

## **Akzessorietät der Bürgschaft**

### **Musterlösungen zu den Fällen**

#### **Fall Nr. 1**

#### **Anspruch von V gegen B auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 10.000 Euro**

#### **AGL: § 765 i.V.m. § 433 II BGB**

Voraussetzung für einen Anspruch des V gegen B auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 10.000 Euro aus § 765 i.V.m. § 433 II BGB ist die wirksame Entstehung der Bürgschaftsforderung, ihr fehlendes Erlöschen und ihre Durchsetzbarkeit.

#### **I. Entstehung der Bürgschaftsforderung**

Ein Anspruch aus einer Bürgschaft kann aufgrund der Akzessorietät dieses Sicherungsrechts nur entstehen, wenn nicht nur der Bürgschaftsvertrag i.S.d. § 765 BGB wirksam abgeschlossen wurde (unten 1.), sondern auch die Hauptforderung wirksam entstanden ist (unten 2.).

Hinweis zum Aufbau: Eine zwingende logische Prüfungsreihenfolge gibt es für diese beiden Anspruchsvoraussetzungen nicht. Zumeist wird aber die Hauptforderung vor dem Bürgschaftsvertrag geprüft, weil im Rahmen der Bestimmtheit des Bürgschaftsvertrags u.a. auch auf die Frage einzugehen ist, für welche Hauptforderung die Bürgschaft übernommen wird. Dann erscheint es günstig, die Hauptforderung bereits vorab geprüft zu haben, um anschließend feststellen zu können, ob sich der Bürge für jene zuvor geprüfte Forderung wirksam verbürgt hat.

Falls allerdings – wie hier – erkennbar ist, dass die Hauptforderung nicht wirksam entstanden ist, kann man die Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrags in der Prüfungsreihenfolge vorziehen, um die insoweit relevanten Fragen überhaupt noch ansprechen zu können.

#### **1. Wirksamer Bürgschaftsvertrag**

##### **a) Einigung zwischen Bürge und Gläubiger i.S.v. § 765 BGB**

Eine Einigung zwischen Bürge und Gläubiger i.S.v. § 765 BGB liegt in der Mitunterzeichnung des Kaufvertrags durch B über der Unterschriftszeile mit der **Bezeichnung „Bürge“**. Im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) lässt sich dieser Mitunterzeichnung hinreichend deutlich der Wille des B entnehmen, für die in dem Kaufvertrag genannte Kaufpreisschuld i.H.v. 10.000 Euro eintreten zu wollen. Die Hauptforderung ist dadurch zugleich hinreichend konkretisiert und damit die Bestimmtheit der Bürgschaft gegeben.

##### **b) Schriftform (§§ 125, 766, 126 BGB)**

Der Bürgschaftsvertrag könnte gemäß § 125 BGB nichtig sein, wenn die im Gesetz bestimmte Form fehlen würde. In § 766 S. 1 BGB ist für die Bürgschaftserklärung die Schriftform i.S.v.

§ 126 BGB als gesetzliche Form vorgesehen. Eine Ausnahme vom Schriftformerfordernis (§ 350 HGB) ist nicht ersichtlich.

Gemäß § 126 I BGB muss die Urkunde zur Einhaltung der gesetzlichen Schriftform von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sein. Bei der Bürgschaft bezieht sich die Schriftform allein auf die Erklärung des Bürgen (vgl. den Wortlaut des § 766 BGB: „schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung“), weil nur dieser vor den Folgen seiner Erklärung gewarnt werden muss.

Indem B den Kaufvertrag als „Bürge“ mitunterzeichnete, ist die Voraussetzung des § 126 I BGB in der ersten Alternative erfüllt, die Schriftform mithin eingehalten.

Hinweis: Man kann ergänzend diskutieren, ob hier nicht wegen der Unterzeichnung oberhalb der Bezeichnung „Bürge“ eine „Oberschrift“ im Sinne des Urteils BGHZ 113, 48 vorliegt. Dafür ließe sich auf den ersten Blick vorbringen, dass sich der maßgebliche Verpflichtungsinhalt für den Bürgen überhaupt erst aus dem Wort „Bürge“ ergibt und dieses Wort unterhalb des Schriftzuges des B steht, dieser mithin eine „Oberschrift“ geleistet habe. Dem BGH ging es in jenem Urteil jedoch darum, dass die Namensunterschrift im Sinne des § 126 I BGB die Urkunde räumlich abschließt (juris-Rn. 22), um nachträgliche Ergänzungen unterhalb der „Oberschrift“ auszuschließen (juris-Rn. 15 ff.). Derartige Gefahren bestehen im hier zu beurteilenden Fall nicht, weil die Unterschriftenzeile trotz des darunter befindlichen Wortes „Bürge“ die Erklärung räumlich abschließt.

## **2. Existenz der Hauptforderung (§§ 765, 767 I 1 BGB)**

Wie sich aus dem Wortlaut des § 765 I BGB („Verbindlichkeit des Dritten“) und insbesondere aus § 767 I 1 BGB ergibt, setzt die Bürgschaft zusätzlich voraus, dass eine Hauptforderung des Gläubigers zum Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme existiert oder jedenfalls später entsteht (vgl. § 765 II BGB: „für eine zukünftige oder eine bedingte Verbindlichkeit“).

