bürgen.....	10
b)	Anteiliger Ausgleich nach §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB analog	10
c)	Stellungnahme.....	10
B.	Gesamtergebnis.....	10

Lösung zu Fall 8 „Hilfe für den Bürgen“

Lösung des Ausgangsfalles

Anspruch der G-Bank gegen Barbara auf Zahlung von 45.000,- € aus § 765 Abs. 1 BGB

Die Genossenschaftsbank (G-Bank) könnte gegen Barbara einen Anspruch auf Zahlung von 45.000,- € aus § 765 Abs. 1 BGB haben.

I. Anspruch entstanden

Der Anspruch ist entstanden, wenn zwischen der G-Bank und Barbara ein wirksamer Bürgschaftsvertrag i.S.d. §§ 765 ff. BGB zustande gekommen ist und zu dieser Zeit die Forderung der G-Bank gegen den Hauptschuldner Sebastian Sorglos noch bestand (Akzessorietät der Bürgschaft, vgl. §§ 767, 765 Abs. 1 BGB).

1. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

Die G-Bank und Barbara müssen sich über den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages gemäß § 765 Abs. 1 BGB geeinigt haben.

a) Vorliegen eines Bürgschaftsvertrags zwischen Barbara und der G-Bank

Durch einen Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten (=Hauptschuldner) einzustehen. Der Bürgschaftsvertrag ist dabei einseitig verpflichtender Natur und ist sein Zustandekommen weder vom Inhalt noch von der Wirksamkeit der Hauptschuld abhängig.¹

Nach § 765 Abs. 2 BGB kann auch eine bedingte oder zukünftige Forderung durch eine Bürgschaft gesichert werden, wobei die gesicherte Hauptschuld zumindest bestimmbar sein muss.² Die Hauptschuld muss nicht notwendigerweise in einer Geldforderung bestehen. In Betracht kommen alle schuldrechtlichen Verbindlichkeiten.³

Hinweis: Die Bürgschaft stellt den wichtigsten Fall einer Personalsicherheit dar. Demgegenüber werden bei Realsicherheit dem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung gegen den Schuldner bestimmte Gegenstände des Schuldners oder eines Dritten übereignet, abgetreten oder verpfändet.

Die Bürgschaft ist – knapp – von anderen personalen Sicherungsmitteln abzugrenzen, §§ 133, 157 BGB:⁴

aa) Abgrenzung vom Schuldbeitritt

Der Schuldbeitritt ist zwar gesetzlich nicht geregelt, kann aber nach § 311 Abs. 1 BGB zwischen den Parteien vereinbart werden (Privatautonomie). Der Dritte tritt dabei neben dem Hauptschuldner als weiterer Schuldner des Gläubigers in das Schuldverhältnis ein. Im Unterschied zur Bürgschaft, bei der streng akzessorisch nur für eine fremde Schuld haftet, begründet der Schuldbeitritt eine eigene Verbindlichkeit des Beitretenden. Der Beitretende und der Schuldner haften als Gesamtschuldner gemäß §§ 421 ff. BGB.⁵

Barbara und die Genossenschaftsbank waren sich darüber einig, dass Barbara für fremde Schulden (nämlich die ihres Sohnes Sebastian Sorglos) bei der G-Bank entstehen möchte und nicht etwa in Gestalt eines Schuldbeitritts die Schuld als Gesamtschuldnerin neben Sebastian selbst auch übernehmen will.

¹ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, BGB § 765 Rn. 2.

² BeckOK BGB/Rohe, 53. Ed. 01.11.2020, BGB § 765 Rn. 16.

³ Näher dazu: MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, § 765 Rn. 69 ff.

⁴ Überblick etwa bei Schmolke, JuS 2009, 585 ff.

