Kreditsicherungsrecht

Prof. Dr. jur. D. Klett

Stand: 1.4.2004

www.wirtschaftsrecht-online.info
PDF – **Datei zum Herunterladen**
Schrift: Times New Roman
Schriftgröße: 11
Zeilen 2187
Wörter: 15 598
Größe: 442 368
Seiten: 47

Inhaltsverzeichnis

§ 1 **Allgemeines** 5

1. **Kredit** 5
   a. Kredit im wirtschaftlichen Sinn 5
   b. Kredit im rechtlichen Sinne 5
2. Sicherheit 5

§ 2 **Bürgschaft** 7

I. **Wirtschaftliche Bedeutung** 7
1. Allgemeine Bedeutung 7
2. Das Bürgschaftsgeschäft der Kreditinstitute 7
   a. Kleinkredite 7
   b. Großkredite 7
   c. Bürgschaften von Geschäftsführern und Gesellschaftern 7
   d. Bankbürgschaften 7
3. Staatliche Stellen 8
   a. Bauwirtschaft 8
   b. Steuer- und Zollbürgschaften 8

II. **Begriff und Abgrenzung** 8
1. Begriff 9
2. Abgrenzung von verwandten Vertragstypen 9
   a. Schuldbeitritt (Schuldmitübernahme) 9
   b. Garantievertrag 9
   c. Patronatserklärung 9

III. **Schriftform** (§ 766 BGB) 10
1. Schutzzweck und Feststellungsfunktion der Schriftform 10
   a. Schutzzweck 10
   b. Beurkundende Feststellung 11
2. Inhalt der Schriftform (§ 126 BGB) 11
   a. Die Verpflichtungen von Bürge und Gläubiger 11
   b. Der schriftliche Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung 11
3. Entbehrlichkeit der Schriftform 11
4. Die „Erteilung“ der Bürgschaftserklärung 11
5. Die Annahmeerklärung des Gläubigers 11

IV. **Rechtsnatur der Bürgschaft** 12
1. Selbständige Verpflichtung 12
   a. Anfechtbarkeit 12
   b. Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) 12
2. Akzessorietät (§§ 767, 768 BGB) 13
   a. Grundsatz 13

b. Akzessorietät und die Bürgschaft „auf erstes Anfordern“ 14
c. Grenzen der Akzessorietät....14
3. Künftige Verbindlichkeiten (§ 765 Abs. 2 BGB)....15
4. Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB)....15

V. **Forderungsübergang** (§ 774 BGB)....15

VI. **Besondere Bürgschaftsarten** 16
1. Selbstschuldnerische Bürgschaft (§ 773 Abs.1 Nr.1 BGB)....16
2. Bürgschaft auf Zeit (§ 777 BGB) 17
3. Mitbürgschaft (§ 769 BGB) und Teilbürgschaft....17
4. Ausfall- oder Schadlosbürgschaft 17
5. Nachbürgschaft (Afterbürgschaft) 17
6. Rückbürgschaft 17

VII. **Das Erlöschen der Bürgschaft** 18

§ 3 **Kreditauftrag** (§ 778 BGB).... 19

§ 4 **Garantie**.... 20

1. Unselbständige Garantie 20
2. Die selbständige Garantie als Kreditsicherheit 20
3. Die Garantie mit der Verpflichtung „auf erstes Anfordern“ zu zahlen. 21

§ 5 **Schuldmitübernahme** 22

§ 6 **Sicherungszession (Sicherungsabtretung)**.... 23

I. **Begriff** 23

II. **Die abgetretene Forderung**....24
1. Ausschluß der Abtretung 24
2. Bestimmbarkeit....24
3. Globalzession....24
a. Begriff und Zulässigkeit der Globalzession 24
b. Bestimmbarkeit der Forderungen....24
c. Nichtigkeit einer Globalzession (§§ 138, 307 BGB)....24
Knebelung....25
Gläubigerbenachteiligung....25
Übersicherung....25
4. Mantelzession 26
a. Begriff 26
b. Wirtschaftlicher Hindergrund: 26

III. **Die Verwertung** 26

§ 7 **Eigentumsvorbehalt** (§ 449 BGB).... 27

I. **Allgemeines**....27

II. **Begriff**....27

III. **Vereinbarung**....27

IV. **Die Rechtsstellung des Verkäufers** 28

V. **Die Rechtstellung des Käufers**....28

VI. **Das Anwartschaftsrecht des Käufers** 29

VII. **Das Ende des Eigentumsvorbehalts** 29

VIII. **Erweiterter Eigentumsvorbehalt** 29
1. Kontokorrentvorbehalt 29
2. Konzernvorbehalt 29
3. Verlängerter Eigentumsvorbehalt 30

§ 8 **Pfandrecht** (§§ 1204 - 1296 BGB) 31

I. **Allgemeines** 31

II. **Pfandrecht an beweglichen Sachen** 31
1. Begriff 31
2. Publizität des Pfandrechts 32
3. Akzessorietät des Pfandrechts 32
4. Die Entstehung des Pfandrechts 32
5. Schuldverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder 32
6. Übertragung des Pfandrechts 32
7. Pfandverwertung 32
8. Erlöschen des Pfandrechts 33
9. Gesetzliche Pfandrechte 33

III. **Pfandrecht an Rechten** 33
1. Allgemeine Grundsätze 33
2. Pfandrecht an Forderungen 34
3. Pfandrecht an Wertpapieren 34

§ 9 **Sicherungsübereignung** 35

I. **Allgemeines** 35
1. Begriff 35
2. Wirtschaftliche Bedeutung 35

II. **Begründung** 35

III. **Gegenstand** 36
1. Allgemeines 36
2. Sicherungsübereignung eines Warenlagers 36
3. Warenlager mit wechselndem Bestand 36

IV. **Sittenwidrigkeit** (§ 138 BGB) 37

V. **Verwertung** 37

§ 10 **Hypothek** (§§ 1113 - 1190 BGB) 38

I. **Begriff** 38

II. **Akzessorietät** 39

III. **Begründung** (§ 873 BGB) 39

IV. **Übertragung** (§§ 398, 873, 1153 BGB) 39
1. Übertragung der durch Hypothek gesicherten Forderungen 39
2. Briefhypothek (§ 1154 Abs.1 BGB) 40
3. Buchhypothek (§ 1154 Abs.1 S.3 BGB) 40

V. **Gegenstand der Haftung** (§§ 1147, 1120-1129 BGB) 41
1. Das Grundstück 41
2. Bestandteile und Erzeugnisse 41
3. Zubehör (§§ 97 f., 1120 BGB) 41

4. Miet- und Pachtzinsforderungen (§ 1123 BGB) 41
5. Versicherungsforderungen 41

VI. **Arten der Hypothek** 42
1. Buchhypothek (§ 1116 Abs. 2 S. 1 BGB) 42
2. Briefhypothek (§ 1116 BGB) 42
3. Sicherungshypothek 42
4. Verkehrshypothek (§ 1138 BGB) 42

§ 11 **Grundschuld** (§§ 1191 - 1198 BGB) 44

I. **Begriff** 44

II. **Begründung** 44

III. **Übertragung** 45

IV. **Tilgung** 46

V. **Die Eigentümergrundschuld** (§ 1177 BGB) 46

§ 12 **Rentenschuld** (§§ 1199 - 1203 BGB) 47

© *Copyright:* Prof. Dr.jur.D. Klett
Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung. Kein Teil des Werks darf in irgendeiner Form (z.B. Photokopie) reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.
Zuwiderhandlungen gegen das Urheberrecht sind strafbar (§ 106 UrheberG).

Kreditsicherungsrecht

Prof. Dr.jur. D. Klett

§ 1 Allgemeines

Eine einheitliche gesetzliche Regelung des Kreditsicherungsrechts gibt es nicht.
Die einschlägigen Vorschriften finden sich teils im Schuldrecht, teils im Sachenrecht.

1. Kredit

Das Kreditsicherungsrecht ist das Recht der Sicherung von Krediten. Der Begriff "Kredit" geht auf das lateinische Wort *credere* (=glauben, vertrauen) zurück. Er kann nicht mit dem Begriff des Darlehens (§ 488 BGB) gleichgesetzt werden, sondern geht darüber hinaus.

a. Kredit im wirtschaftlichen *Sinn*

Im *wirtschaftlichen* Sinn bedeutet Kredit die zeitweilige Überlassung von Kaufkraft. Dabei versteht man unter Kaufkraft jedes geldwerte Wirtschaftsgut. Die Überlassung von Kaufkraft braucht nicht, wie beim Darlehen, in einer Übertragung von Bargeld zu bestehen. Es genügt auch die Einräumung der Verfügungsmöglichkeit über Buchgeld (z.B. Kontokorrentkredit). Ebenfalls reicht es aus, wenn ein Vertragspartner vorübergehend auf die ihm sofort zustehende Leistung eines anderen Vertragspartners verzichtet, z.B. durch Stundung des Kaufpreises bei einer Warenlieferung.

b. Kredit im rechtlichen *Sinne*

Im *rechtlichen* Sinne gibt es **keinen für alle Rechtsgebiete einheitlichen Begriff des Kredits.**
Das Kreditwesengesetz umschreibt als Kreditgeschäft "die Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten" (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2).
Diese Definition wäre nicht für alle Gesetzesbereiche erschöpfend, weil wichtige Kreditgeschäfte, wie z.B. das Diskontgeschäft oder das Garantiegeschäft damit nicht erfaßt sind, deren Kreditcharakter jedoch außer Frage steht.
Das BGB vermeidet den Begriff bewußt.
Der noch im Diskssionsentwurf zum Schuldrechtsmodernsierungsgesetz vorgesehene zentrale Begriff des „**Kreditvertrages**“ wurde **aufgegeben.**[1] Dort war der Begriff des Kreditvertrages als Oberbegriff für Darlehen, Zahlungsaufschub und sonstige Finanzierungshilfen vorgesehen.
Es gibt somit keinen einheitlichen Kreditbegriff.
Dennoch kann man Kredite nach verschiedenen Merkmalen unterteilen. Es läßt sich z.B. abstellen auf die Person des Kreditnehmers (Konsument oder Gewerbetreibender), die Laufzeit (kurz-, mittel- oder langfristig) oder den Rückzahlungsmodus. Man kann des weiteren unterscheiden nach dem Verwendungszweck (Personalkredit, Bodenkredit, Lombardkredit, Abzahlungskredit, Ratenkredit, Kontokorrentkredit, Rembourskredit etc.).
Zwei wichtige Arten von Krediten sind Gelddarlehen und Akzeptkredite. Bei einem Akzeptkredit stellt der Kreditnehmer einen Wechsel aus, den die Bank akzeptiert. Die Akzeptbank kauft den Wechsel an (Diskontgeschäft), dadurch erhält der Kreditnehmer bares Geld. Diese Typen sind repräsentativ für Kredite. Denn Kreditgewährung kann in einer Zahlung, wie beim Darlehen, oder in der Übernahme einer Haftung bestehen. Man spricht auch von effektiver Kreditgewährung und Kreditleihe oder von Zahlungskredit und Haftungskredit

2. Sicherheit

Auch der Begriff "**Sicherheit"** ist gesetzlich **nicht** definiert. Es findet sich lediglich in § 232 BGB eine Regelung, auf welche Art und Weise der Sicherungszweck erreicht werden kann, wenn jemand eine Sicherheit zu leisten hat:

> "durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, durch Verpfändung von Forderungen, die in das Reichsschuldbuch oder in das Staatsschuldbuch eines Bundesstaates eingetragen sind, durch Verpfändung beweglicher Sachen, durch Bestellung von Schiffshypotheken an Schiffen oder Schiffsbauwerken, die in einem deutschen Schiffsregister oder Schiffsbauregister eingetragen sind, durch Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken, durch Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem

[1] Kritik an diesem Vorgehen des Gesetzgebers: „Das Kind mit dem Bade ausgeschüttet“ *Köndgen*, WM 2001, 1637; *Reifner* ZBB 2001,193

inländischen Grundstück besteht, oder durch Verpfändung von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken."
„Kann die Sicherheit nicht in dieser Weise geleistet werden, so ist die Stellung eines tauglichen Bürgen zulässig."

Die von § 232 BGB anerkannten Sicherungsarten werden hier nicht vollständig dargestellt.
Es werden nur diejenigen Rechtsgeschäfte behandelt, die ein Sicherungsrecht des Gläubigers begründen, auf das er zurückgreifen kann, wenn seine Forderung nicht erfüllt wird.