Diese Hauptforderung kann sich im Verhältnis zwischen dem Gläubiger V und dem Hauptschuldner K aus dem von diesem abgeschlossenen Kaufvertrag über das Kleingartengelände i.H.v. 10.000 Euro ergeben (§ 433 II BGB).

### **a) Kaufvertragliche Einigung zwischen V und K**

Unproblematisch ist insoweit die kaufvertragliche Einigung zwischen V und K, welche sich aus dem von ihnen schriftlich aufgesetzten Kaufvertrag ergibt.

### **b) Erfordernis notarieller Beurkundung (§§ 125, 311b I BGB)**

Möglicherweise ist die Einigung jedoch gemäß § 125 BGB nichtig, falls die im Gesetz bestimmte Form nicht eingehalten ist.

Bei dem Kleingartengelände handelt es sich um ein Grundstück, weshalb § 311b I BGB einschlägig sein kann. Nach jener Norm bedarf ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Diese wird in § 128 BGB erwähnt, ist jedoch im Detail außerhalb des BGB geregelt, nämlich im Beurkundungsgesetz (BeurkG). Die **schriftliche Abfassung des Kaufvertrags** durch V und K **reicht zur Einhaltung dieser Form nicht aus**. Wertgrenzen gibt es insoweit nicht. Auch bei einem verhältnismäßig günstigen Grundstück – hier zum Preis von 10.000 Euro – kann die kaufvertragliche Verpflichtung nicht ohne Mitwirkung eines Notars wirksam begründet werden.

In Ermangelung der notariellen Beurkundung ist folglich der Kaufvertrag zwischen V und K nicht wirksam zustande gekommen und deshalb fehlt es an einer Hauptverbindlichkeit.

## II. Ergebnis

Im Ergebnis hat V gegen B keinen Anspruch aus § 765 i.V.m. § 433 II BGB, weil zwar der Bürgschaftsvertrag wirksam abgeschlossen wurde, die nach dem Grundsatz der Akzessorietät ebenfalls erforderliche Hauptverbindlichkeit jedoch fehlt.

### Fall Nr. 2

#### Anspruch von V gegen B auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 10.000 Euro

##### AGL: § 765 i.V.m. § 433 II BGB

Voraussetzung für einen Anspruch des V gegen B auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 10.000 Euro aus § 765 i.V.m. § 433 II BGB ist die wirksame Entstehung der Bürgschaftsforderung (unten I.), ihr fehlendes Erlöschen (unten II.) und ihre Durchsetzbarkeit (unten III.).

#### I. Entstehung der Bürgschaftsforderung

Die Entstehung der Bürgschaftsforderung hat zwei Voraussetzungen: Es muss eine wirksame Hauptforderung existieren (unten 1.) und der Bürge muss sich für jene Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner wirksam verbürgt haben (unten 2.).

##### 1. Existenz der Hauptforderung (§§ 765, 767 I 1 BGB)

Die gemäß §§ 765, 767 I 1 BGB erforderliche Hauptforderung ergibt sich aus dem Kaufvertrag zwischen V und K vom 1. März über das gebrauchte Motorboot. Daraus ist K gemäß § 433 II BGB zur Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 10.000 Euro verpflichtet.

Die Mangelhaftigkeit des Motorboots i.S.v. § 434 I BGB hindert die wirksame Entstehung des Kaufvertrags unabhängig davon nicht, ob der Mangel reparabel ist und/oder eine Ersatzlieferung beim Kauf eines konkreten Stücks überhaupt in Betracht kommt (grundsätzlich befürwortend *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2119 f.; zust. BGHZ 168, 64 = ZIP 2006, 1586; erweiternd auf Fälle des Untergangs der Sache *Bitter*, ZIP 2007, 1881 ff.; a.A. BeckOK BGB/*Faust*, 50. Edition 1.11.2018, § 439 Rn. 47 f. mit umfassenden Nachweisen zum Streitstand). Selbst wenn nämlich die (Nach-)Erfüllung von vorneherein ausgeschlossen sein sollte, wäre der Kaufvertrag gleichwohl wirksam (§ 311a I BGB).

Die Hauptforderung aus § 433 II BGB ist folglich wirksam entstanden.

##### 2. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

Zu prüfen ist ferner, ob sich B wirksam für jene Kaufpreisschuld verbürgt hat.

Hinweis zum Aufbau: Da sich die Schriftform beim Bürgschaftsvertrag nur auf die Erklärung des Bürgen bezieht (vgl. oben Fall 1), kann man sie auch sogleich in Bezug auf das regelmäßig vom Bürgen ausgehende Angebot prüfen und nicht erst – wie im Fall 1 – im Anschluss an die vertragliche Einigung. Die Trennung erscheint insbesondere dann sinnvoll, wenn sich – wie hier – allein in Bezug auf die wirksame Annahme des Gläubigers zusätzliche Schwierigkeiten einstellen und deshalb eine getrennte Prüfung von Angebot und Annahme sinnvoll erscheint.