⁵ Palandt/Grüneberg, 79. Aufl. 2020, BGB, Überblick vor § 414 Rn 2.

bb) Abgrenzung vom Schuldversprechen (§ 780 BGB) oder Schuldanerkennnis (§ 781 BGB)

Schuldversprechen (§ 780 BGB) oder Schuldanerkennnis (§ 781 BGB) begründen wie der Schuldbeitritt eine eigene, von der Hauptschuld unabhängige Verbindlichkeit, was Barbara, wie oben gezeigt, gerade nicht gewollt hat, §§ 133, 157 BGB.

cc) Abgrenzung von einer gläubigervertraglichen (§ 414 BGB) oder schuldnervertraglichen (§ 415 BGB) Schuldübernahme

Die Schuldübernahme führt zu einer Auswechselung des Schuldners: Der Gläubiger erhält keinen zusätzlichen Schuldner. Dies war aber nicht gewollt, da Barbara nicht statt Sebastian, sondern zusätzlich für die Rückzahlung der Darlehensverbindlichkeit haften sollte.

Barbara und die G-Bank haben vereinbart, dass Barbara für die Schuld des Sebastian Sorglos haftet, wenn dieser seine Schuld nicht erfüllen kann. Sie haben somit einen Bürgschaftsvertrag gemäß § 765 Abs. 1 BGB geschlossen.

b) Keine Wirksamkeitshindernisse

Der Bürgschaftsvertrag muss auch wirksam sein.

aa) Keine Nichtigkeit wegen Formverstoß (§ 766 BGB) gemäß § 125 Satz 1 BGB

Grundsätzlich ist für die Erklärung des Bürgen gemäß § 766 BGB die Schriftform (§ 126 BGB) erforderlich.⁶

Hinweis: Eine Ausnahme vom Formerfordernis gilt für Kaufleute im Rahmen ihres Handelsgeschäftes gem. § 350 HGB.

Das Formerfordernis dient ausschließlich dem Schutz des Bürgen: Er soll vor den Gefahren der Bürgschaft gewarnt und von der Eingehung unüberlegter Bürgschaftsverpflichtungen abgehalten werden.⁷ Von dem Formerfordernis erfasst werden daher nicht nur die Bürgschaftserklärung selbst, sondern auch die Vollmacht zum Abschluss des Bürgschaftsvertrages und die Ermächtigung zur Ausfüllung und Weitergabe einer Blanketturkunde.⁸ Der Schriftform müssen alle wesentlichen Teile der Bürgschaft genügen, also Verbürgungswille, Gläubiger, gesicherte Hauptschuld und die Person des Hauptschuldners.⁹ Ferner sind auch für den Bürgen nachteilige Zusatzabreden¹⁰, wie der Verzicht auf die Vorklage (§ 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB) formbedürftig.

Barbara hat eine schriftlich abgefasste Bürgschaftserklärung eigenhändig unterzeichnet. Das Formerfordernis ist damit gewahrt. Der Bürgschaftsvertrag ist nicht schon wegen § 125 Satz 1 BGB nichtig.

bb) Keine Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB

Die Bürgschaftserklärung von Barbara ist nichtig, wenn diese sittenwidrig ist, § 138 Abs. 1 BGB. Die Bürgschaftserklärung ist sittenwidrig, wenn das Rechtsgeschäft gegen das Rechts- und Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.¹¹

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH hängt die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft naher Angehöriger zwar nicht ausschließlich vom Grad des Missverhältnisses zwischen dem Verpflichtungsumfang und der finanziellen Leistungsfähigkeit des Bürgen ab: Vielmehr ist zusätzlich zur finanziellen Überforderung erforderlich, dass die Bürgschaft unter Ausnutzung der Unerfahrenheit des Bürgen zustande kommt, die Inanspruchnahme des Bürgen vorhersehbar ist und dessen Vermögen für viele Jahre auf die Pfändungsfreibeträge beschränkt sein wird¹². Bei einer krassen finanziellen

⁶ Schmolke, JuS 2009, 585, 586.

⁷ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, § 766 Rn. 1.

⁸ BGH NJW 2000, 1179; kritisch Medicus, WM 1997, 2333; Palandt/Sprau, 79. Aufl. 2020, BGB, § 766 Rn. 4.

⁹ Palandt/Sprau, 79. Aufl. 2020, BGB, § 766 Rn. 3.

¹⁰ BGH WM 1997, 625.

¹¹ stRspr seit RGZ 48, 124.

¹² Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, Rn. 254; ausführlich Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, 5. Aufl. 2006, S. 221-262.