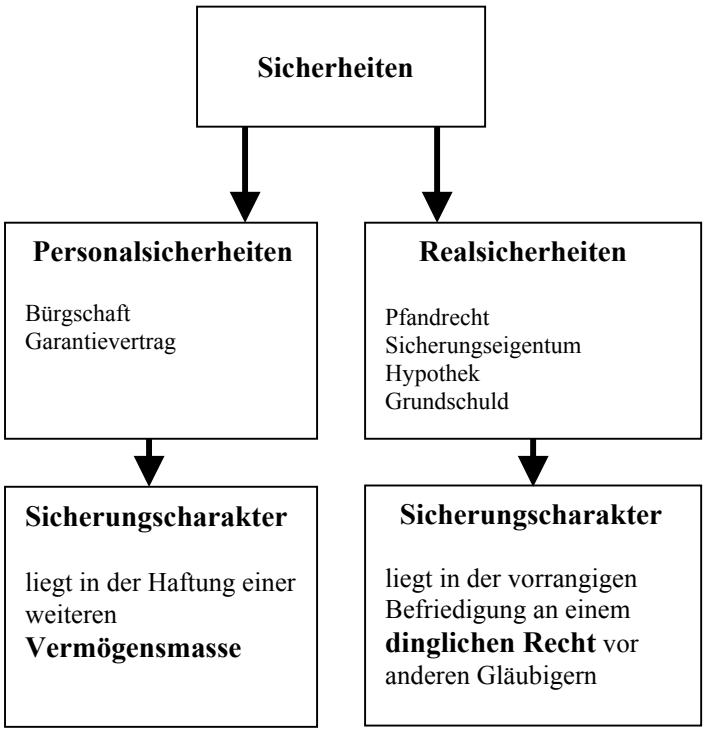
Begriff der Sicherheit

Eine *Sicherheit* ist das durch einen schuldrechtlichen oder dinglichen Vertrag begründete Recht eines Gläubigers, das er in Anspruch nehmen kann, wenn die gesicherte Forderung nicht befriedigt wird.
Dabei richtet sich die Art und Weise, wie das Sicherungsrecht in Anspruch genommen werden kann, nach der Art des Sicherungsrechts.

Man unterscheidet **Personalsicherheiten** und **Realsicherheiten**:

Bei einer **Realsicherheit** dient dem Gläubiger ein dingliches Recht an einer beweglichen oder unbeweglichen Sache oder an einem Recht als Sicherheit (z.B. Pfandrecht, Sicherungseigentum, Grundschuld, Hypothek). Der Sicherungscharakter liegt darin, daß der Gläubiger vor anderen Gläubigern bevorzugte Befriedigung aus der Sache verlangen kann.

Bei einer **Personalsicherheit** kann der Gläubiger auf das Vermögen einer weiteren natürlichen oder juristischen Person neben der des Schuldners zurückgreifen (z.B. Bürgschaft, Garantie, Schuldmitübernahme, Kreditauftrag). Hier liegt der Sicherungscharakter darin, daß auf eine weitere Vermögensmasse zugegriffen werden kann.



§ 2 Bürgschaft

I. Wirtschaftliche Bedeutung

1. Allgemeine Bedeutung

Ein Blick auf die Verwendungsmöglichkeiten der Bürgschaft offenbart eine reiche Vielfalt.
Die rechtlich zulässige Verbürgung für künftige Verbindlichkeiten eröffnet die Möglichkeit der praktisch bedeutsamen Bürgschaften für die Verpflichtungen aus **Dauerschuldverhältnissen**, wie Miet- und Pachtforderungen, Forderungen aus Kontokorrentverhältnissen oder Bierlieferungsverträgen.
Wer **materiell-rechtlich** zur **Sicherheitsleistung** verpflichtet ist, kann sie in Form einer Bürgschaft durch taugliche Bürgen stellen (§§ 232 Abs.2, 239 BGB).
Als **prozessuale Sicherheitsleistung** (§ 108 ZPO) spielen Bankbürgschaften eine wichtige Rolle, etwa zur Erlangung der vorläufigen Vollstreckbarkeit aus nicht rechtskräftigen Urteilen, zur Abwendung oder Einstellung der Zwangsvollstreckung oder zur Erlangung, Abwendung oder Aufhebung von Arresten und einstweiligen Verfügungen.

2. Das Bürgschaftsgeschäft der Kreditinstitute

Einen großen Raum nimmt die Bürgschaft als P e r s o n a l s i c h e r h e i t im Kreditgeschäft der Kreditinstitute ein.

a. Kleinkredite

Gewerbliche Kleinkredite, Darlehen an Jungvermählte, finanzierte Abzahlungskäufe und viele andere Arten von Kleinkrediten, insbesondere im Geschäftsverkehr mit Kreditgenossenschaften und Sparkassen finden in Bürgschaften ihre Sicherung. Als Bürgen kommen vielfach die Verwandten des Hauptschuldners in Betracht. Häufig verlangen Kreditinstitute auch die Verbürgung durch den Ehegatten des Kreditnehmers, zur Sicherung des Kredits vor innerfamiliären Vermögensverschiebungen und vor einer Gefährdung durch Zugewinnausgleichsansprüche.

b. Großkredite

Auch für größere Kredite lassen sich die Kreditinstitute Bürgschaften einräumen, wenn der Bürge vertrauenswürdig ist und die Zugriffsmöglichkeit auf sein Vermögen dem Kreditinstitut zusätzliche Sicherung verspricht. Namentlich innerhalb von Konzernen übernehmen Muttergesellschaften Bürgschaften für Kredite an ihre Tochtergesellschaften und umgekehrt.

c. Bürgschaften von Geschäftsführern und Gesellschaftern

Eine wirtschaftlich andere Art der Kreditsicherung bietet den kreditgewährenden Instituten die in der Bankpraxis übliche Bürgschaft der Geschäftsführer, Gesellschafter und Großaktionäre für Kredite an ihre industriellen Unternehmen.
Hierbei wird die Abdeckung der Kredite durch die Zugriffsmöglichkeit auf das private Vermögen der Bürgen häufig nicht erwartet, doch weckt die Bürgschaft das Interesse dieser wirtschaftlich für das Unternehmen maßgeblichen Personen an der ordnungsgemäßen Tilgung und beugt Mißbräuchen durch Vermögensverschiebungen vor.

d. Bankbürgschaften

Die Kreditinstitute ihrerseits übernehmen auch Bürgschaften für ihre Kunden. **Bankbürgschaften und Bankgarantien** bieten dem Gläubiger eine erstklassige Sicherheit. Insbesondere mit der Verpflichtung „**auf erstes Anfordern“** Zahlung zu leisten haben derartige Bankbürgschaften und Bankgarantien den Charakter von „Bargeld“.
Besondere Bedeutung kommt derartigen Bankbürgschaften in der Baubranche und der Investitionsgüterindustrie zu. Im Auslandsgeschäft ersetzen in vielen Regionen der Welt Bankbürgschaften und Bankgarantien mit der Verpflichtung „to pay on first demand“ das Akkreditiv.

3. Staatliche Stellen

Auch die öffentlichrechtlichen Institutionen verlangen vielfach eine Sicherstellung durch Bürgschaften, weil die Bürgschaft einfacher und schneller als eine dingliche Sicherheit zur Befriedigung des Gläubigers führt. Im allgemeinen werden diese Bürgschaften von Kreditinstituten und Versicherungsgesellschaften übernommen.

a. Bauwirtschaft

Eine besondere Bedeutung kommt den Bürgschaften in der Baubranche zu. Öffentlich-rechtliche Bauherren verlangen in der Regel von Bauunternehmern Sicherheiten.
Im einzelnen können verschiedene Bürgschaften übernommen werden:

- B i e t u n g s b ü r g s c h a f t

Die Bietungsbürgschaft wird von bietenden Unternehmen für einen bestimmten Höchstbetrag beigebracht, der fällig wird, wenn der Unternehmer den ihm erteilten Auftrag nicht mehr zu den im Angebot enthaltenen Bedingungen übernehmen will, im Zuschlagsfall die beizubringende Sicherheit nicht leistet oder wenn er bereits während der Dauer der Ausschreibung sein Angebot zurückziehen will. Die Behörden schützen sich mit dieser Regelung gegen unlautere Konkurrenz (insbesondere Unterbietung).

- V e r t r a g s e r f ü l l u n g s b ü r g s c h a f t

Nach Erteilung des Auftrags aber vor Beginn der Arbeiten wird vin Kreditinstituten und Versicherungsgesellschaften eine Bürgschaft für die vertragsg- und fristgemäße Durchführung der Arbeiten übernommen. Sie umfaßt im allgemeinen Konventionalstrafen und sichert den öffentlich-rechtlichen Bauherrn insbesondere auch gegen eine Insolvenz des Bauunternehmers während der Bauarbeiten.

- M ä n g e l g e w ä h r l e i s t u n g s b ü r g s c h a f t

Nach Abschluß der Arbeiten wird häufig eine Bürgschaft dafür verlangt, daß innerhalb der Garantiezeit keine Mängel auftreten, bzw., daß diese ordnungsgemäß behoben werden.Diese Bürgschaft kann den sog. Barrückhalt oder eine Kaution ersetzen, die der öffentlich-rechtliche Bauherr als Sicherheit zur Beseitigung eventuell später auftretender Mängel einbehält (teilweise bis zu 10% der Bausumme). Soweit die Beibringung einer Bürgschaft für den Bauunternehmer kostengünstiger ist, bedeutet das für ihn „bares Geld“.

b. Steuer- und Zollbürgschaften

Auch öffentlich-rechtliche Forderungen können durch privatrechtliche Bürgschaften gesichert weden.
So sind beispielsweise Zollbürgschaften unentbehrlich. Im Bereich des Zolls spielen Stundungen gegen Sicherheit eine wichtige Rolle, da hier der Staat die Steuerüberwälzung vom Steuerschuldner auf den Steuerträger besonders fördert (z.B. ist die Zigarettenfirma Steuerschuldner, der Raucher hat die Steuer zu tragen).

> *Beispiel:*
> Eine Zigarettenfirma führt Tabak aus einem Nicht-EU-Land ein. Der Zoll wird bei Abfertigung des Tabaks zum freien Verkehr fällig, doch kann die Firma ihn erst beim Verkauf nach ein paar Monaten vom Käufer kassieren. Um möglichst ausschließlich den Steuerträger (Verbraucher) zu belasten, gewährt der Staat häufig Stundung gegen Bürgschaft.

Wichtig ist die Bürgschaft auch für Spediteure, die die Zollabfertigung häufig für ihre Kunden vornehmen und damit Steuerschuldner werden.

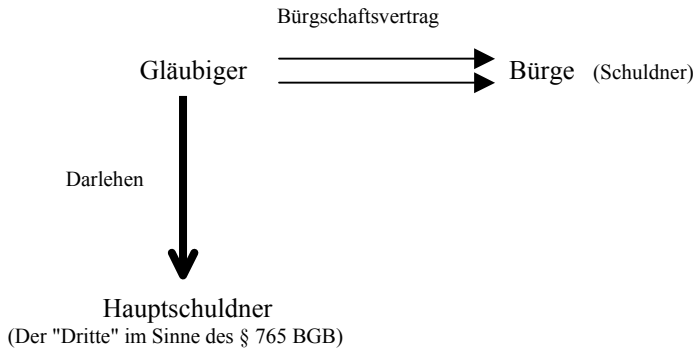
> *Beispiel:*
> Ein Spediteur befördert für einen Kunden Zollgut von Zürich nach Köln. Gem. § 41 Zollgesetz kann das Zollgut auf Antrag nach Gestellung am Grenzort Basel an die Zollstelle am Bestimmungsort Köln überwiesen werden (sog. Zollgutversand). Der Spediteur haftet für alle Abgaben, die auf dem Zollgut lasten, bis zur vollständigen und ordnungsgemäßen Wiedergestellung des Zollgutes bei der Empfangszollstelle. Dafür hat er dem Hauptzollamt häufig Sicherheit in Form einer Dauerbankbürgschaft zu leisten.

Derartige Zoll- und Steuerbürgschaften haben rein zivilrechtliche Natur, auch die Inanspruchnahme des Bürgen hat ausschließlich nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen. Die meisten Kreditinstitute und Versicherungsgesellschaften sind allgemein von der Finanzverwaltung als Zoll- und Steuerbürgen zugelassen.