Der Bürgschaftsvertrag kommt durch Angebot und Annahme zustande.

##### a) Bürgschaftserklärung (Angebot)

Fraglich ist, ob B eine Erklärung gerichtet auf die Übernahme einer Bürgschaft (§ 765 BGB) abgegeben hat, als er dem V schrieb, für die Verbindlichkeit des K persönlich eintreten zu wollen.

### **aa) Abgrenzung zum Schuldbeitritt**

Zu denken wäre ggf. auch an einen Schuldbeitritt als im Gesetz nicht geregelte Personalsicherheit. Bei einem Schuldbeitritt tritt – insoweit wie bei der Bürgschaft – ein neuer Schuldner neben den bisherigen Schuldner, ohne diesen zu ersetzen. Der bisherige Schuldner und der Beitretende haften dem Gläubiger jedoch als Gesamtschuldner gemäß §§ 421 ff. BGB. Im Gegensatz zur Bürgschaft wird damit keine akzessorische, sondern eine eigenständige, von der Schuld des zunächst allein Verpflichteten unabhängige Forderung gegen den Beitretenden begründet. Die Abgrenzung zwischen Schuldbeitritt und Bürgschaft fällt im Einzelfall schwer, ist aber vor allem deshalb wichtig, weil die Bürgschaftserklärung zum Schutz des Bürgen grundsätzlich formbedürftig ist (§ 766 S. 1 BGB), während der Schuldbeitritt auch mündlich erklärt werden kann. Im Zweifel ist – auch wegen des geringeren Haftungsrisikos durch die Akzessorietät und die Subsidiarität – von einer Bürgschaft auszugehen.

Mit der Formulierung, für K „einstehen zu wollen“, verwendet B exakt jene Formulierung, die das Gesetz in § 765 BGB zur Beschreibung der Bürgschaft enthält. Im Zweifel ist deshalb von diesem im Gesetz vorgesehenen Sicherungsmittel auszugehen. Besondere Anhaltspunkte dafür, dass B eine parallele eigenständige Verpflichtung eingehen wollte, er insbesondere ein eigenes unmittelbares, sachliches Interesse an der beiderseitigen Vertragserfüllung im Valutaverhältnis hat, sind nicht ersichtlich.

### **bb) Inhaltliche Bestimmtheit**

Da B erklärte, für die Verbindlichkeit des K persönlich einstehen zu wollen, ist zugleich die Hauptforderung benannt und folglich die Bürgschaftserklärung hinreichend bestimmt.

### **cc) Schriftform (§§ 125, 766, 126 BGB)**

Fraglich ist aber, ob diese Willenserklärung auch wirksam oder ob sie gemäß § 125 BGB wegen eines Formmangels nichtig ist. Die Bürgschaftserklärung bedarf nach § 766 S. 1 BGB der Schriftform i.S.v. § 126 I BGB. Eine Ausnahme vom Schriftformerfordernis (§ 350 HGB) ist nicht ersichtlich.

V erhielt einen von B unterzeichneten Brief mit der Bürgschaftserklärung. Die Anforderungen an die Schriftform, welche § 126 I BGB aufstellt, sind folglich gewahrt. Die von B abgegebene Willenserklärung ist somit nicht nach § 125 BGB nichtig, sodass B dem V ein wirksames Angebot auf Abschluss eines Bürgschaftsvertrags unterbreitet hat.

### **b) Annahme der Bürgschaftserklärung**

Fraglich ist, ob V dieses Angebot auch angenommen hat, was B bestreitet. Die Annahme ist eine grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung und wird erst mit Zugang beim Anbietenden wirksam (§ 130 I 1 BGB). Eine Willenserklärung ist dann zugegangen, wenn die Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass unter normalen Umständen mit deren Kenntnisnahme zu rechnen ist (*Bitter/Röder*, BGB AT, 4. Aufl. 2018, § 5 Rn. 49 ff.). V erklärte gegenüber B nichts, sodass eine Willenserklärung in Form der Annahme dem B nicht zugegangen sein kann. Jedoch kann der **Zugang der Annahmeerklärung nach § 151 S. 1 BGB entbehrlich** sein, wenn dieser nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Erklärende darauf verzichtet hat. Da § 151 S. 1 BGB jedoch nur auf den Zugang der Erklärung, nicht aber auf die Annahme selbst verzichtet, bedarf es immerhin noch einer

nach außen erkennbaren **Bestätigung des Annahmewillens** (*Bitter/Röder*, a.a.O., § 5 Rn. 29). Diese ist darin zu sehen, dass V die von ihm zuvor angeforderte Bürgschaft in Empfang nahm und sie in seinen Unterlagen abheftete (vgl. dazu allgemein BGHZ 143, 381, 383 = NJW 2000, 1563 [juris-Rn. 9]).

Es ist also zu fragen, ob der Zugang der Annahmeerklärung nach der **Verkehrssitte** nicht zu erwarten war, denn ein ausdrücklicher Verzicht von B liegt nicht vor.