Überforderung eines nahen Angehörigen oder Ehegatten besteht aber eine widerlegbare Vermutung, dass sich der nahe Angehörige (oder Ehegatte) nicht von eigenen wirtschaftlichen Interessen bei der Abgabe der Bürgschaftserklärung hat leiten lassen, sondern der Gläubiger die emotionale Beziehung zwischen Hauptschuldner und Bürgen in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat.¹³

Hinweis: Die Vermutung kann widerlegt werden, wenn der Gläubiger darlegt, bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages keine Kenntnis von der Überforderung gehabt zu haben oder dass der Bürge hiervon einen eigenen, unmittelbaren Vorteil gehabt hat.¹⁴

Demgegenüber wird im neueren Schrifttum unter Hinweis auf die mögliche Restschuldbefreiung (§§ 286 ff. InsO; sog. „Privatinsolvenz“) gefordert, die Grenzen für die krasse finanzielle Überforderung erneut festzulegen oder den Vorwurf der Sittenwidrigkeit grundsätzlich zu verneinen: Denn mit der Möglichkeit einer Restschuldbefreiung könne sich der Bürge einer lebenslangen Verschuldung entziehen, so dass nicht mehr die völlige wirtschaftliche Perspektivlosigkeit drohe.¹⁵ Gegen die Auffassung des Schrifttums spricht jedoch, dass das Verdikt der Sittenwidrigkeit den Bürgschaftsvertrag selbst trifft, wohingegen die Möglichkeit der Restschuldbefreiung unter engen Voraussetzungen aus sozialen Gesichtspunkten einen wirtschaftlichen Neubeginn ermöglicht. Die krasse finanzielle Überforderung des Bürgen bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages wird durch die theoretische Möglichkeit der Restschuldbefreiung nicht aufgehoben.¹⁶

Zu fragen ist daher, ob eine krasse finanzielle Überforderung der Barbara vorliegt.

Dabei ist ausschließlich das pfändbare Einkommen und Vermögen des Bürgen, auch im Rahmen einer Prognose, zu berücksichtigen.¹⁷ Grundsätzlich liegt eine krasse finanzielle Überforderung vor, wenn der Bürge nicht in der Lage ist, mit dem pfändbaren Teil seines Einkommens die festgelegten Zinsen zu tilgen.¹⁸ Bei einer Darlehenssumme von 50.000,- bei einem Jahreszinssatz von 5,5 % und 2% Tilgung pro Jahr (wenn man das zusammenaddiert), betragen die monatlichen Raten ca. 312 €. Dies liegt jedoch *unterhalb* des pfändbaren Einkommens von 364,99 EUR der Barbara (vgl. § 850 c ZPO)¹⁹, sodass damit zu rechnen ist, dass Barbara in der Lage sein wird, die laufenden Zinsen zu stemmen.

Der Bürgschaftsvertrag ist daher nicht sittenwidrig.

2. Bestand der gesicherten Hauptschuld

Die Bürgschaft ist gekennzeichnet durch ihre strenge Begründungs- und Entwicklungsakzessorietät zur Hauptschuld, §§ 767 Abs. 1, 765 Abs. 1 BGB. Daher ist es bereits für das Bestehen des Anspruchs aus § 765 BGB erforderlich, dass die gesicherte Hauptschuld wirksam besteht.

Hinweis: Haben Gläubiger und Bürge gewusst oder zumindest mit der Möglichkeit gerechnet, dass die Hauptforderung (etwa ein Darlehensvertrag) nichtig ist, so kann der Bürgschaftsvertrag so ausgelegt werden, dass der Bürge sich verpflichtet, für die Forderung des Schuldners aus ungerechtfertigter Bereicherung eintreten zu wollen.²⁰

Sebastian Sorglos und die Genossenschaftsbank haben einen Darlehensvertrag gemäß § 488 Abs. 1 BGB geschlossen. Das Darlehen wurde Sebastian Sorglos auch ausbezahlt. Die gesicherte Hauptschuld aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB besteht daher.

¹³ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, § 765 Rn 23 mwN.

¹⁴ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, § 765 Rn 25 f.

¹⁵ Anschaulich dazu Zöllner, WM 2001, 1, 5, zum Ganzen näher: Homann/Maas, JuS 2011, 774.

¹⁶ Tiedtke, NJW 2005, 2498.

¹⁷ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, § 765 Rn. 24.