II. Begriff und Abgrenzung

1. Begriff

Die Bürgschaft ist ein Vertrag zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger, durch den sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, für die Erfüllung der schuldrechtlichen Verbindlichkeit des Dritten einzustehen (§ 765 BGB).
Der „Dritte“ wird auch Hauptschuldner genannt, um dessen Schuld von der Schuld des Bürgen abzugrenzen.



Die Bürgschaft hat den Zweck, eine fremde Schuld zu sichern. Die Sicherheit für den Gläubiger besteht darin, daß neben dem Hauptschuldner eine weitere Person mit ihrem gesamten Vermögen für die Erfüllung der Verbindlichkeit einsteht.
Der **Wert der Bürgschaft** hängt demgemäß von der Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit also von der **Bonität des Bürgen** ab.

2. Abgrenzung von verwandten Vertragstypen

a. Schuldbeitritt (Schuldmitübernahme)

Der rechtsgeschäftliche **Schuldbeitritt** ist gesetzlich nicht geregelt.
Bei einem Schuldbeitritt tritt der Mitübernehmer zusätzlich neben dem bisherigen Schuldner in das Schuldverhältnis ein. Beide werden Gesamtschuldner (§§ 421 ff. BGB).
Ob Bürgschaft oder Schuldbeitritt vorliegen, kann im Einzelfall zweifelhaft sein. Die Abgrenzung ist nach dem Willen der Parteien vorzunehmen, ob eine selbständige oder nur eine angelehnte Schuld begründet werden soll.[2] Im Zweifel ist eine Bürgschaft anzunehmen.
Der Schuldbeitritt ist formfrei. Der Beitritt eines Verbrauchers zu einem Verbraucherdarlehensvertrag bedarf der Schriftform (§ 492 BGB).

b. Garantievertrag

Der **Garantievertrag** ist ein gesetzlich nicht geregelter, aber im Wirtschaftsleben besonders wichtiger Vertragstyp. Die Garantie ist ein selbständiger Vertrag, durch den jemand einem anderen verspricht, für einen bestimmten, in der Zukunft liegenden Erfolg einzustehen.
Die Garantie ist unabhängig von dem Bestehen einer Hauptverbindlichkeit.
Das Unterscheidungskriterium zur Bürgschaft ist die **fehlende Akzessorietät.**[3]
Die Garantie ist formfrei.

c. Patronatserklärung

In letzter Zeit haben sog. „**Patronatserklärungen**“ neben den herkömmlichen Personalsicherheiten bei der Kreditvergabe an Konzernmitgliedsgesellschaften eine größere Bedeutung erlangt. In einer Patronatserklärung erklärt die Muttergesellschaft dem Kreditgeber, dass sie ihre Tochtergesellschaft bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen durch eine entsprechende finanzielle Ausstattung unterstützen werde. Die rechtliche Verbindlichkeit und der Sicherungswert derartiger Erklärungen sind unterschiedlich.
Man unterscheidet *weiche* und *harte* Patronatserklärungen.

---

[2] BGH NJW 86, 580
[3] h.M.- allerdings sehr fragliche Unterscheidung

Weiche Patronatserklärung: „Es ist unser Prinzip, die Bonität unserer Tochtergesellschaft aufrecht zu erhalten." Derartige weiche Patronatserklärungen werden als unverbindlich eingestuft, weil sie keinen Rechtsbindungswillen erkennen lassen.
Harte Patronatserklärung: „Wir werden dafür Sorge tragen, unsere Tochtergesellschaft bis zur vollständigen Rückzahlung des Kredits finanziell so auszustatten, dass sie jederzeit in der Lage ist, ihre Verbindlichkeiten aus diesem Kredit zu erfüllen."[4] Eine derartige harte Patronatserklärung oder auch „**Ausstattungsgarantie**" genannt wird als Vertrag eigener Art mit rechtlicher Verbindlichkeit eingeordnet.
Der wirtschaftliche Sinn derartiger Patronatserklärungen liegt unter anderem darin begründet, dass es der Muttergesellschaft überlassen bleibt, mit welchen Mitteln sie für die finanzielle Ausstattung der Tochter Sorge trägt und dass sie diese Patronatsverpflichtung im Gegensatz zu einer Bürgschaft für ihre Tochter nicht unter der Jahresbilanz vermerken muß (§ 251 HGB).

III. Schriftform (§ 766 BGB)

Die Bürgschaft ist die Charakterkrankheit dreier Menschengruppen:
der anständigen, hilfsbereiten Leute,
der Optimisten und Leichtgläubigen
und endlich der Frauen.
Philipp Heck, Grundriß des Schuldrechts[5]

Den Bürgen soll man würgen
Altes schweizer Sprichwort

Wer bürgt zahlt
Altes deutsches Sprichwort

Nur für die Akten bestimmt ?

Bürgschaften werden oftmals leichtfertig in der trügerischen Hoffnung eingegangen, dass der Hauptschuldner seinen Verpflichtungen selbstverständlich nachkommen werde, sodaß die Übernahme der Bürgschaft lediglich eine „**Formsache**" sei – eine Bankangestellte erklärt der Tochter des Hauptschuldners, die Bürgschaft für ihren Vater sei: „.. **nur für die Akten bestimmt**." [6]
Zahlreiche Gerichtsurteile sprechen eine andere Sprache.

Zum Schutz des Bürgen vor einer übereilten Eingehung einer Bürgschaftsverpflichtung ist zur Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrages die **schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung** erforderlich.

1. Schutzzweck und Feststellungsfunktion der Schriftform

a. Schutzzweck
Der Schutzzweck der Schriftform beinhaltet drei Elemente:

- Die Schriftlichkeit ist meist lästig, sie übt eine hemmende Funktion aus und bietet schon insofern Schutz vor leichtsinniger Übereilung.
- Durch das Erfordernis der Schriftlichkeit wird die Ernstlichkeit der Verpflichtung vom Gesetz betont, sie ruft bei den Parteien eine geschäftsmäßige Stimmung hervor, weckt das juristische Bewußtsein und fördert die Überlegung. Daher schützt sie vor unverbindlicher Redensart und gewährleistet in gewisser Weise die Ernstlichkeit der gefaßten Entschließung.
  Sie dient dem V e r t r a g s e i n g e h u n g s - oder A b s c h l u ß s c h u t z.
- Der f o r m u l i e r t e I n h a l t warnt vor Gegenstand und Umfang der Verpflichtung und gibt dem Bürgen eine eindringliche Vorstellung über die Tragweite seiner Haftung im Gegensatz zu einer lediglich mündlichen Schilderung.
  Sie bietet ihm Warnung vor dem Inhalt: I n h a l t s s c h u t z.

[4] BGHZ 117, 127
[5] Philipp Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929, unveränderter Nachdruck 1958, § 126 Nr.5, S.381
[6] BGH NJW 1994, 1341

b. Beurkundende Feststellung
Die beurkundende Feststellung enhält zwei Elemente:
- Die Urkunde fördert die Beweislichkeit des Bürgschaftsvertrages seinem Bestande nach, den sie feststellt und stellt damit die Vollendung außer Zweifel.
  Sie dient der A b s c h l u ß - oder E i n g e h u n g s k l a r h e i t .
- Sie stellt den Inhalt des Vertrages seinem Gegenstand und Umfang nach beurkundend fest. Sie gewährleistet eine feststellende und beweissichernde I n h a l t s k l a r h e i t .

2. Inhalt der Schriftform (§ 126 BGB)
Zur Wahrung der Schriftform ist es erforderlich, daß die gesetzlichen Vorschriften über die Schriftform eingehalten werden. Das gesamte formbedürftige Geschäft muß in der Urkunde enthalten sein, einschließlich aller Nebenabreden.

a. Die Verpflichtungen von Bürge und Gläubiger
Der Bürge muß die **Bürgschaftsurkunde** eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnen.
Eine Erteilung der Bürgschaft in elektronischer Form ist ausgeschlossen (§§ 766 S.2, 126 a BGB).
Die Bürgschaft ist zwar ein Vertrag, jedoch ist lediglich die „Erteilung" der Bürgschaftserklärung durch den Bürgen schriftformpflichtig. Die **Annahme** der Bürgschaftserklärung durch den **Gläubiger** ist **nicht schriftformpflichtig.**

b. Der schriftliche Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung
Zur Wahrung der Schriftform ist es erforderlich, daß in der Bürgschaftsurkunde alle wesentlichen Teile der Bürgschaftserklärung zumindest in hinlänglich klaren Umrissen enthalten sind.
Dazu gehören
- die Bezeichnung der Person des **Gläubigers**
- des **Bürgen,**
- des **Hauptschuldners**
- die **zu sichernde Hauptschuld** und
- der **Wille** des Bürgen, **für diese Schuld einstehen zu wollen.**

Blankobürgschaften, bei denen der Bürge einen anderen **mündlich** ermächtigt, Teile der Bürgschaftsurkunde selbst auszufüllen (z.B. die Person des Gläubigers einzusetzen oder die Höhe der Schuld festzulegen), erfüllen die Voraussetzungen der Schriftform nicht und sind **unwirksam.**[7]

3. Entbehrlichkeit der Schriftform
Einen Schutz vor den Gefahren einer Bürgschaft bedarf es nicht mehr, wenn der Bürge die Hauptschuld erfüllt hat. Daher wird der Formmangel durch Erfüllung geheilt (§ 766 S.2 BGB).
Ein Schutz des Bürgen ist überhaupt nicht erforderlich, wenn die Bürgschaft auf Seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist (§§ 350, 343 HGB). Bürgschaften von Kaufleuten, die zum Betriebe ihres Handelsgewerbes gehören (§§ 343, 344 HGB), sind daher auch formfrei gültig.

4. Die „Erteilung" der Bürgschaftserklärung
Die schriftliche Bürgschaftserklärung muß „erteilt" werden. Darunter versteht man die Entäußerung der **Originalurkunde**, die dem Gläubiger zur Verfügung gestellt werden muß.
Eine Erteilung der Bürgschaft in elektronischer Form ist ausgeschlossen (§§ 766 S.2, 126 a BGB).
Daher ist die Mitteilung des Bürgschaftsinhalts per **Telefax keine** schriftliche „**Erteilung"** der Bürgschaftserklärung im Sinne des § 766 BGB.[8]

5. Die Annahmeerklärung des Gläubigers
Die Annahme einer Bürgschaftserklärung durch den **Gläubiger** ist nicht schriftformpflichtig.

---
[7] BGHZ 132, 119
[8] BGHZ 121, 224

IV. Rechtsnatur der Bürgschaft

1. Selbständige Verpflichtung

Der Bürge übernimmt mit Abschluß des Bürgschaftsvertrages eine eigene Verpflichtung.
Zur Abgrenzung der Schuld des Bürgen von der gesicherten Schuld des Dritten bezeichnet man den Dritten auch vielfach als Hauptschuldner.
Für den Abschluß und Inhalt des Bürgschaftsvertrages gelten die allgemeinen Grundsätze.
Die Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe finden uneingeschränkt Anwendung, soweit nicht der Sicherungszweck vereitelt wird.

a. Anfechtbarkeit

Grundsätzlich kann eine Bürgschaftserklärung nach den Regeln der §§ 119 ff. BGB angefochten werden.

Beispiel:[9]
Anfechten kann der Bürge seine Erklärung wegen eines Irrtums über den Bürgschaftscharakter.

Jedoch kann ein Bürgschaftserklärung nicht wegen eines Irrtums über die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners anfochten werden, denn gerade für den Fall der Zahlungsunfähigkeit ist die Bürgschaft übernommen worden.

Beispiel:[10]
Der Irrtum über das Ausmaß der Verschuldung des Hauptschuldners ist kein Anfechtungsgrund.

Eine Bürgschaft kann wegen widerrechtlicher Drohung angefochten werden (§ 123 BGB).