Dafür, dass der Zugang der Annahmeerklärung nicht entbehrlich ist, spricht das Interesse von B, Klarheit über seine Rechtsbeziehungen zu haben. Ohne eine ihm zugehende Erklärung von V weiß er nämlich nicht, ob sein Angebot auf Abschluss eines Bürgschaftsvertrags angenommen wurde und ob er gegebenenfalls mit einer Inanspruchnahme rechnen muss. Andererseits ist das Angebot von B auf Abschluss eines Bürgschaftsvertrags für V nur von Vorteil, denn dieser erhält dadurch eine zusätzliche Sicherheit, sodass kein Grund ersichtlich ist, der V dazu bewegen könnte, das Angebot auszuschlagen. Da dies für B erkennbar ist, ist es auch nicht unbillig, eine Verkehrssitte anzunehmen, die darin besteht, dass ein **Empfänger eines für ihn lediglich vorteilhaften Angebots** dieses annehmen wird. Eine diesbezügliche ausdrückliche Erklärung gegenüber dem Anbietenden ist daher nicht notwendig. Auch die Rechtsprechung geht von einer entsprechenden Verkehrssitte aus (BGHZ 143, 381, 383 = NJW 2000, 1563).

Indem V also das Schreiben abheftete, erklärte er die Annahme des Angebots, deren Zugang nach § 151 S. 1 BGB entbehrlich war, und brachte somit einen wirksamen Bürgschaftsvertrag nach § 765 BGB zustande.

### **3. Zwischenergebnis**

Als Zwischenergebnis lässt sich folglich festhalten, dass die Bürgschaftsforderung wirksam entstanden ist.

## **II. Kein Erlöschen der Bürgschaftsforderung**

Ein Erlöschen der Bürgschaftsforderung ist im Grundfall nicht erkennbar. Weder ist für bürgschaftsbezogene Einwendungen – Aufhebung, Kündigung der Bürgschaft etc. – etwas ersichtlich noch ist die Hauptforderung zwischenzeitlich erloschen (vgl. den Wortlaut des § 767 I 1 BGB: „der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit“). Die Mangelhaftigkeit des Bootes allein führt nicht zu einem teilweisen oder gänzlichen Fortfall des Kaufpreisanspruchs, sondern erst mit der (berechtigten) Ausübung entsprechender Gewährleistungsrechte wie Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz. Dafür ist im Grundfall jedoch nichts ersichtlich.

## **III. Keine Einreden (= Durchsetzbarkeit der Forderung)**

Der Bürgschaftsforderung dürfen auch keine Einreden entgegenstehen, wobei sich diese sowohl auf die Bürgschaft als auch – im Hinblick auf die Akzessorietät der Bürgschaft – auf die Hauptforderung beziehen können.

### **1. Forderungsbezogene Einrede (§ 768 I 1 BGB i.V.m. § 320 I BGB)**

Gemäß § 768 I 1 BGB kann der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Ist also die Hauptforderung nicht durchsetzbar, ist es wegen der Akzessorietät auch die Bürgschaft nicht.

Als Einrede des K aus dem mit V geschlossenen Kaufvertrag kommt wegen der Mangelhaftigkeit des Bootes § 320 I BGB in Betracht. Diese Einrede des nicht erfüllten Vertrags setzt voraus, dass dem Kaufpreisanspruch des V aus § 433 II BGB ein synallagmatischer Gegenanspruch des K gegenüber steht. Ein solcher kann sich aus §§ 437 Nr. 1, 439, 434 BGB ergeben (**Anspruch auf Nacherfüllung**).

a) Der hierfür erforderliche **Kaufvertrag** wurde bereits geprüft (oben Ziff. I. 1.).

b) Von einem **Sachmangel** i.S.v. § 434 I BGB ist nach dem Sachverhalt auszugehen. Dieser lag offenbar auch bereits **zur Zeit des Gefahrübergangs** (§ 446 BGB) vor.

c) Da eine **Unmöglichkeit** der von K verlangten Reparatur des Bootes i.S.v. § 275 I BGB **nicht ersichtlich** ist, besteht ein derartiger Nacherfüllungsanspruch.

Dieser steht auch in dem von § 320 I BGB geforderten **Gegenseitigkeitsverhältnis** zum Kaufpreisanspruch (vgl. dazu allgemein Jauernig/Stadler, BGB, 17. Auflage 2018, § 320 Rn. 7). Insoweit kann offenbleiben, ob neben der Reparatur im Einzelfall auch eine Nachlieferung beim Kauf eines konkreten Stücks überhaupt in Betracht kommt (vgl. dazu die Nachweise oben Ziff. I. 1.), was jedenfalls bei gebrauchten Sachen zweifelhaft erscheint.

Hinweis: Im Hinblick auf die Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung einer von Sach- und Rechtsmängeln freien Sache (§ 433 I 2 BGB) ist der Käufer bei behebbaren Mängeln, auch wenn sie geringfügig sind, grundsätzlich berechtigt, gemäß § 320 I BGB die Zahlung des vollständigen Kaufpreises und – hier jedoch nicht relevant – gemäß § 273 I BGB auch die Abnahme der gekauften Sache bis zur Beseitigung des Mangels zu verweigern, soweit sich nicht aus besonderen Umständen ergibt, dass das Zurückbehaltungsrecht in einer gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßenden Weise ausgeübt wird (BGH NJW 2017, 1100).