¹⁸ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, § 765 Rn. 24.

¹⁹ Vgl. auch den Pfändungsfreibetrags-Rechner des Ministeriums der Justiz NRW:

https://www.jus-tiz.nrw.de/BS/broschueren_hilfen/freibetrag/index.php?absender=formular&recht=2019&zeitraum=monatlich&ek_netto=1400&uh_pflicht5=; zu den aktuellen Pfändungsfreibeträgen auch <https://anwalt-kg.de/insolvenzrecht/aktuelle-pfaendungstabelle-und-pfaendungsfreigrenzen/#aktuelle-Pfaendungstabelle>.

²⁰ Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, 5. Aufl. 2006, S. 25.

Der Anspruch der G-Bank gegen die Barbara auf Zahlung aus § 765 Abs. 1 BGB ist entstanden.

II. Anspruch erloschen

Der Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB ist erloschen, wenn Einwendungen in Bezug auf die Bürgschaft oder in Bezug auf die Hauptschuld (Entwicklungsakzessorietät!) bestehen.

1. Einwendungen in Bezug auf die Bürgschaft

a) Erfüllung, § 362 Abs. 1 BGB

Der Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB ist erloschen, wenn Barbara die Verpflichtung aus § 765 Abs. 1 BGB bereits erfüllt hat. Barbara hat die Forderung der G-Bank gegen sie noch nicht durch Zahlung erfüllt. Der Anspruch ist damit nicht gemäß § 362 BGB untergegangen.

b) Aufgabe anderer akzessorischer Sicherheiten durch den Gläubiger, § 776 BGB

Dies ist nicht der Fall.

2. Keine Einwendungen in Bezug auf die Hauptschuld, § 767 BGB

Der Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB erlischt, wenn die gesicherte Hauptschuld erlischt (Entwicklungsakzessorietät!), vgl. § 767 BGB.

a) Erfüllung, § 362 Abs. 1 BGB

Sebastian Sorglos hat das Darlehen samt Zinsen in Höhe von insgesamt 45.000,- € noch nicht zurückbezahlt. Der Anspruch aus dem Darlehensvertrag wäre nicht wegen Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) erloschen.

b) Aufrechnung, §§ 389, 387 ff. BGB

Der Anspruch der G-Bank ist in Höhe von 15.000,- € erloschen, wenn Sebastian Sorglos wirksam mit der ihm unstreitig zustehenden Schadensersatzforderung aus § 280 Abs. 1 BGB aufgerechnet hat, § 389 BGB. Voraussetzung ist, dass Sebastian Sorglos die Aufrechnung gegenüber der G-Bank erklärt hat, § 388 BGB. Das ist bislang nicht geschehen.

Hinweis: Die Inanspruchnahme eines Kreditinstituts für eine konkrete Anlageentscheidung begründet auch dann eine vertragliche und ggf. schadensersatzpflichtige Anlageberatung, wenn keine ausdrückliche oder entgeltliche Abrede geschlossen wurde.²¹

Der Anspruch der G-Bank gegen Barbara aus § 765 Abs. 1 BGB wäre nicht erloschen.

III. Anspruch durchsetzbar

Schließlich muss der Anspruch der G-Bank gegen Barbara auch durchsetzbar sein.

1. Einreden des Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrag

a) Eigene Einreden

Eigene Einreden der Barbara gegen die G-Bank sind nicht ersichtlich.

b) Einrede der Vorausklage, § 771 BGB

Barbara könnte jedoch die Einrede der Vorausklage gemäß § 771 BGB zustehen. Diese Bezeichnung meint den vorrangigen Vollstreckungsversuch gegen den Hauptschuldner wegen der Hauptschuld aufgrund eines Urteils oder anderer Vollstreckungstitel.²² Allerdings ist die Einrede aus § 771 BGB der Barbara nach § 773 Abs. 1 Nr. 4 BGB verwehrt, weil eine Zwangsvollstreckung in

²¹ Palandt/Heinrichs, 79. Aufl. 2020, BGB, § 280 Rn. 47. Zur Höhe eines Schadensersatzanspruches bei Verletzung der Aufklärungspflichten des Beratungsvertrages siehe BGH NJW 2006, 2042 und NJW 2007, 2396; Palandt/Heinrichs, 79. Aufl. 2020, BGB, § 280 Rn. 50.