Beispiel:[11]
Ein Kreditinstitut veranlaßt die Ehefrau eines betrügerischen Schuldners zur Übernahme einer Bürgschaft für die Schulden ihres Ehemannes mit der Drohung, andernfalls werde Strafanzeige gegen ihren Ehemann erstattet.

b. Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)

Bürgschaften werden vielfach von Ehegatten, Kindern und anderen nahen Verwandten übernommen, sei es aus altruistischen Gründen, sei es auf „familiären Druck“, wobei die verbürgte Summe die Leistungsfähigkeit dieser Bürgen häufig krass übersteigt.
In Fällen dieser Art hat sich sogar das **Bundesverfassungsgericht** zur Auslegung und Anwendung des § 138 Abs.1 und des § 242 BGB eingeschaltet.[12]

Die Schöpfer des BGB gingen zwar, auch wenn sie verschiedene Schutznormen für den im Rechtsverkehr Schwächeren geschaffen haben, von einem Modell formal gleicher Teilnehmer am Privarechtsverkehr aus, aber schon das Reichsgericht hat diese Betrachtung aufgegeben und in eine "materiale" Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt.
Heute besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taugt und daß der ***Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des geltenden Zivilrechts*** *gehört.*

Besteht ein krasses Mißverhältnis zwischen der eingegangenen Verpflichtung und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bürgen ist grundsätzlich eine Sittenwidrigkeit vorhanden (§ 138 BGB).
Das Bundesverfassungsgericht hat (umstrittene) Kriterien für die Inhaltskontrolle von Verträgen nach § 138 BGB entwickelt:

- Konsumentenkredit oder Geschäftskredit
- Geringes Lebensalter
- Unqualifizierte Berufsausbildung
- Eigenes wirtschaftliches Verhalten des Bürgen
- Beratungsverhalten der Bank.

Im Anschluß an die Rechtsprechung des BVerfG entwickelte sich eine umfangreiche Kasuistik zur Handhabung der **gestörten Vertragsparität** bei Bürgschaften **einkommens- und vermögensloser**

---

[9] BGH NJW 1995, 190
[10] BGH NJW 2002, 956; RGZ 158, 170
[11] BGHZ 25, 217
[12] BVerfGE 89, 214. Zu dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts existiert eine umfangreiche Literatur.

Familienangehörigen und Lebenspartner – wobei zwischen den zuständigen Senaten des Bundesgerichtshofs selbst keine vollständige Übereinstimmung über die Gewichtung und Bedeutung derjenigen Umstände besteht, die eine Sittenwidrigkeit der Bürgschaft herbeiführen können.

Beispiele:
Eine Bürgschaft kann sittenwidrig sein, weil ein besonders grobes Mißverhältnis zwischen dem Verpflichtungsumfang und der Leistungsfähigkeit de Bürgen besteht und dieser aus geschäftlicher Unerfahrenheit und ohne eigenes wirtschaftliches Interesse gehandelt hat.[13]
Eine Bürgschaft ist nichtig, wenn das Kreditinstitut bewußt oder grob fahrlässig außer acht gelassen hat, daß Eltern ihre geschäftlich unerfahrenen Kinder hauptsächlich aus eigenem Interesse zu einer Bürgschaft veranlassen, die deren voraussichtliche finanzielle Leistungsfähigkeit bei weitem übersteigt.[14]
Von einem krassen Mißverhältnis ist dann auszugehen, wenn die pfändbaren Einkünfte eines bürgenden Ehegatten oder Lebenspartners voraussichtlich nicht ausreichen, in fünf Jahren ein Viertel der Hauptsumme abzudecken.[15]
Eine krasse finanzielle Überforderung des Bürgen liegt dann vor, wenn dieser mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit kein nennenswerten Tilgungsleistungen erbringen und nicht einmal die geschuldeten Zinsen bezahlen kann.[16]
Eine Sittenwidrigkeit liegt vor, wenn die Bankangestellte einer Tochter des Hauptschuldners gegenüber die Tragweite einer Bürgschaft verharmlost („...nur für die Akten bestimmt“).[17]

Keine Geschäfts**unerfahrenheit** liegt bei einem **Jura-Studenten** und Geschäftsführer vor.[18]
Ein **Eigeninteresse** eines bürgenden **Studenten** für seinen Vater kann bei einer Option zum Eintritt in den elterlichen Betrieb vorliegen.[19]
Eine Sittenwidrigkeit ist ausgeschlossen, wenn sich ein Kreditinstitut mit der Bürgschaft des vermögenslosen Ehepartners oder Lebensgefährten und **dem ausdrücklich begrenzten Haftungszweck** nur vor Vermögensverlagerungen schützen oder auf vom Bürgen später erworbenes Vermögen (z.B. Erbschaft) zugreifen will.[20] Allerdings kann dann der Gläubiger ganz oder teilweise nach § 242 BGB gehindert sein, den Bürgschaftsanspruch geltend zu machen, sobald feststeht, daß sich die Gefahr nicht realisiert, vor der der Gläubiger sich schützen wollte.[21]

2. Akzessorietät (§§ 767, 768 BGB)

a. Grundsatz

Die Bürgschaft soll eine fremde Schuld sichern. Sie ist daher ihrerseits in ihrem Bestand von dem Bestehen und dem Umfang dieser fremden Verbindlichkeit dauernd abhängig (**akzessorisch**).

§ 767 BGB Umfang der Bürgschaftsschuld
1. Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Dies gilt insbesondere auch, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners geändert wird. Durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert.
2. Der Bürge haftet für die dem Gläubiger von dem Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung.

§ 768 BGB - Einreden des Bürgen
1. Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Stirbt der Hauptschuldner, so kann sich der Bürge nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet.
2. Der Bürge verliert die Einrede nicht dadurch, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet.

Die Akzessorietät ist ein **wesentlicher Grundsatz des Bürgschaftsrechts**.
Wegen der Akzessorietät der Bürgschaft kann der Bürge auch alle **Einwendungen** gegenüber dem Gläubiger geltend machen, die dem Hauptschuldner gegenüber dem Gläubiger zustehen.

- Ist das gesicherte Darlehen nicht ausbezahlt worden, ist auch der Bürge zu nichts verpflichtet.
- Ist die Hauptschuld unwirksam (§§ 134, 138 BGB), so ist auch die Bürgschaft unwirksam.
- Wird die Hauptschuld infolge einer Anfechtung nichtig (§ 142 BGB), so gilt das auch für die Verpflichtung des Bürgen.
- Erlischt die Hauptschuld ganz oder teilweise durch Erfüllung, so erlischt auch die Bürgschaft ganz oder teilweise.

Der Bürge kann auch alle **Einreden** gegenüber dem Gläubiger geltend machen, die dem Hauptschuldner gegenüber dem Gläubiger zustehen.

[13] BGHZ 132, 328
[14] BGHZ 125, 206
[15] BGHZ 140, 392; BGHZ 136, 347
[16] BGHZ 135, 66
[17] BGH NJW 1994, 1341
[18] BGH NJW 1997, 940
[19] BGH NJW-RR 1997, 1199
[20] BGH NJW 1999, 58
[21] BGHZ 136, 347; BGHZ 134, 325; BGHZ 132, 328

So kann der Bürge beispielsweise eine Einrede des Hauptschuldners
- wegen eines nicht erfüllten Vertrags (§§ 320 ff. BGB),
- wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§ 821 BGB),
- wegen Stundung oder
- wegen Verjährung geltend machen.

Auch kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern,
- solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Recht anzufechten oder
- solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann (§ 770 BGB).

Aus der Akzessorietät der Bürgschaft folgt, daß die Forderung des Gläubigers gegen den Bürgen nicht selbständig abtretbar oder pfändbar ist. Mit der Abtretung der Hauptforderung geht auch die Forderung aus der Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über (§ 401 BGB). Soll sie nicht mit übergehen, erlischt sie.[22]
Die Haftung des Bürgen geht auch nicht über den Umfang der Hauptverbindlichkeit hinaus, sie kann jedoch eingeschränkt werden.
Bei Kreditbürgschaften spielen derartige sog. Höchstbetragsbürgschaften eine wichtige Rolle.

*b. Akzessorietät und die Bürgschaft „**auf erstes Anfordern**“*
Die Akzessorietät kann durch Vertrag eingeschränkt werden. Dies geschieht bei der in der Praxis häufigen Bürgschaft, in der sich der Bürge verpflichtet, „auf erstes Anfordern“ zu zahlen.
Dann muß der Bürge auf eine schriftliche Anforderung des Gläubigers unverzüglich Zahlung leisten, ohne Einwendungen oder Einreden aus dem Hauptschuldverhältnis erheben zu dürfen.[23]
Der Bürge ist jedoch nicht schutzlos gestellt. Nach erfolgter Zahlung an den Gläubiger kann der Bürge auf Einwendungen und Einreden aus dem Hauptschuldverhältnis zurückgreifen und einen eventuell zuviel gezahlten Betrag von dem Gläubiger nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangen (§ 812 Abs.1 S.1 Fall 1 BGB).[24]
Die **Akzessorietät** ist also **nicht endgültig**, sondern **nur vorübergehend** zurückgestellt worden.
Ein genereller Ausschluß der Einreden nach § 768 BGB kann formularmäßig nicht vereinbart werden. Wegen der besonderen Bedeutung der Akzessorietät für die Bürgschaft kann eine Bürgschaft mit der Verpflichtung auf erstes Anfordern zu zahlen formularmäßig grundsätzlich nur von solchen Bürgen übernommen werden, zu deren Geschäftsbereich solche Erklärungen typischerweise gehören.[25]

c. Grenzen der Akzessorietät
Der Bürge kann sich nicht darauf berufen, daß der Erbe des gestorbenen Hauptschuldners für die Verbindlichkeiten nur beschränkt haftet (§ 768 Abs. 1 S. 2 BGB).
Wird über das Vermögen des Hauptschuldners das Insolvenzverfahren eröffnet, bleibt der Bürge verpflichtet (§ 44 InsO).
Selbst dann, wenn der Gläubiger im Rahmen eines Insolvenzplans ganz oder teilweise auf seine Forderung gegen den Hauptschuldner verzichtet, bleibt eine Bürgschaft wirksam (§ 254 Abs. 2 S. 1 InsO).
Diese Ausnahmeregelungen haben ihren Sinn in dem Sicherungszweck der Bürgschaft, die gerade für den Fall eingegangen wird, daß der Hauptschuldner zahlungsunfähig wird.
Eine weitere Einschränkung der Akzessorietät ergibt sich schließlich aus § 356 HGB. Wird eine Bürgschaft für eine Forderung übernommen, die in eine laufende Rechung (Kontokorrent) aufgenommen ist, so wird der Bürge nicht durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses (Saldo) seitens des Gläubigers frei. Durch die Saldierung geht zwar die gesicherte Forderung unter. Der Bürge haftet aber jetzt für die Forderung des Gläubigers aus dem Saldo bis zur Höhe der ursprünglich gesicherten Forderung.

[22] BGH WM 1991, 1869 f.
[23] BGHZ 143, 381
[24] BGHZ 74, 244
[25] BGH NJW 2001, 1857

3. Künftige Verbindlichkeiten (§ 765 Abs. 2 BGB)
Eine Bürgschaft kann auch für künftige oder bedingte Verbindlichkeiten übernommen werden .
Darin liegt **keine** Ausnahme vom Grundsatz der Akzessorietät.
Solange die Hauptverbindlichkeit nicht entstanden ist, besteht auch keine Verpflichtung des Bürgen. Die Zulässigkeit einer Bürgschaftsübernahme für künftige Verbindlichkeiten bedeutet nicht, daß eine Bürgschaft für alle nur irgendwie denkbaren künftigen Verbindlichkeiten übernommen werden könnte. Voraussetzung für die Wirksamkeit ist, daß die zu sichernden künftigen Verbindlichkeiten **genügend bestimmt oder bestimmbar** sind.
Eine **formularmäßige** Übernahme der Bürgschaft für alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung des Gläubigers mit dem Hauptschuldner verstößt in der Regel gegen § 307 BGB - und zwar auch dann, wenn es sich um eine Höchstbetragsbürgschaft handelt[26] oder der Bürge Kaufmann ist.[27] Sie benachteiligt den Bürgen unangemessen, weil von „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung" abgewichen wird (§§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 767 BGB). In derartigen Fällen wird die Haftung des Bürgen auf diejenigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners reduziert, für die er konkret haften wollte (§§ 307, 306 BGB).[28]

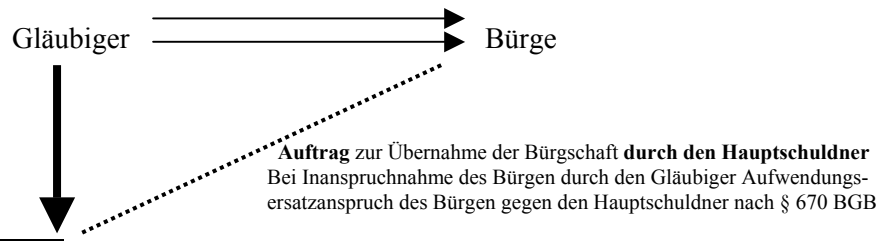
4. Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB)
Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers solange verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat (sog. Einrede der Vorausklage, § 771 BGB).
Die Haftung des Bürgen ist für den Fall vorgesehen, daß der Gläubiger vom Hauptschuldner keine Befriedigung erlangen kann. Der Hauptschuldner soll durch die Bürgschaft nicht entlastet werden, der Bürge haftet subsidiär.