Kann K dem Kaufpreisanspruch des V die Einrede der Nichterfüllung aus § 320 I BGB entgegenhalten, gilt gemäß § 768 I 1 BGB das Gleiche auch für B (Akzessorietät). Auch die Bürgschaftsforderung ist folglich solange nicht durchsetzbar, bis der Nacherfüllungsanspruch durch Reparatur des Bootes erfüllt ist. Im Prozess würde der Bürge nur zur Zahlung Zug um Zug gegen die Leistung des Gläubigers an den Hauptschuldner verurteilt (vgl. Münch-KommBGB/Habersack, Band 6, 7. Aufl. 2017, § 768 Rn. 6).

Hinweis: Wäre die Nacherfüllung in beiden Alternativen (Mängelbeseitigung und Nachlieferung) unmöglich i.S.v. § 275 I BGB, gäbe es keinen Anspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439, 434 BGB, auf den sich die Einrede des § 320 I BGB beziehen könnte. In diesem Fall bestünde jedoch ein Rücktrittsrecht des K ohne Fristsetzung gemäß §§ 323 I, 326 V BGB und folglich könnte B die Zahlung analog § 770 I BGB verweigern (vgl. zum Rücktritt sogleich Abwandlung 1).

## **2. Bürgschaftsbezogene Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB)**

Daneben greift als bürgschaftsbezogene Einrede auch die Einrede der Vorausklage gemäß § 771 BGB ein, weil Ausnahmen gemäß § 773 BGB oder § 349 HGB nicht ersichtlich sind, B sich insbesondere nicht selbstschuldnerisch i.S.v. § 773 I Nr. 1 BGB verbürgt hat. Diese Einrede wirkt allerdings nur zeitweilig (dilatorisch), bis der Gläubiger gegen den Hauptschuldner i.S.v. § 772 BGB vorgegangen ist.

## **IV. Ergebnis**

Im Ergebnis besteht also der Anspruch des V gegen B aus § 765 i.V.m. § 433 II BGB. Er ist jedoch vorübergehend nicht durchsetzbar, bis V den (zumindest) auf Reparatur gerichteten

Nacherfüllungsanspruch des K erfüllt (Einrede der Leistung Zug um Zug) und zudem vorrangig versucht hat, gegen K zu vollstrecken. In der erstgenannten Einrede kommt die Akzessorietät, in der zweitgenannten die Subsidiarität der Bürgschaft zum Ausdruck.

## Abwandlung 1

Hinweis: In einer Fallabwandlung ist nicht das komplette Prüfschema des Grundfalls noch einmal aufzugreifen. Vielmehr haben sich die Ausführungen allein auf jene Fragen zu konzentrieren, die in der Abwandlung anders zu beurteilen sind als im Grundfall.

Indem V im Juni kategorisch jegliche Reparatur des Bootes verweigert, kann er die Voraussetzungen für ein **Rücktrittsrecht des K** geschaffen haben. Zu prüfen ist folglich, wie sich dies aufgrund der Akzessorietät der Bürgschaft auf diese auswirkt.

### I. Kein Erlöschen der Bürgschaftsforderung

Keine Änderung gegenüber dem Grundfall ergibt sich insoweit in Bezug auf das (fehlende) Erlöschen des Anspruchs. Selbst wenn nämlich die Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen, bedürfte es für eine Umgestaltung des Kaufvertrags in ein Rückgewährschuldverhältnis i.S.d. §§ 346 ff. BGB und das damit einhergehende Erlöschen der ursprünglichen Erfüllungsansprüche immer noch einer **Rücktrittserklärung (§ 349 BGB)**, die hier jedoch **fehlt**. Besteht die Hauptforderung damit aber (derzeit) noch fort, kommt auch ein Erlöschen der Bürgschaft gemäß § 767 I 1 BGB nicht in Betracht.

Hinweis: Auch die weiteren in § 437 Nr. 2 und 3 BGB angelegten Gewährleistungsrechte der zweiten Stufe (Minderung und Schadensersatz) müssen vom Käufer geltend gemacht werden, um (erst dann) das Schuldverhältnis umzugestalten und damit einerseits den Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung zum Erlöschen zu bringen (vgl. BeckOK BGB/*Faust*, a.a.O., § 437 Rn. 177), andererseits den Anspruch des Verkäufers auf Kaufpreiszahlung (teilweise) entfallen zu lassen (vgl. zur Minderung BeckOK BGB/*Faust*, a.a.O., § 441 Rn. 5 [Ausübung durch Gestaltungsrecht], Rn. 15 [Umgestaltung des Kaufvertrags], zum Schadensersatz BeckOK BGB/*Lorenz*, 50. Edition 1.5.2019, § 281 Rn. 56: „Erst-recht-Schluss“ zu § 281 IV BGB).