²² Palandt/Sprau, 79. Aufl. 2020, BGB, § 771 Rn. 1.

das Vermögen des Sebastian Sorglos aufgrund dessen desolater Vermögensverhältnisse nicht zur Befriedigung der G-Bank führen würde.

2. Einreden des Hauptschuldners, § 768 Abs. 1 BGB

Barbara kann jedoch Einreden ihres Sohnes geltend machen, § 768 Abs. 1 BGB. Während § 767 BGB den Bürgen hinsichtlich des Fortbestandes der Hauptforderung schützt, betrifft § 768 BGB deren Durchsetzbarkeit.

a) Aufrechnung, §§ 387 ff. BGB

Bei dem Recht des Sebastian Sorglos, wegen der Schadensersatzforderung gegen die G-Bank nach § 387 ff. BGB aufzurechnen, handelt es sich nicht um eine Einrede, sondern um ein Gestaltungsrecht; § 768 Abs. 1 BGB ist deshalb nicht anwendbar.

b) Einrede der Aufrechenbarkeit, § 770 Abs. 2 BGB

aa) Aufrechnungsbefugnis des S (als Hauptschuldner)

§ 770 Abs. 2 BGB gilt dem Wortlaut nach unmittelbar nur, wenn die Aufrechnungsbefugnis dem Gläubiger (G-Bank) zusteht. Ob auch der Hauptschuldner (S) aufrechnen kann, ist dem Wortlaut nach unerheblich.²³ In Fällen, in denen zwar nicht der Gläubiger, aber der *Hauptschuldner* – hier wäre das S – aufrechnen kann, wird eine analoge Anwendung des § 770 Abs. 2 BGB diskutiert²⁴ Der Sinn und Zweck des § 770 Abs. 2 BGB spricht aber gegen eine analoge Anwendung.²⁵ Denn die Einrede der Aufrechenbarkeit ist Ausdruck der Subsidiarität der Bürgschaft gegenüber der Hauptschuld: § 770 Abs. 2 BGB verweist den Gläubiger nämlich auf seine vorrangige Befriedigungsmöglichkeit gegenüber dem Hauptschuldner. Diese vorrangige Befriedigungsmöglichkeit besteht aber gerade nicht, wenn nur der Hauptschuldner aufrechnen kann.

Eine in der Literatur vordringliche Ansicht will dem Bürgen aber analog § 770 Abs. 1 BGB das Recht zugestehen, die Leistung unter Berufung auf die Aufrechnungsbefugnis des Hauptschuldners – hier also S – zu verweigern.²⁶ Die Interessenlagen bei Anfechtungs- und Aufrechnungsmöglichkeit des Schuldners seien vergleichbar: Der Bürge muss wegen der grundsätzlichen Akzessorietät und Subsidiarität der Bürgenhaftung nur eintreten, wenn und soweit der Hauptschuldner die gesicherte Forderung ebenfalls eintreten müsste. Im Einklang mit diesem Akzessorietäts- und Subsidiaritätsgrundsatz erklärt § 770 Abs. 1 BGB die Anfechtungsmöglichkeit des Schuldners für beachtlich. Es sei kein sachlich überzeugender Grund ersichtlich, der es rechtfertigen würde, Konstellationen, in denen der Schuldner anfechten kann, anders zu behandeln als Fälle, in denen der Schuldner aufrechnen kann. Folgt man dieser Ansicht, kann Barbara in Höhe dieser Aufrechnungsbefugnis (15.000 €) die Leistung analog § 770 Abs. 1 BGB verweigern, weil Sebastian mit der Schadensersatzforderung aus fahrlässiger Anlageberatung (15.000 €) gemäß §§ 387 ff. BGB aufrechnen kann. Das Aufrechnungshindernis der §§ 393, 394 BGB greift nicht ein, da es sich nicht um eine vorsätzliche unerlaubte Handlung handelt (mit der aufgerechnet wird) und die Forderung nicht unpfändbar ist.

Ein Streitentscheid ist aber entbehrlich, wenn auch der G-Bank als Gläubigerin eine Aufrechnungsbefugnis zusteht, § 770 Abs. 2 BGB (direkt).