Diese Einrede der Vorausklage des Bürgen ist ausgeschlossen, wenn
- der Bürge auf die Einrede verzichtet, insbesondere wenn er sich – in den banküblichen Formularen der Regelfall – als Selbstschuldner verbürgt hat (sog. **selbstschuldnerische Bürgschaft**);
- die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;
- über das Vermögen des Hauptschuldners das Insolvenzverfahren eröffnet ist;
- anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird (§ 773 BGB).

Weiterhin ist die Einrede ausgeschlossen, wenn
- der Bürge sich als Kaufmann im Rahmen seines Handelsgewerbes verbürgt (§§ 349, 343 HGB).

V. Forderungsübergang (§ 774 BGB)

Wenn der Bürge vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, so hat er seinerseits gegen den Hauptschuldner einen Regreßanspruch aus dem in der Regel zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnis (z.B. Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag, § 670 BGB).

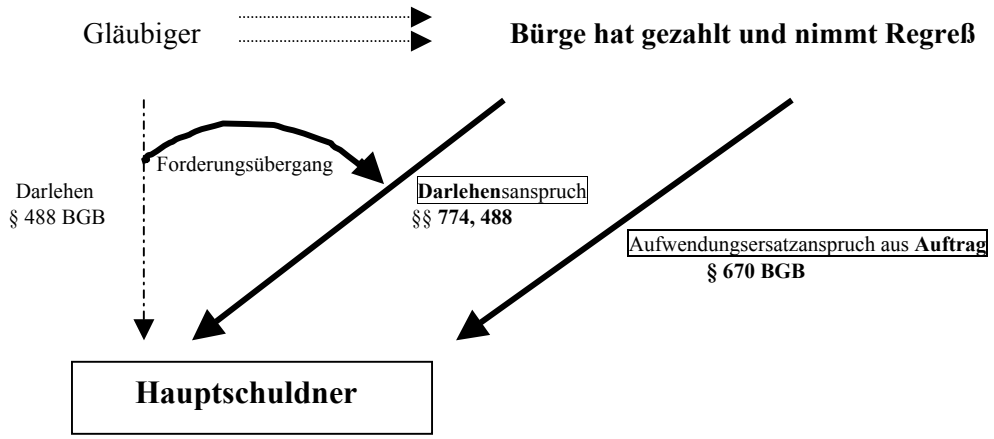


[26] BGHZ 143, 95
[27] BGH NJW 1998, 3708 dazu *Edelmann* BB 1999, 123
[28] BGHZ 144, 52

Hauptschuldner

Unabhängig davon gibt das Gesetz dem Bürgen einen Rückgriffsanspruch, indem es den **Übergang der Forderung** des **Gläubigers gegen den Hauptschuldner** auf den Bürgen anordnet (§ 774 BGB).

Ansprüche des Bürgen der gezahlt hat gegen den Hauptschuldner



Der zahlende Bürge hat also

- einmal den auf ihn übergegangenen Anspruch des Gläubigers (z.B. Darlehensanspruch) gegen den Hauptschuldner (§ 774 BGB) und
- darüber hinaus einen weiteren Anspruch aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Haupt schuldner (§ 670 BGB).

Beide Ansprüche bestehen nebeneinander.
Der Sinn des gesetzlichen Forderungsübergangs liegt unter anderem darin, daß auch Hypotheken, Pfandrechte sowie sonstige Bürgschaften, die für die Hauptschuld bestellt waren, auf den **zahlenden** Bürgen mit übergehen (§§ 401,412 BGB).

Beispiel:
Als Sicherheit zugunsten des Gläubigers bestand neben der Bürgschaft eine Hypothek an dem Grundstück eines Dritten.
Zahlt der Bürge, gehen mit der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auch die Rechte aus der Hypothek auf ihn über. Der Bürge kann also den Grundstückseigentümer aus der Hypothek in Anspruch nehmen.

Mitbürgen haften allerdings nur nach § 426 BGB, also im Verhältnis zueinander zu gleichen Teilen (§ 774 Abs. 2 BGB).

Beispiel:
Hat ein Mitbürge die Hauptverbindlichkeit in voller Höhe getilgt, so kann er den Hauptschuldner nach § 774 in voller Höhe, einen evtl. Mitbürgen nach §§ 774, 401, 412 BGB jedoch nur zur halben Höhe in Regreß nehmen.

VI. Besondere Bürgschaftsarten

Auch für das Bürgschaftsrecht herrscht der Grundsatz der Vertragsfreiheit, sodaß zahlreiche dem Bedürfnis des Wirtschaftsverkehrs entspringende Sonderformen der Bürgschaft vereinbart werden können.

1. Selbstschuldnerische Bürgschaft (§ 773 Abs.1 Nr.1 BGB)

Bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft verzichtet der Bürge auf die Einrede der Vorausklage.

2. Bürgschaft auf Zeit (§ 777 BGB)
Eine zeitliche Begrenzung der Bürgschaft kann verschiedene Wirkungen haben, der durch Auslegung zu ermitteln ist.[29]
Einmal kann die zeitliche Begrenzung die Wirkung haben, daß sich der Bürge für eine **bestehende Verbindlichkeit für eine bestimmte Zeit** verbürgt. Das ist die Situation des § 777 BGB.
Nach Ablauf der Zeit wird der Bürge frei, wenn nicht der Gläubiger die Einziehung der Forderung unverzüglich gem. § 772 BGB betreibt.
Zum anderen kann die zeitliche Begrenzung die Wirkung haben, dass der Bürge nur für die **innerhalb einer bestimmten Zeit begründeten** Verbindlichkeiten einstehen soll – für diese jedoch zeitlich unbegrenzt. Das ist **nicht** die Situation des § 777 BGB. § 777 BGB ist nicht anwendbar.

3. Mitbürgschaft (§ 769 BGB) **und Teilbürgschaft**
Bei einer *Mitbürgschaft* verbürgen sich mehrere für dieselbe Schuld. Die Mitbürgen haften als Gesamtschuldner (§ 769 BGB). Jeder Mitbürge hat für die ganze Forderung einzustehen. Der Gläubiger kann nach seinem Belieben jeden Mitbürgen ganz oder teilweise in Anspruch nehmen (§ 421 BGB).
Im Innenverhältnis untereinander haften die Mitbürger zu gleichen Teilen (§ 426 BGB).
Bei *Teilbürgschaften* haften die Bürgen nur für einen Teil, und zwar jeweils für einen anderen Teil der Hauptschuld.

4. Ausfall- oder Schadlosbürgschaft
Bei einer Ausfall- oder sog. Schadlosbürgschaft steht der Bürge dem Gläubiger nur für den Ausfall ein, den der Gläubiger definitiv erleidet. Zwar haftet auch der einfache Bürge subsidiär. Er muß jedoch bei einer Inanspruchnahme erst die Einrede der Vorausklage erheben, während der Ausfallbürge überhaupt erst haftet, wenn der Gläubiger den Forderungsausfall behauptet und bewiesen hat. Im einzelnen müssen die Voraussetzungen für den Eintritt des Ausfalls im Bürgschaftsvertrag geregelt sein.

5. Nachbürgschaft (Afterbürgschaft)
Der Nachbürge verpflichtet sich gegenüber dem Gläubiger für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Vor- oder Hauptbürgen.
Der Nachbürge verbürgt sich also für den ersten Bürgen.

6. Rückbürgschaft
Die Rückbürgschaft ist eine "Rückversicherung" für den Bürgen. Muß der Bürge zahlen, dann kann er sich seinerseits bei dem Rückbürgen befriedigen. Die Rückbürgschaft ist also ein Vertrag zwischen dem Rückbürgen und dem Bürgen (und nicht zwischen dem Rückbürgen und dem Gläubiger).

[29] BGH NJW 1988, 908

VII. Das Erlöschen der Bürgschaft

Die möglichen Erlöschensgründe für die Bürgschaft sind mannigfaltig:

- Die Bürgschaft erlischt mit Erlöschen der Hauptverbindlichkeit (z.B. Erfüllung durch den Hauptschuldner);
- Erfüllung durch den Bürgen;
- Ablauf einer bestimmten Zeit, wenn sich der Bürge für eine bestehende Verbindlichkeit nur auf eine bestimmte Zeit verbürgt hat und wenn der Gläubiger den Bürgen nicht unverzüglich nach Ablauf der Zeit in Anspruch nimmt (§ 777 BGB);

  Bei Bürgschaften für künftige Verbindlichkeiten, insbesondere bei Kreditbürgschaften, wird die Befristung meistens nur den Sinn haben, daß der Bürge für alle bis zum Fristablauf entstandenen Forderungen einzustehen hat.
  Das ist **kein Fall des § 777 BGB**.
  Andererseits kann in einer Bürgschaft natürlich vereinbart werden, daß die Bürgschaft mit Fristablauf automatisch erlöschen soll.

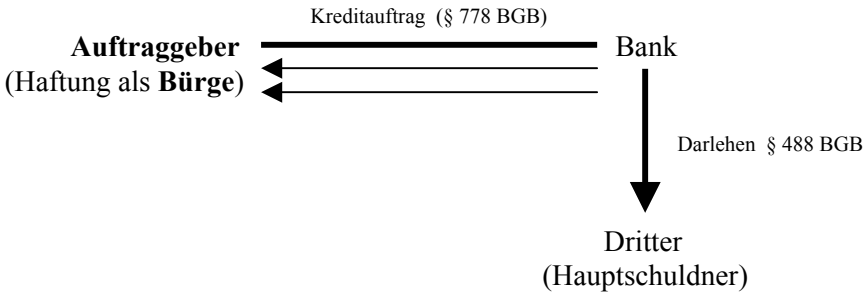
- Aufgabe von Sicherheiten durch den Gläubiger insoweit, als der Bürge aus den aufgegebenen Sicherheiten hätte Ersatz erlangen können (§ 776 BGB);
- Widerruf der Bürgschaft, wenn der Gläubiger dem Hauptschuldner den verbürgten Kredit noch nicht gewährt hat und in den Vermögensverhältnissen des Hauptschuldners eine wesentliche Verschlechterung eingetreten ist, die den Rückgriffsanspruch des Bürgen gefährdet (so h.M. entsprechend § 610 (alt) jetzt § 490 BGB);
- Kündigung des Bürgen, wenn ein Kündigungsrecht vertraglich vereinbart wurde;
- Kündigung einer unbefristeten Bürgschaft nach Ablauf einer "gewissen" Zeit oder bei Eintreten "besonderer Umstände" in einer angemessenen Frist. Dabei bleibt es der Auslegung im Einzelfall vorbehalten, welcher Zeitablauf erforderlich ist und welche Kündigungsfrist als angemessen angesehen werden kann.[30]

Eine Bürgschaft erlischt weder durch den Tod des Bürgen noch durch den des Hauptschuldners.

[30] Banküblíche Formulare enthalten ausdrückliche Regelungen über Kündigungsmöglichkeiten.

§ 3 Kreditauftrag (§ 778 BGB)

Bei einem Kreditauftrag beauftragt jemand einen anderen, einem Dritten ein Darlehen oder eine Finanzierungshilfe im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu gewähren.
Der Auftraggeber haftet dann dem Beauftragten als Bürge des Dritten (§ 778 BGB).



Der Kreditauftrag ist im Unterschied zur Bürgschaft **formlos gültig.**
Das hat seinen Grund darin, daß der Kreditauftrag zunächst nur ein Antrag zum Abschluß eines Geschäftsbesorgungsvertrages und daher bis zur Annahme frei widerruflich ist. Darüber hinaus ist der Kreditauftrag jedoch auch bis zur Ausführung des Auftrags, also bis zur Kreditgewährung, frei widerruflich (§ 671 Abs.1 BGB).
Anders als beim Bürgen geht zudem von dem Auftraggeber die Initiative aus.
Das Schutzbedürfnis des Kreditauftraggebers ist wesentlich geringer.

§ 4 Garantie

Ein gesetzlich nicht geregelter, aber im Wirtschaftsleben besonders wichtiger Vertragstyp ist der Garantievertrag oder kurz: die Garantie.
Im täglichen Leben wird die **"Garantie"** für rechtlich sehr unterschiedliche Erklärungen verwandt. Die große Variationsbreite der Garantie ist ein Grund dafür, dass der Gesetzgeber eine einheitliche Regelung des Vertragstyps nicht vorgenommen hat.
Man unterscheidet **selbständige** und **unselbständige** Garantieversprechen.