### II. Keine Einreden (= Durchsetzbarkeit der Forderung)

Allerdings kann sich eine **zusätzliche Einrede aus § 770 I BGB** ergeben. Nach jener Norm kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten. Durch diese Regelung wird der Akzessorietätsgrundsatz der Bürgschaft dahingehend erweitert, dass der Bürge solange nicht in Anspruch genommen werden kann, wie der Hauptschuldner noch die Möglichkeit hat, die Hauptforderung durch Anfechtung des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts zu beseitigen und der Bürge sich hierauf beruft.

Hinweis: Diese Ergänzung des Akzessorietätsgrundsatzes lässt sich nur mit Blick auf die Anfechtungswirkung verstehen: Das Rechtsgeschäft zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ist trotz eines bestehenden Anfechtungsgrundes zunächst wirksam und wird erst nach Ausübung des Anfechtungsrechts rückwirkend nichtig (§ 142 I BGB). Sobald die Anfechtung vom Hauptschuldner erklärt ist, kann sich auch der Bürge gemäß § 767 I 1 BGB auf das Erlöschen der Hauptschuld berufen. Vor Erklärung der Anfechtung gilt das jedoch nicht, weil das Rechtsgeschäft dann noch wirksam, die Leistungspflicht also nicht entfallen ist. Allein die Möglichkeit der Anfechtung ohne deren Ausübung begründet auch kein Leistungsverweigerungsrecht des Hauptschuldners, auf das sich der Bürge gemäß § 768 I 1 BGB berufen könnte.

Der Bürge befindet sich deshalb in einer misslichen Lage: Er weiß, dass der Hauptschuldner das Rechtsgeschäft durch Anfechtung beseitigen kann, das Gestaltungsrecht aber noch nicht ausgeübt hat. Selbst kann der Bürge

aber die Anfechtung nicht erklären, weil er nicht Vertragspartner desjenigen Rechtsgeschäftes ist, aus dem die Hauptschuld resultiert. Er müsste vielmehr vom Hauptschuldner zur Abgabe der Anfechtungserklärung bevollmächtigt sein (§§ 164, 167 BGB), um für diesen die Anfechtung erklären zu können. Ist dies nicht geschehen, will das Gesetz den Bürgen schützen, solange der Hauptschuldner seine Schuld noch durch Anfechtung beseitigen kann. Für den Zeitraum, in dem der Fortbestand der Hauptforderung in der Schwebe ist, gibt das Gesetz dem Bürgen ein temporäres Leistungsverweigerungsrecht (dilatorische Einrede). Hierdurch wird verhindert, dass der Bürge zunächst zahlen muss, um sich das Geld dann später nach Abgabe der Anfechtungserklärung durch den Hauptschuldner nach § 812 BGB zurückzuholen.

Im hier zu beurteilenden Fall ist eine **Anfechtungsmöglichkeit** jedoch **nicht ersichtlich**, weil im Sachverhalt nur von einem Sachmangel die Rede ist, nicht jedoch davon, dass der Verkäufer diesen arglistig i.S.v. § 123 BGB verschwiegen hätte.

Da es jedoch der Zweck des § 770 I BGB ist, dem Bürgen bei einer Möglichkeit des Hauptschuldners zur Beseitigung seiner Zahlungspflicht durch Ausübung eines Gestaltungsrechts (Anfechtung) ein zeitlich befristetes Leistungsverweigerungsrecht zu gewähren, ist die Vorschrift aufgrund der insoweit vergleichbaren Interessenlage **bei den sonstigen Gestaltungsrechten (Widerruf, Minderung, Rücktritt) entsprechend anzuwenden** (BGHZ 165, 363, 368 = NJW 2006, 845, 846, Rn. 13; MünchKommBGB/Habersack, a.a.O., § 770 Rn. 6).

Insoweit kommt eine Anwendung des § 770 I BGB in Betracht, wenn im Verhältnis zwischen dem Hauptschuldner K und dem Gläubiger V ein **Rücktrittsrecht zugunsten des K** besteht. Dieses kann sich im Hinblick auf den Sachmangel **aus §§ 437 Nr. 2, 323, 434 I BGB** ergeben.

**1.** Der hierfür erforderliche **Kaufvertrag** und der **Sachmangel bei Gefahrübergang** wurden bereits beim Anspruch auf Nacherfüllung geprüft (Grundfall, Ziff. III. 1.).

**2.** Das Rücktrittsrecht setzt im Grundsatz eine **Fristsetzung** i.S.v. § 323 I BGB voraus, soweit keine Unmöglichkeit der Nacherfüllung i.S.v. § 326 V BGB i.V.m. § 275 BGB vorliegt (vgl. den Hinweis oben im Grundfall unter Ziff. III. 1.).

Eine derartige Fristsetzung ist zwar nicht ersichtlich; sie kann jedoch **gemäß § 323 II Nr. 1 BGB entbehrlich** sein, wenn der Schuldner – hier V – die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. Davon ist nach dem Sachverhalt auszugehen. V verweigert kategorisch jegliche Reparatur des Bootes, weil er die Ansicht vertritt, bei gebrauchten Sachen hafte der Verkäufer nicht für Sachmängel.