²³ Vgl. dazu insgesamt etwa auch *Schmolke*, JuS 2009, 679, 682; Palandt/*Friesecke*, 79. Aufl. 2020, BGB, § 770 Rn. 3; MüKoBGB/*Habersack*, 8. Aufl. 2020, BGB § 770 Rn. 10 mwN.

²⁴ Dafür etwa *Medicus*, JuS 1971, 479, 501 Fn. 26; offengelassen von BGH, NJW 1965, 627; BGH, NJW 1987, 2076, 2078.

²⁵ Ebenso *Schmolke*, JuS 2009, 679, 682 mwN.

²⁶ Ebenso MüKoBGB/*Habersack*, 8. Aufl. 2020, BGB § 770 Rn. 1, 10; *Schmolke*, JuS 2009, 679, 682 jeweils mwN.

bb) Aufrechnungsbefugnis der G-Bank (als Hauptgläubigerin)

In der Tat kann die G-Bank ihre Darlehensforderung gegen S gegen die Schadensersatzforderung des S aus fahrlässiger Anlageberatung (15.000 €) gemäß §§ 387 ff. BGB aufrechnen. Das Aufrechnungshindernis der § 393, 394 BGB greift nicht ein, da es sich nicht um eine vorsätzliche unerlaubte Handlung handelt und die Forderung nicht unpfändbar ist.

Der unter Ziff 2. lit b aa) skizzierte Streit kann also dahinstehen.

Barbara kann in Höhe dieser Aufrechnungsbefugnis die Leistung nach § 770 Abs. 1 BGB verweigern, weil die G-Bank gegen die Schadensersatzforderung aus fahrlässiger Anlageberatung (15.000 €) gemäß §§ 387 ff. BGB aufrechnen kann.

c) Zurückbehaltungsrecht, § 273 Abs. 1 BGB

Hingegen steht Barbara nicht die Einrede aus § 273 Abs. 1 BGB i.V.m § 768 Abs. 1 BGB gestützt auf § 280 Abs. 1 BGB wegen der fahrlässigen Anlageberatung zu, weil den beiden Forderungen kein innerlich zusammenhängendes einheitliches Lebensverhältnis zugrunde liegt.²⁷

Ergebnis zum Ausgangsfall: Der Anspruch der G-Bank gegen Barbara auf Zahlung von 45.000 € aus § 765 Abs. 1 BGB besteht, aber ist in Höhe von 15.000 € nicht durchsetzbar.

Abwandlung:

1. Teil: Ausgleichsansprüche²⁸ der Barbara gegen Sebastian Sorglos

A. Anspruch auf Zahlung aus §§ 488 Abs. 1 Satz 2, 774 Abs. 1 BGB

Der Anspruch der G-Bank gegen Sebastian Sorglos aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB könnte gemäß § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB kraft Gesetzes auf Barbara übergegangen (sog. „cessio legis“) sein. Voraussetzung ist, dass Barbara die G-Bank als Bürgin befriedigt, also auf die Bürgschaftsschuld – nicht hingegen als Dritte auf die Darlehensforderung – leistet.²⁹ Dies ist der Fall, da im Zweifel wegen der Wirkung des § 774 Abs. 1 BGB immer davon auszugehen ist, dass der Bürge auf die Bürgschaftsforderung leistet.

Mangels Einwendungen oder Einreden des Sebastian gegen die Forderung der Barbara, hat Barbara gegen Sebastian Sorglos folglich einen Ausgleichsanspruch aus §§ 488 Abs. 1 Satz 2, 774 Abs. 1 BGB.

B. Anspruch auf Zahlung aus dem Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner

Mangels gegenteiliger Vereinbarung zwischen Barbara und Sebastian Sorglos ist davon auszugehen, dass beide einen Auftrag (§ 662 BGB) geschlossen haben. Daher hat Barbara mit der Zahlung der 30.000,- € gegen Sebastian einen Anspruch auf Zahlung aus §§ 662, 670 BGB.

2. Teil: Ausgleichsansprüche³⁰ der Barbara gegen Frederike

A. Anspruch aus §§ 765 Abs. 1, 1228 Abs. 1, 774 Abs. 1, 488 Abs. 1, 412, 401 Abs. 1 BGB

Möglicherweise hat Barbara gegen Frederike einen Anspruch auf Befriedigung durch Pfandverkauf gemäß §§ 765 Abs. 1, 1228 Abs. 1, 774 Abs. 1, 488 Abs. 1, 412, 401 Abs. 1 BGB.