1. Unselbständige Garantie

Häufig wird das Wort „Garantie" im Bereich des Kauf- und Werkvertragsrecht verwandt, wobei bisher in der Praxis vielfach nur schwierig festzustellen war, ob die Garantie lediglich eine Gewährleistung für bestimmte Eigenschaften als **unselbständiger Teil eines Kaufvertrages** beinhaltete, oder ob wirklich ein selbständiger Garantievertrag abgeschlossen werden sollte.
In den meisten Fällen handelt es sich nur um die Festlegung zumindest punktuell über die gesetzlichen Mängelrechte des Käufers hinaus einstehen zu wollen.[31] Hier ist die Garantie Teil eines Kaufvertrages. Sie ist unselbständig.
Im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hat der Gesetzgeber im Kaufrecht jetzt **erstmalig** diese **unselbständige Garantie** in Gestalt der Beschaffenheitsgarantie und der Haltbarkeitsgarantie **ausdrücklich** geregelt.

§ 443 BGB **Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantie**

1. Übernimmt der Verkäufer oder ein Dritter eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache oder dafür, dass die Sache für eine bestimmte Dauer eine bestimmte Beschaffenheit behält (Haltbarkeitsgarantie), so stehen dem Käufer im Garantiefall unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche die Rechte aus der Garantie zu den in der Garantieerklärung und der einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen gegenüber demjenigen zu, der die Garantie eingeräumt hat.
2. Soweit eine Haltbarkeitsgarantie übernommen worden ist, wird vermutet, dass ein während ihrer Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Rechte aus der Garantie begründet.

Der garantierte Erfolg kann darin bestehen, daß eine Ware eine bestimmte Beschaffenheit hat oder eine bestimmte Beschaffenheit behält.
Unabhängig von der gesetzlichen Regelung des § 443 BGB können im Rahmen von- Kauf- und Werkverträgen auch **selbständige Garantieverpflichtungen** übernommen werden. Davon wird in der Regel jedoch nur ausgegangen, wenn für einen über den typischen Vertragsinhalt hinausgehenden, selbständigen Erfolg eingetreten werden soll.
Bei einer Garantie kann es sich um eine schuldunabhängige Einstandspflicht handeln, muß es jedoch nicht (§ 276 BGB).

2. Die selbständige Garantie als Kreditsicherheit

Der **Garantievertrag** ist

ein **selbständiger Vertrag,** durch den jemand einem anderen verspricht, für einen bestimmten, in der **Zukunft liegenden Erfolg** einzustehen.[32]

Der garantierte Erfolg kann darin bestehen, daß ein Gläubiger eine ihm geschuldete Leistung auf jeden Fall erhält. In dieser Variation hat der Garantievertrag eine **typische Sicherungsfunktion**.
Die Unterschiede zur Bürgschaft sind ersichtlich.
Der Garantierende steht nicht für eine fremde Verbindlichkeit ein, sondern er verspricht **das Eintreten eines bestimmten Erfolges** völlig unabhängig von einer derartigen Verbindlichkeit**.**
Der Garantievertrag ist eine **nicht akzessorische** Verpflichtung.

[31] BT-Drucksache 14/6040, S.273
[32] BGH NJW 96, 2569

Ein weiterer Unterschied zur Bürgschaft besteht darin, daß die Garantie nicht schriftformpflichtig ist. In der Praxis bereitet die Unterscheidung deshalb insbesondere bei mündlich übernommenen Verpflichtungen, wenn der Schuldner nicht Kaufmann ist, häufig größere Schwierigkeiten. Handelt es sich um eine mündlich gültige Garantie oder um eine schriftformpflichtige Bürgschaft ? Die Terminologie der Parteien ist nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Denn vielfach werden im Geschäftsverkehr Bürgschaften mit "Garantie" bezeichnet und umgekehrt.

Ein Indiz für den Garantiewillen ist die Verpflichtung zur Haftung *unabhängig* vom Bestand der Hauptschuld oder über deren Bestand hinaus. Bleiben Zweifel, ist zum Schutz des Schuldners von dem gesetzlich geregelten Rechtsinstitut der Bürgschaft auszugehen.

Im Wirtschaftsleben kommt die Garantie vor allem als Garantieversprechen von im Auftrag ihrer Kunden in vielerlei Formen vor. Bankgarantien sichern die Begünstigten gegen Leistungsstörungen jeglicher Art.

3. Die Garantie mit der Verpflichtung „auf erstes Anfordern**“ zu zahlen.**

Das Garantiegeschäft der Kreditinstitute spielt besonders im Auslandsgeschäft eine große Rolle und ersetzt vielfach das A k k r e d i t i v.

Kreditinstitute und auch Versicherungen übernehmen Garantien häufig mit der Verpflichtung, **"auf erstes Anfordern"** Zahlung zu leisten.

Es handelt sich um ein abstraktes Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB. Dem Garanten sind nicht nur mögliche Einwendungen des Hauptschuldners abgeschnitten, sondern auch eigene Einwendungen aus dem Verhältnis zum Gläubiger, soweit sie nicht in der Garantie selbst ihre Ursache haben.

§ 5 Schuldmitübernahme

Eine weitere Möglichkeit der Kreditsicherung bietet die Schuld**mit**übernahme (= Schuldbeitritt = kumulative Schuldübernahme), die im Gesetz nicht geregelt ist.
Sie ist von der Schuldübernahme der §§ 414 ff. BGB zu unterscheiden. Bei der (befreienden) Schuldübernahme scheidet der alte Schuldner aus dem Schuldverhältnis aus und an seine Stelle tritt ein **neuer Schuldner.**
Bei der kumulativen Schuldübernahme (Schuldmitübernahme) tritt ein **weiterer Schuldner zusätzlich hinzu.**
Im Unterschied zu einer Bürgschaft übernimmt der Beitretende keine akzessorische, sondern eine selbständige Schuld.
Die kumulative Schuldübernahme ist nicht schriftformpflichtig. So stellt sich bei mündlichen Erklärungen die Notwendigkeit einer Abgrenzung von der Bürgschaft.
Eine (mündlich wirksame) kumulative Schuldübernahme kann nur angenommen werden, wenn der Beitretende ein eigenes unmittelbares sachliches Interesse an der Leistungserbringung hat oder die Vorteile aus dem gesicherten Geschäft ihm ganz oder teilweise zugute kommen[33].

Beispiel:
Gesellschafter tritt einer Schuld der GmbH bei.

Die Frage hat sich jedoch entschärft, seit für Verbraucherdarlehensverträge die Schriftformpflicht eingeführt worden ist (§ 492 BGB).

Beispiel:
Ehefrau als Verbraucherin tritt gegenüber einem Kreditinstitut einer Verbraucherdarlehensschuld ihres Ehemanns bei.
Der Schuldbeitritt bedarf der Schriftform des § 492 BGB.

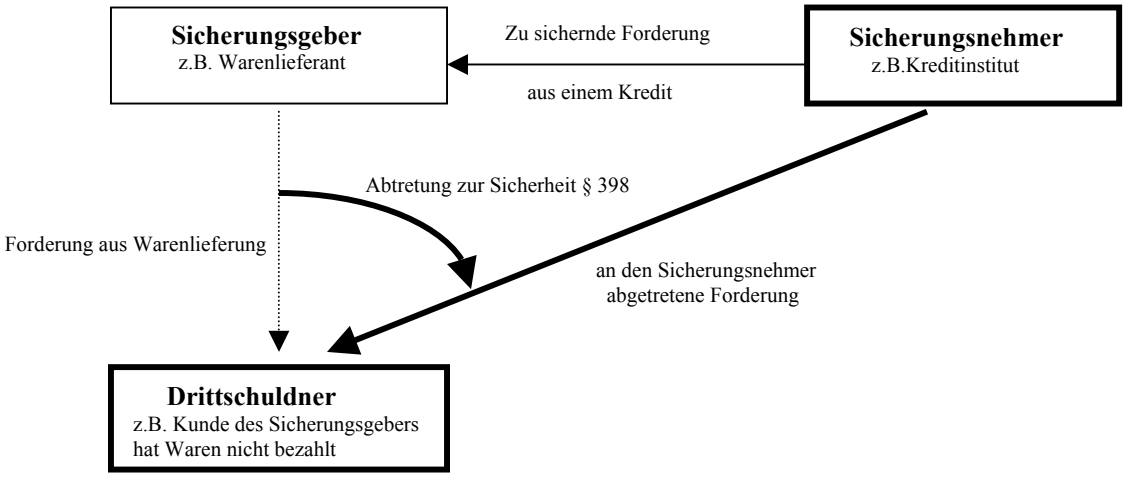
Keine kumulative Schuldübernahme liegt vor, wenn jemand lediglich **gegenüber dem Schuldner** erklärt, die Befriedigung des Gläubigers übernehmen zu wollen. Der **Gläubiger** erwirbt bei einer sog. Erfüllungsübernahme keine unmittelbaren Ansprüche gegen den Erklärenden (§ 329 BGB).

[33] Abgrenzung umstritten, so ältere Rspr. BGH NJW 1981, 47

§ 6 Sicherungszession (Sicherungsabtretung)

I. Begriff

Bei einer Sicherungsabtretung wird dem Sicherungsnehmer eine Forderung zur Sicherheit abgetreten. Es handelt sich um eine Forderungsabtretung nach §§ 398 ff. BGB.
Der Sicherungsnehmer (z.B. ein Kreditinstitut) bekommt die abgetretene Forderung als Vollrecht übertragen und wird nach außen alleiniger Inhaber des übertragenen Rechts.
Im **Außenverhältnis** ist allein er zur Verfügung über die Forderung berechtigt.



Im **Innenverhältnis** zwischen dem Sicherungsgeber und dem Sicherungsnehmer wird durch die sog. *Sicherungsabrede* jedoch vereinbart, daß der Sicherungsnehmer die abgetretene Forderung lediglich **als Sicherheit verwenden** darf. Der Sicherungsnehmer darf die abgetretene Forderung nur dann einziehen, wenn der Schuldner der gesicherten Forderung den Gläubiger nicht befriedigt. Sobald der Schuldner den Gläubiger befriedigt hat, ist der Gläubiger verpflichtet, die zur Sicherheit abgetretene Forderung wieder zurückabzutreten.
Statt einer Verpflichtung zur Rückübertragung der abgetretenen Forderung wird auch häufig vereinbart, daß die abgetretene Forderung mit Tilgung der gesicherten Verbindlichkeit automatisch wieder auf den ehemaligen Gläubiger zurückübertragen wird. Dazu wird die Sicherungsabtretung unter der auflösenden Bedingung der Tilgung der gesicherten Verbindlichkeit übertragen. Für den Sicherungsgeber hat die Übertragung unter der auflösenden Bedingung nicht nur den Vorteil, daß er mit Tilgung der gesicherten Verbindlichkeit die abgetretene Forderung automatisch zurückerwirbt, sondern er ist in der Zwischenzeit auch gegen Verfügungen des neuen Gläubigers geschützt. Verfügungen des neuen Gläubigers sind während der Schwebezeit insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen (§ 161 Abs. 2 in Verb. mit § 161 Abs. 1 BGB). Da es einen gutgläubigen Erwerb von Forderungen nicht gibt, greift auch § 161 Abs. 3 BGB nicht ein.

Für eine Sicherungsübereignung ist die Zustimmung des Drittschuldners nicht erforderlich. Anders als bei der Verpfändung von Forderungen ist nicht einmal eine Anzeige an den Drittschuldner Voraussetzung für die Wirksamkeit der Abtretung. In der Praxis wird die Sicherungsabtretung deshalb in der Regel als eine "stille Zession" vorgenommen. Nur der Sicherungsgeber und der Sicherungsnehmer wissen von der Abtretung. So werden die Geschäftsbeziehungen des Sicherungsgebers zu seinen Kunden nicht gestört.
Die Kunden können auch nach wie vor mit befreiender Wirkung zahlen. Dies ergibt sich daraus, daß der Sicherungsnehmer den Sicherungsgeber im Rahmen der Sicherungsabrede bei einer stillen Zession zum Einzug der (abgetretenen) Forderung ermächtigt (**Einzugsermächtigung**, § 185 BGB). Unabhängig davon werden die Drittschuldner auch durch § 407 BGB geschützt, so fern und so lange sie keine Kenntnis von der Sicherungsabtretung haben.