Hinweis: Eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung darf nicht vorschnell angenommen werden (vgl. BeckOK BGB/H. Schmidt, 50. Edition 1.11.2018, § 323 Rn. 25). Falls noch ernsthafte Chancen bestehen sollten, den V von seiner irrigen Rechtsansicht abzubringen, um ihn so zum Einlenken zu bewegen, könnte die Endgültigkeit der Verweigerung in Frage gestellt sein. Dies ist letztlich eine Frage des Einzelfalles und der Sachverhalt ist zu knapp, um einen solchen Ausnahmefall feststellen zu können. Die „kategorische“ Verweigerung spricht eher dafür, dass V auf seiner Position beharrt. Dann jedoch macht es keinen Sinn, ihm noch eine Frist für die Nacherfüllung zu setzen, die er ohnehin nicht erbringen will.

**3.** Für einen **Ausschluss des Rücktrittsrechts**, insbesondere wegen unerheblicher Pflichtverletzung (§ 323 V 2 BGB), ist nach dem Sachverhalt nichts ersichtlich.

**4. Ergebnis:** K ist folglich zum Rücktritt berechtigt. Bis er sein Rücktrittsrecht ausgeübt (oder verloren) hat, ist der Bürge B folglich nach § 770 I BGB berechtigt, die Befriedigung des V zu verweigern (dilatorische, forderungsbezogene Einrede).

Hinweis: Bei einem unerheblichen Mangel i.S.v. § 323 V 2 BGB bleibt dem Käufer immerhin noch die Möglichkeit der Minderung (§ 441 BGB). In diesem Fall kann der Bürge allerdings die Befriedigung des Gläubigers auch nur in dem Umfang verweigern, in dem der Käufer (= Hauptschuldner) zur Minderung berechtigt ist.

Im Übrigen bestehen die im Grundfall geprüften Einreden aus §§ 768 I 1, 320 I BGB und § 771 BGB auch in Abwandlung 1. Dass die Voraussetzungen für ein Rücktrittsrecht gemäß §§ 437 Nr. 2, 323, 434 BGB vorliegen, hindert den Käufer nicht, stattdessen weiterhin auf Nacherfüllung gemäß §§ 437 Nr. 1, 439, 434 BGB zu bestehen (vgl. BeckOK BGB/*Faust*, a.a.O., § 437 Rn. 177: Verhältnis elektiver Konkurrenz). Darauf gestützt besteht folglich die Einrede aus § 320 I BGB fort. Die deshalb dem Bürgen zustehende Einrede aus §§ 768 I 1, 320 I BGB reicht jedoch im Vergleich zu § 770 I BGB weniger weit, weil sie zur Verurteilung Zug um Zug führt (vgl. den Grundfall, Ziff. III. 1.), nicht zur gänzlichen Abweisung der Klage als derzeit unbegründet (vgl. zu § 770 I BGB MünchKommBGB/*Habersack*, a.a.O., § 770 Rn. 11).

## **Abwandlung 2**

Die Sachlage ändert sich, wenn K aufgrund der Weigerung des V, das Boot zu reparieren, bereits im Juni vom Kaufvertrag über das Boot zurückgetreten ist. Mit dem ausgeübten Rücktritt wandelt sich der Kaufvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis i.S.d. §§ 346 ff. BGB um und die ursprünglichen Leistungspflichten entfallen. Ist aber die Hauptforderung erloschen, gilt gleiches aufgrund der Akzessorietät der Bürgschaft auch für den Anspruch des V gegen den Bürgen B (vgl. nochmals den Wortlaut des § 767 I 1 BGB: „der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit“).

Hinweis: Auf die im Grundfall und in Abwandlung 1 geprüften Einreden kommt es damit nicht mehr an, weil nur ein bestehender Anspruch in der Durchsetzbarkeit gehindert sein kann. Zumindest für die Einreden aus §§ 768 I 1, 320 I BGB und § 770 I BGB sind zusätzlich auch die tatbestandlichen Voraussetzungen entfallen, weil es nach dem wirksam ausgeübten Rücktritt weder einen Nacherfüllungsanspruch gibt, der Grundlage einer Einrede aus § 320 I BGB sein könnte, noch ein fortbestehendes Gestaltungsrecht des K als Grundlage einer (analogen) Anwendung des § 770 I BGB.

## **Abwandlung 3**

Erfolgte der Verkauf des Bootes schon am 1. März 2017, ist inzwischen – im Juli 2019 – die Gewährleistungsfrist des § 438 I Nr. 3 BGB von zwei Jahren abgelaufen. Der Anspruch des K auf Nacherfüllung aus §§ 437 Nr. 1, 439, 434 BGB ist folglich verjährt.

### **I. Einrede aus §§ 768 I 1, 320, 215 BGB**

Fraglich erscheint deshalb, ob sich K – wie im Grundfall – noch auf die Einrede des nichterfüllten Vertrags aus § 320 I BGB und in der Folge der Bürge B auf § 768 I 1 BGB berufen kann.