I. Wirksame Pfandrechtsbestellung

Dazu muss Frederike der G-Bank die Kette zunächst wirksam als Pfand bestellt haben.

²⁷ Palandt/Grüneberg, 79. Aufl. 2020, BGB, § 273 Rn. 9.

²⁸ Schmolke, JuS 2009, 784, 785.

²⁹ BGH NJW 1986, 251; WM 1998, 443, 445.

³⁰ Zum Ausgleich mit anderen Sicherungsgebern: Schmolke, JuS 2009, 784, 786 f.

1. Dingliche Einigung, § 1205 Abs. 1 Satz 1 BGB

Frederike und die G-Bank haben sich im sog. Pfandvertrag – einem abstrakten dinglichen Verfügungsgeschäft³¹ – über die Pfandrechtsbestellung des Kolliers als Sicherheit für die Forderung der G-Bank aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB gegen Sebastian Sorglos geeinigt.

2. Übergabe, §§ 1205, 1206 BGB

Frederike hat das Kollier der G-Bank auch übergeben.

3. Verfügungsberechtigung, § 1205 Abs. 1 Satz 1 BGB

Frederike war Eigentümerin des Kolliers und damit Verfügungsberechtigt, denn Verfügungsberechtigt zur Pfandrechtsbestellung ist der Eigentümer oder der kraft Rechtsgeschäft gemäß § 185 BGB zur Pfandrechtsbestellung Ermächtigte.

4. Bestand der mit dem Pfandrecht zu sichernden Forderung

Das Pfandrecht ist streng akzessorisch (Entstehungs- und Entwicklungsakzessorietät). Bei der Bestellung des Pfandrechts bestand die zu sichernde Forderung der G-Bank gegen Sebastian Sorglos aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB.

II. Übergang des Pfandrechts auf Barbara

Mit der Leistung des Bürgen an den Gläubiger erlischt die mit der Bürgschaft zu sichernde Hauptforderung nicht, sondern sie geht gemäß § 774 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes auf den Bürgen über. Der Forderung folgt gemäß §§ 412, 401 BGB das für sie bestellte Pfandrecht.

III. Rechtsfolge:

1. Anspruch aus §§ 1251 Abs. 1, 1228 Abs. 1 BGB

Barbara wurde Inhaberin des Pfandrechts. Sie kann von der G-Bank gemäß § 1251 Abs. 1 BGB die Herausgabe der Kette verlangen.

Ebenso hat Barbara gegen Frederike Anspruch auf Befriedigung durch Pfandverkauf gemäß § 1228 Abs. 1 BGB i.H.v. 30.000 €, weil die durch das Pfandrecht zu sichernde Forderung auf sie übergegangen und fällig ist, §§ 774 Abs. 1, 488 Abs. 1 Satz 2 BGB.

2. Problem: Wettlauf der Sicherungsgeber

Gegen dieses Ergebnis bestehen jedoch Bedenken: Hätte Frederike die durch das Pfandrecht gesicherte Hauptschuld zuerst beglichen, wäre gemäß §§ 1225 Satz 1, 2, 774 Abs. 1 Satz 1, 488 Abs. 1, 412, 401 BGB die Forderung und damit auch die Bürgschaft auf Frederike übergegangen und sie hätte aus § 765 Abs. 1 BGB gegen Barbara einen Anspruch auf Zahlung von 30.000 €.

Folge wäre ein sog. „Wettlauf der Sicherungsgeber“, weil entsprechend des Prioritätsprinzips der Sicherungsgeber, der zuerst den Gläubiger befriedigt, die anderen akzessorischen Sicherungsmittel erwirbt und Ausgleichsansprüche gegen den Hauptschuldner und die anderen Sicherungsgeber in Höhe seiner eigenen Sicherheit geltend machen kann. Das Insolvenzrisiko des Hauptschuldners hätten dann ausschließlich die anderen Sicherungsgeber zu tragen. Dies erscheint unbillig. Zur Korrektur dieses Ergebnisses werden mehrere Lösungen vorgeschlagen³²:

³¹ BeckOK BGB/Schärtl, Ed. 1.11.2020, § 1205 Rn. 2 ff.