II. Die abgetretene Forderung

1. Ausschluß der Abtretung

Eine Forderung kann nicht abgetreten werden,

- wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger **nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes** erfolgen kann (§ 399 BGB) oder
- soweit sie der **Pfändung nicht unterworfen** ist (§ 400 BGB) oder
- wenn die Abtretung durch **Vereinbarung** mit dem Schuldner ausgeschlossen ist (§ 399 BGB).

Vielfach schließen Unternehmen, aber auch Behörden die Abtretungsmöglichkeit der gegen sie gerichteten Forderungen aus oder machen sie von ihrer Zustimmung abhängig. Ist die Abtretung einer Geldforderung durch Vereinbarung mit dem Schuldner gem. § 399 BGB ausgeschlossen und ist das Rechtsgeschäft, das diese Forderung begründet hat, **für beide Teile ein Handelsgeschäft**, oder ist der Schuldner eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen, so ist die **Abtretung gleichwohl wirksam** (§ 354 a HGB).

2. Bestimmbarkeit

Die abgetretene Forderung muß bestimmbar sei. Die Forderungsabtretung ist ein Verfügungsgeschäft - ein Recht wird übertragen. Jedes Verfügungsgeschäft (z.B. wie eine Übereignung), setzt voraus, daß der Gegenstand, über den verfügt werden soll **genau bezeichnet** ist. Diese Individualisierung bei einer Forderungsabtretung betrifft die Personen des Gläubigers und des Schuldners, sowie Gegenstand und Umfang der Forderung. Bei der Abtretung von zukünftigen Forderungen ist zumindest eine **Bestimmbarkeit** in dem Sinn erforderlich, daß im Zeitpunkt des Entstehens der künftigen Forderung Schuldner und Inhalt der Forderungen bestimmt werden können.

Beispiel:
A tritt dem B zur Sicherheit eine Forderung ab, die er aus einem beabsichtigten Verkauf einer Maschine gegen einen unbekannten Käufer in Zukunft erwerben will.

3. Globalzession

a. Begriff und Zulässigkeit der Globalzession

Unter einer Globalzession versteht man eine Abtretung sämtlicher **gegenwärtigen und zukünftigen** Forderungen gegen einen bestimmten Kundenkreis.
Mit der Entstehung der Forderungen gehen die abgetretenen Forderungen auf den Sicherungsnehmer über, ohne daß es eines weiteren Übertragungsaktes bedarf.
Grundsätzlich kann im kaufmännischen Geschäftsverkehr zwischen einer Bank und ihrem Kunden eine Globalzession vereinbart werden, mit der der Bankkunde seine gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus Geschäften mit Dritten .

b. Bestimmbarkeit der Forderungen

Erforderlich ist die **Bestimmbarkeit** der abgetretenen Forderungen. Die Bestimmbarkeit ist ausreichend gewährleistet, wenn alle "in einem bestimmten Geschäftsbetrieb entstehenden Forderungen" oder "alle gegen einen bestimmten Schuldnerkreis entstehenden Forderungen" (z.B. Kunden mit den Anfangsbuchstaben A – K) abgetreten werden.

c. Nichtigkeit einer Globalzession (§§ 138, 307 BGB)

Bei formularmäßigen Globalzessionen muß im besonderen Maße geprüft werden, ob nicht ein

- Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) oder ein
- Verstoß gegen das Recht allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 307 BGB) vorliegt.

Drei Gesichtspunkte sind problematisch:

- **Knebelung;**
- **Gläubigerbenachteiligung;**
- **Übersicherung.**

Knebelung
Eine Knebelung, die die Dispositionsfreiheit des Kreditnehmers in unerträglichem Ausmaß eingeschränkt, ist sittenwidrig (§ 138 BGB). Eine derartige Knebelung liegt jedoch nicht vor, wenn der Kreditnehmer diese wirtschaftliche Bewegungsfreiheit vor Aufnahme des Kredits auch nicht hatte.[34]

Gläubigerbenachteiligung
Eine sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung kann vorliegen, wenn sich ein Kreditinstitut im Wege einer Globalzession alle zukünftigen Forderungen ihres Kunden abtreten lässt, die dieser bereits an den Warenlieferanten im Wege des verlängerten Eigentumsvorbehalts abgetreten hatte.

Beispiel:
Ein Unternehmer bezieht Rohstoffe unter **verlängertem Eigentumsvorbehalt**, die er weiter verarbeitet. Der Warenlieferant erhält als Sicherheit für seine Forderungen alle zukünftigen Forderungen des Unternehmers gegen seine Kunden abgetreten.
Der Unternehmer nimmt einen **Kredit** auf und muß dem Kreditinstitut im Wege einer Globalzession sämtlichen zukünftigen Forderungen gegen seine Kunden abtreten.
Die Forderungen des **Warenlieferanten** und die des **Kreditinstitutes** stehen in offenem Widerspruch zueinander, da der Unternehmer die zukünftigen Forderungen zweimal abtritt.

Die **Kollision zwischen** einer Sicherungsabtretung aller künftigen Forderungen an einen **Warenlieferanten** im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts (**Warenkreditgeber**) **und** an ein Kreditinstitut im Rahmen eines Kredits (**Geldkreditgeber**) wird nach dem **Prioritätsprinzip** gelöst.[35]
Soweit der Unternehmer mit wechselnden Lieferanten arbeitet, laufen die Kreditinstitute, die mit langfristigen Krediten arbeiten, den Warenlieferanten, die nur kurzfristige Warenkredite gewähren, in der Regel nach dem Prioritätsprinzip den Rang ab.
In diesen Fällen verlangt die Rechtsprechung zum Schutz der Warenkreditgeber eine strenge Prüfung der Sittenwidrigkeit der Globalzession und schränkt den Prioritätsgrundsatz ein.
Sittenwidrig ist eine formularmäßige Globalzession insoweit, als sie auch die Forderungen erfaßt, die der Schuldner im Wege eines verlängerten Eigentumsvorbehalt an seine Warenlieferanten abgetreten muß. Eine Sittenwidrigkeit entfällt nur dann, wenn es an „einer verwerflichen Gesinnung der Bank“ fehlt oder wenn sie dem verlängerten Eigentumsvorbehalt des Warenkreditgebers **Vorrang** durch Verwendung einer dinglichen Teilverzichtsklausel einräumt.[36]
Eine „verwerfliche Gesinnung“ des Sicherungsnehmers liegt vor, wenn er „aus eigensüchtigen Gründen eine Rücksichtslosigkeit gegenüber den berechtigten Belangen des Sicherungsgebers an den Tag legt, die nach sittlichen Maßstäben unerträglich ist“[37].
Die Begründung dafür besteht darin, daß der Schuldner, um sein Geschäft aufrecht zu erhalten, ständig Waren von Lieferanten beziehen muß und damit auf den verlängerten Eigentumsvorbehalt dieser Lieferanten angewiesen ist. Das für seine Existenz wichtige Interesse des Schuldners darf das Kreditinstitut nicht beeinträchtigen, indem es eine ständige Vertragsverletzung des Schuldners gegenüber seinen Lieferanten provoziert (**Vertragsbruchstheorie**)[38].

Übersicherung
Eine Globalzession kann wegen Übersicherung sittenwidrig sein.
Eine Übersicherung liegt vor, wenn ein Missverhältnis zwischen dem Wert der Globalzession und der durch sie gesicherten Gesamtforderung besteht.
anfängliche Übersicherung
Ein Verstoß ist anzunehmen, wenn die Sicherung des Gläubigers von Anbeginn an erheblich über das erforderliche Maß hinaus vorgenommen wurde.
nachträgliche Übersicherung
Eine Übersicherung, die erst **nachträglich** entsteht, macht die Sicherungsabtretung nicht automatisch unwirksam, sondern führt zu einem vom Ermessen des Sicherungsnehmers unabhängigen **Freigabe-**

[34] OLG Hamm NJW-RR 88, 117: „ein Habenichts kann nicht geknebelt werden“.
[35] BGHZ 32, 363; BGH NJW 74, 942 f.
[36] BGHZ 72, 308 , 310
[37] BGH NJW 1998, 2047
[38] BGHZ 100, 358

anspruch des Sicherungsgebers. Die Grenze für das Entstehen des Freigabeanspruchs liegt in der Regel bei 150 % des Schätzwertes der abgetretenen Forderungen (Anlehnung an § 237 BGB).[39]

4. Mantelzession

a. Begriff

Die Mantelzession ist im Kreditgeschäft der Kreditinstitute auf der Grundlage einer stillen Zession entwickelt worden.

In einem Mantelzessionsvertrag v e r p f l i c h t e t sich der Kreditnehmer gegenüber seinem Kreditinstitut zur Sicherung des Kredits Forderungen gegen Dritte abzutreten und den Gesamtbestand der abgetretenen Forderungen durch ständige Abtretung immer neuer Forderungen auf einer bestimmten Höhe zu halten **(Mindestdeckungsbestand)**. Die eigentliche Abtretung findet erst bei der Übergabe der Zessionslisten statt.

Durch die Verpflichtung zur Forderungsabtretung unterscheidet sich die Mantelzession von der Globalzession, bei der die Forderungen sofort abgetreten werden.

b. Wirtschaftlicher Hindergrund:

Die dritten Schuldner erfahren von der Abtretung nichts. Sie leisten mit befreiender Wirkung an den Kreditnehmer und Altgläubiger (§ 407 BGB). Damit das Kreditinstitut weiterhin mit seinem Kredit gesichert bleibt, wird mit dem Kreditnehmer vereinbart, daß er den Gesamtbestand der abgetretenen Forderungen ständig auf einer bestimmten Höhe zu halten hat. Der Ausgleich wird in bestimmten Zeitabständen, die etwa zwischen einer Woche und einem Monat liegen, vorgenommen. Der Sicherungsgeber ist verpflichtet, in den bestimmten Zeiträumen regelmäßig Forderungsverzeichnisse (Zessionslisten) aufzustellen, in denen die neu entstandenen Forderungen gegen Drittschuldner näher bezeichnet werden. Es wird vereinbart, daß die Zession in dem Augenblick wirksam wird, in dem der Sicherungsnehmer die Zessionsliste empfangen hat.

III. Die Verwertung

Die Geltendmachung der abgetretenen Forderung durch den Sicherungsnehmer darf entsprechend der Sicherungsabrede erst mit Eintritt der Fälligkeit der gesicherten Forderungen erfolgen. Der Gläubiger kann die abgetretene Forderung dadurch verwerten, daß er sie selbst einzieht oder verkauft.

Der Drittschuldner wird hierdurch nicht benachteiligt. Er kann dem Gläubiger alle Einreden und Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegenüber dem bisherigen Gläubiger begründet waren (z.B. die Forderung sei verjährt, gestundet oder bereits erfüllt, § 404 BGB).

[39] BGHZ 138, 367

§ 7 Eigentumsvorbehalt (§ 449 BGB)

I. Allgemeines

Der Eigentumsvorbehalt ist eine besonders wichtige Möglichkeit der dinglichen Sicherung von Kaufpreisforderungen. Er hat eine große praktische Bedeutung.
Im heutigen Wirtschaftsverkehr ist der Verkäufer einer Sache häufig bereit, die Waren "aus der Hand" zu geben, bevor er den vereinbarten Kaufpreis erhält (so z.B. bei Ratenkauf).
Für diese Fälle eröffnet § 449 BGB die Möglichkeit, daß sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises vorbehalten kann. Da der Verkäufer dem Käufer einen Kredit gewährt, wenn er auf eine Zug um Zug-Leistung gem. §§ 320, 433 BGB verzichtet und dem Käufer den Kaufpreis stundet, ist das vorbehaltene Eigentum eine Sicherung für diesen Kredit.
Der Eigentumsvorbehalt ist eines der wichtigsten Sicherungsmittel des **Warenkreditgebers** (Lieferanten- oder Warenkredit).
In der Praxis gerät der Eigentumsvorbehalt häufig in Kollision mit der Sicherungsübereignung, dem Sicherungsmittel des **Geldkreditgebers** (Bankkredit). Kreditinstitute verlangen von ihren Schuldnern vielfach die Übereignung von Warenlagern zur Sicherung ihrer Kredite. Wenn die Waren im Warenlager unter Eigentumsvorbehalt geliefert wurden, kollidieren Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung.

II. Begriff

Das Wesen des Eigentumsvorbehalts besteht darin, daß die verkaufte Sache dem Käufer

- übergeben und
- unter der aufschiebenden Bedingung übereignet wird, daß der Eigentumsübergang erst bei vollständiger Bezahlung des Kaufpreises erfolgen soll.