Die Antwort auf diese Frage findet sich in § 215 BGB. Nach jener Vorschrift schließt die Verjährung die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht aus, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte. Neben dem Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB gilt § 215 BGB auch für die Einrede des nichterfüllten Vertrags gemäß § 320 I BGB (MünchKommBGB/*Grothe*, Band 1, 8. Aufl. 2018, § 215 Rn. 4). Die Regelung des

§ 215 BGB wurzelt in der Überlegung, dass ein Schuldner, dem ein Gegenanspruch zusteht, kraft dessen er die Inanspruchnahme durch den Gläubiger erfolgreich abwehren kann, sich als hinreichend gesichert ansehen darf und durch die Verjährungsregeln nicht zur frühzeitigen Durchsetzung seiner Forderung im Wege der Aufrechnung oder Klageerhebung gedrängt werden soll (MünchKommBGB/Grothe, a.a.O., § 215 Rn. 1).

Da K sich aufgrund des Mangels des Bootes sicher fühlen durfte, den Kaufpreis nicht vor der Reparatur leisten zu müssen (vgl. den Grundfall), steht ihm gemäß § 215 BGB die Möglichkeit offen, den Kaufpreis auch nach Eintritt der Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs weiter gemäß § 320 I BGB zu verweigern. Der Nacherfüllungsanspruch stand nämlich dem Kaufpreisanspruch bereits in unverjährter Zeit gegenüber, wie es § 215 BGB verlangt.

Auf die fortbestehende Einrede des Hauptschuldners K aus § 320 I BGB kann sich folglich auch der Bürge B gemäß § 768 I 1 BGB berufen. Im Prozess könnte er folglich nur zur Zahlung Zug um Zug gegen die Leistung des Gläubigers an den Hauptschuldner – hier Nacherfüllung durch Reparatur des Bootes – verurteilt werden (vgl. den Grundfall).

Hinweis: Wären – wie in Abwandlung 1 – schon die Voraussetzungen des Rücktritts in unverjährter Zeit eingetreten, ohne dass der Rücktritt auch rechtzeitig vor Ablauf der Gewährleistungsfrist von zwei Jahren (§ 218 I 1 BGB i.V.m. § 438 I Nr. 3 BGB) erklärt worden wäre, könnte sich K zusätzlich auf die Mängel einrede des § 438 IV 2 BGB berufen, die gemäß § 768 I 1 BGB ebenfalls ein Leistungsverweigerungsrecht des B begründet (vgl. allgemein MünchKommBGB/Habersack, a.a.O., § 768 Rn. 6). Würde daraufhin V gemäß § 438 IV 3 BGB vom Kaufvertrag zurücktreten, entfielen die Pflicht des Bürgen B gemäß § 767 I 1 BGB.

## II. Einrede aus §§ 768 I 1, 194, 195, 199 BGB

Zusätzlich ist zu prüfen, ob sich B gemäß § 768 I 1 BGB eventuell zusätzlich auf eine weitere forderungsbezogene Einrede, die **Verjährung der Hauptschuld**, berufen kann. Hauptschuld des K ist die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises (§ 433 II BGB). Dieser Anspruch des Verkäufers unterliegt der regelmäßigen Verjährung des § 195 BGB von drei Jahren, welche gemäß § 199 I BGB mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist (Nr. 1) und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (Nr. 2). Da jene Kenntnis bei Ansprüchen aus Verträgen immer besteht, beginnt die Verjährung mit dem Ende des Jahres, in welchem der Vertrag abgeschlossen wurde, hier 2017. Sie läuft folglich erst Ende 2020 ab, weshalb die Verjährungseinrede jetzt – im Juli 2019 – eindeutig noch nicht eingreift. Folglich kann sich auch B darauf nicht gemäß § 768 I 1 BGB berufen.

Hinweis: Die Verjährung der Hauptforderung wird – anders als die selbstständige Verjährung der Bürgschaftsforderung – durch eine Klage nur gegen den Bürgen nicht gemäß § 204 I Nr. 1 BGB gehemmt, läuft vielmehr während des Prozesses gegen den Bürgen weiter, weshalb sich dieser nach Eintritt der Verjährung der Hauptforderung darauf auch noch später im laufenden Prozess berufen kann. Der Gläubiger darf folglich nicht allein den Bürgen verklagen, sondern muss zusätzlich die Verjährung auch gegen den Hauptschuldner rechtzeitig durch die in § 204 I BGB genannten Prozesshandlungen unterbrechen (Haftungsfalle für Anwälte!). Letzteres gilt nach der Rechtsprechung nur dann nicht, wenn der Hauptschuldner vorher – etwa wegen Löschung im Handelsregister infolge Vermögenslosigkeit – als Rechtsperson untergegangen ist und der Gläubiger deswegen keine Möglichkeit mehr hat, die Verjährung der Hauptforderung durch Erhebung der Klage gegen den Hauptschuldner selbst zu verhindern; nur in diesem Fall kann ausnahmsweise (allein) die Bürgschaftsklage die Verjährung der Hauptforderung hemmen (vgl. zu den Details BGHZ 182, 76 = ZIP 2009, 1608).