³² Zu diesem Problem und den verschiedenen Lösungsansätzen siehe etwa *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, Rn. 939-941; *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, 5. Aufl. 2006, Rn. 1314-1328. Ein weiterer Beispielsfall für einen „Wettlauf der Sicherungsgeber“ (Zusammentreffen von Bürgschaft und Grundschuld) findet sich bei *Neuner*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, Rn. 676-687.

a) Einseitige Bevorzugung des Bürgen

In der Literatur³³ wird vorgeschlagen aufgrund des besonderen Risikos, das der Bürge mit der Bürgschaftsbestellung eingeht, eine einseitige Bevorzugung des Bürgen beim Ausgleich der Sicherungsgeber untereinander vorzunehmen. Im Gegensatz zu den Sicherungsgebern, deren Haftung sich auf einen beweglichen oder unbeweglichen Gegenstand aus ihrem Vermögen beschränkt, haftet der Bürge mit seinem gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen. Daher wird die Ansicht vertreten, dass nur der Bürge gemäß § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB vollen Regress bei den anderen Sicherungsgebern nehmen kann und nach 401, 413 BGB die anderen akzessorischen Sicherungsmittel auf ihn übergehen. Zahlt aber nicht der Bürge, sondern der andere Sicherungsgeber auf die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, so erlischt die Bürgschaft nach § 776 BGB analog, so dass im Innenverhältnis der Sicherungsgeber kein Ausgleich stattfindet. Eine solche Regelung gibt es gerade nicht für Pfandrechte und Hypotheken.

b) Anteiliger Ausgleich nach §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB analog

Der einseitigen Bevorzugung des Bürgen wird entgegengehalten, dass die Haftung des Bürgen zwar besonders risikoreich ist, der Gesetzgeber den Bürgen aber auch gegenüber den anderen Sicherungsgebern privilegiert. Überdies wirke sich dieses Risiko des Bürgen gegenüber dem Gläubiger aus, die anderen Sicherungsgeber würden unbillig belastet, wenn auf sie indirekt über den Regress des Bürgen das Bürgenrisiko abgewälzt würde.

Daher sei auch bei ungleichartigen Sicherheiten von einem anteiligen Ausgleich der Sicherungsgeber nach § 426 BGB auszugehen, soweit nichts anderes vereinbart ist. §§ 1143 Abs. 1 Satz 2 und 1225 Satz 2 BGB verweisen gleichermaßen auf § 774 BGB und damit auf den Bürgenregress. Das Gesetz sieht also Bürgen- und Verpfänderregress als gleichwertig an.³⁴ Deshalb sei die für den Mitbürgen geltende Vorschrift entsprechend anzuwenden und analog §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB ein Ausgleich zwischen den verschiedenen Sicherungsgebern vorzunehmen.³⁵

c) Stellungnahme

Letzterer Lösung ist aufgrund der sachgerechten Verteilung des Haftungsrisikos und weil sie einen „Wettlauf der Sicherungsgeber“ vermeidet, zu folgen. Der Sicherungsgeber, der zuerst zahlt, erwirbt damit das andere Sicherungsrecht grundsätzlich zur Hälfte, es sei denn aus der Höhe der gestellten Sicherheit oder einer abweichenden Vereinbarung zwischen den Beteiligten ergibt sich etwas anderes.³⁶

B. Gesamtergebnis

Barbara hat gegen Frederike einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 15.000 € und sie kann auch nur in dieser Höhe Befriedigung aus einem Pfandverkauf gemäß § 1228 Abs. 1 BGB verlangen.

³³ *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 1317 ff.

³⁴ So auch mittlerweile der BGH, vgl. BGHZ 108, 179 ff.; NJW 1992, 3228 ff.; 2009, 437 Rn. 13.

³⁵ *Schmolke*, JuS 2009, 784, 787, *MüKoBGB/Habersack*, 8. Aufl. 2020, § 774 Rn. 30.

³⁶ Zu der Durchführung des anteiligen Ausgleichs siehe *Neuner*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, Rn. 684 ff.