Der Verkäufer bleibt solange Eigentümer, bis die Bedingung der vollständigen Bezahlung eingetreten ist.

W i c h t i g : Der **Kaufvertrag** selbst wird **ohne Bedingung** abgeschlossen. Lediglich der Übereignungsvertrag nach § 929 BGB wird bedingt abgeschlossen. Dabei werden auch die zur Eigentumsübertragung nach § 929 BGB erforderliche Einigung über den Eigentumsübergang sowie die Übergabe der Sache vorgenommen. Lediglich der Eintritt der Rechtswirkungen der Übereignung wird an eine Bedingung geknüpft, eine Möglichkeit, die § 158 Abs. 1 BGB eröffnet.

> § 158 Abs. 1 BGB
> Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritte der Bedingung ein.

Mit dem Eintritt der Bedingung der vollständigen Bezahlung wird der Käufer automatisch Eigentümer, ohne daß irgendwelche weiteren Rechtsgeschäfte vorgenommen werden müßten.
Nach § 449 BGB kann der Eigentumsvorbehalt nur beim Verkauf von beweglichen Sachen vereinbart werden. Die Übereignung von Grundstücken unter einer Bedingung ist nach § 925 Abs. 2 BGB unwirksam. Hier besteht allerdings auch kein Bedürfnis für eine bedingte Übereignung, da das Gesetz mit den Grundpfandrechten praktikable Sicherungsrechte für den Veräußerer zur Verfügung stellt.

III. Vereinbarung

Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Eigentumsvorbehalts ist, daß er in einem Kaufvertrag eindeutig vereinbart wird. Für eine derartige Vereinbarung gelten die allgemeinen Regeln über Vertragsabschlüsse.

> *Beispiel:*
> Wer eine Auftragsbestätigung, in der ein Eigentumsvorbehalt enthalten ist, ohne Widerspruch "annimmt" (Annahme gem. §§ 145 ff. BGB), der hat einen Eigentumsvorbehalt vereinbart.

Für die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts mittels allgemeiner Geschäftsbedingungen sind die Voraussetzungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einzuhalten.
Nicht ausreichend für eine vertragliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts ist eine **einseitige** Erklärung des Verkäufers **nach dem Abschluß** des Kaufvertrages.

Beispiele für **unwirksame nachträgliche Eigentumsvorbehalte**:
Erklärung des Eigentumsvorbehalts in einem nach Abschluß des Kaufvertrages dem Käufer gesandten Begleitschreiben zusammen mit der Ware; Erklärung des Eigentumsvorbehalts auf einem Lieferschein; Erklärung des Eigentumsvorbehalts auf einer Rechnung.

Da der Kaufvertrag folglich ohne Eigentumsvorbehalt abgeschlossen wurde, ist der Verkäufer in diesen Fällen nach § 433 Abs. 1 BGB **verpflichtet**, dem Käufer die Sache **ohne Bedingung zu übereignen**.

Das ändert allerdings nichts daran, daß die Übergabe der Sache dennoch nicht zur Übereignung führt – wenn diese nachträgliche Eigentumsvorbehaltserklärung abgegeben werden.
Denn es fehlt dann die erforderliche Einigung beider Vertragspartner im Sinne des § 929 BGB. **Der Verkäufer will den bedingungslosen Eigentumsübergang in diesem Moment gerade n i c h t .**
Daher wird der Erwerber nicht Eigentümer, wenn der Veräußerer nachträglich eine derartige Erklärung abgibt, obgleich der Verkäufer zur bedingungslosen Übereignung verpflichtet ist.

Die sachenrechtliche Rechtslage wird nicht dadurch beeinflusst, daß der Veräußerer sich schuldrechtlich mit einem solchen nachträglichen einseitigen Eigentumsvorbehalt **vertragswidrig** verhält.

IV. Die Rechtsstellung des Verkäufers

Der Schutz des Verkäufers liegt darin, daß er die Sache wieder zurücknehmen kann, wenn der Käufer seine Vertragspflichten nicht erfüllt.
Allerdings kann der Verkäufer die Sache als Eigentümer nicht einfach wieder nach § 985 BGB herausverlangen. Der Käufer hat auf Grund des Kaufvertrages ein Recht zum Besitz, § 986 BGB. Dieses Recht zum Besitz des Käufers muß der Verkäufer erst durch einen Rücktritt vom Kaufvertrag beseitigen. Nach §§ 449,323 BGB ist er zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt.
Voraussetzung für einen Rücktritt ist in der Regel, dass der Gläubiger dem Schuldner **erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat** (§ 323 Abs.1 BGB). Der Gläubiger kann jedoch bereits vor **Eintritt der Fälligkeit ohne Nachfristsetzung zurücktreten,** wenn **offensichtlich** ist, dass die **Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden** (§ 323 Abs.4 BGB).
Eine Nachfrist ist entbehrlich in den Fällen §§ 323 Abs.2 u. 4 u.5; 324; 326 Abs.5 BGB.
Soweit etwaige Gläubiger des Käufers die Zwangsvollstreckung in die Kaufsache betreiben, kann sich der Verkäufer als Eigentümer dagegen – auch vor einem Rücktritt – durch Erhebung der sog. *Drittwiderspruchsklage* nach § 771 Zivilprozeßordnung wehren. Die Zwangsvollstreckung wird für unzulässig erklärt.
Im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Käufers hat der Verkäufer einen Anspruch auf *Aussonderung* (§ 47 InsO). Der Verkäufer kann die Sache vom Insolvenzverwalter aus der Insolvenzmasse herausverlangen kann. Der Insolvenzverwalter kann dies abwenden, wenn er die noch offene Kaufpreisforderung erfüllt (§ 103 InsO).

V. Die Rechtstellung des Käufers

Auch der Käufer hat eine sichere Rechtsstellung nach den §§ 158 ff. und 929 ff. BGB. Bis zur vollständigen Abwicklung des Kaufvertrages hat der Käufer ein Recht zum Besitz (§ 986 BGB). Vor allen Dingen aber kann der Verkäufer die Sache nicht anderweitig nochmals übereignen. Eine derartige anderweitige Übereignung wäre nach § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam: Hat jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, so ist jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde.
Möglich wäre lediglich ein gutgläubiger Erwerb des Dritten (§ 161 Abs. 3 BGB) unter den Voraussetzungen der §§ 932 ff. BGB, wodurch der Käufer seine Position verlieren würde. Soweit der Verkäufer jedoch das von der Bedingung abhängige Recht schuldhaft vereitelt oder beeinträchtigt, ist er dem Käufer nach § 160 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig.

VI. Das Anwartschaftsrecht des Käufers

Das Vorbehaltseigentum bleibt bis zur vollständigen Bezahlung beim Eigentümer, selbst wenn nur noch ein geringfügiger Restkaufpreis besteht. Aus wirtschaftlicher Sicht kommt jedoch der Käufer der Stellung des Eigentümers immer näher, je mehr er vom Kaufpreis abbezahlt. Sein Anwartschaftsrecht als "Vorstufe zum Eigentum" wächst. Dieses Anwartschaftsrecht wird juristisch als „wesensgleiches Minus“ zum Eigentum und bereits als ein dingliches Recht anerkannt und behandelt. Es kann in entsprechender Anwendung der §§ 929 ff. BGB auf andere übertragen werden. Eine Verletzung des Anwartschaftsrechts stellt die Verletzung eines "sonstigen (absoluten) Rechts" gem. § 823 Abs. 1 BGB dar und verpflichtet zum Schadensersatz.

VII. Das Ende des Eigentumsvorbehalts

Der Verkäufer verliert sein Eigentum mit der vollständigen Zahlung des Kaufpreises. Das Eigentum geht in diesem Moment automatisch auf den Käufer über.
Weiterhin verliert der Verkäufer sein Eigentum, wenn der Käufer die Sache vertragswidrig an einen Dritten übereignet, soweit dieser das Eigentum an der Sache gutgläubig erwirbt (§§ 932 ff. BGB).
Desgleichen geht das Eigentum unter, wenn die Ware verarbeitet und eine neue bewegliche Sache hergestellt wird (§ 950 BGB). In solchen Fällen vereinbaren die Verkäufer (Rohstofflieferanten) mit den Käufern (Verarbeitern) häufig, zusätzlich zum Eigentumsvorbehalt, daß die Verarbeitung der gelieferten Ware im Auftrag des Verkäufers erfolgt (sog. Verarbeitungs- oder **Herstellungsklausel**). Damit ist der Verkäufer als Hersteller im Sinne des § 950 BGB anzusehen mit der Wirkung, daß er als Warenlieferant unmittelbar Eigentümer des Verarbeitungsprodukts wird.
Schließlich verliert der Verkäufer sein Eigentum, wenn der Käufer die Ware mit Einwilligung des Verkäufers (§ 185 BGB) weiterübereignet (wie z.B. als Großhändler - vgl. dazu unten verlängerter Eigentumsvorbehalt).
Die **Einwilligung** nach § 185 BGB zur Verfügung über das fremde Eigentum ist nicht mit einer Stellvertretung nach § 164 BGB zu verwechseln.
Nach § 185 BGB trifft ein **Nichtberechtigter im eigenen Namen eine Verfügung** (z.B. Übereignung).
Nach § 164 BGB gibt ein **Stellvertreter eine Willenserklärung in fremdem Namen** ab.
Schließlich geht dem Verkäufer das Eigentum auch durch Sachverbindung (§§ 946,947 BGB) verloren.

VIII. Erweiterter Eigentumsvorbehalt

Der einfache Eigentumsvorbehalt kann vertraglich erweitert werden (sog. erweiterter Eigentumsvorbehalt).
Dabei gibt es zahlreiche Sonderformen, wobei die verwendete Terminologie nicht immer einheitlich ist.[40]

1. Kontokorrentvorbehalt

Unter dem Kontokorrentvorbehalt versteht man einen Eigentumsvorbehalt, bei dem das Eigentum erst dann übergehen soll, wenn alle Forderungen des Verkäufers aus sämtlichen Geschäften mit dem Käufer bezahlt sind.

> *Beispiel:*
> Verkäufer und Käufer stehen in laufenden Geschäftsbeziehung miteinander. Der Verkäufer liefert eine Ware unter Kontokorrentvorbehalt, d.h. er behält sich das Eigentum der gelieferten Ware bis zur Zahlung aller aus der Geschäftsverbindung entstandenen Forderungen vor.

2. Konzernvorbehalt

Von einem Konzernvorbehalt spricht man, wenn das Eigentum bedingungsgemäß nicht schon dann übergehen soll, wenn alle Forderungen aus der Geschäftsverbindung zwischen Verkäufer und Käufer erfüllt sind (so beim Kontokorrentvorbehalt), sondern darüber hinaus erst dann, wenn auch sämtliche

[40] Die Terminologie für den Begriff des erweiterten Eigentumsvorbehalt ist nicht immer einheitlich. Teilweise wird er identisch verwendet mit dem Kontokorrentvorbehalt.

etwaigen Forderungen der mit dem Verkäufer konzernmäßig verbundenen Gesellschaften gegen den Käufer. Der Konzernvorbehalt ist unzulässig (§ 449 Abs. 2 BGB).

3. Verlängerter Eigentumsvorbehalt

Der verlängerte Eigentumsvorbehalt liegt vor, wenn der Käufer das Recht erhält, die Ware weiter zu veräußern oder zu verarbeiten.

Mit der Weiterveräußerung oder Verarbeitung verliert der Eigentümer sein Eigentum. Bei einem verlängertem Eigentumsvorbehalt tritt an die Stelle des verloren gehenden Eigentums

- die durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§§ 947,948, 950 BGB) entstandene **neue Sache** oder
- die bei der Weiterveräußerung **erworbene Forderung**. Der Vorbehaltskäufer wird in der Praxis häufig ermächtigt, die Forderungen als Treuhänder einzuziehen und an den Verkäufer abzuführen.

Beispiel:
Die Ware bleibt bis zu vollständigen Bezahlung durch den Käufer im Eigentum des Verkäufers. Der Käufer ist im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschafts- und Geschäftsführung zur Weiterveräußerung der Ware berechtigt. Der Käufer tritt die ihm aus dem Weiterverkauf der Ware erwachsende Forderung schon hiermit sicherungshalber an den Verkäufer ab. Der Käufer ist zu ihrer Einziehung ermächtigt.

Weiteres Beispiel:
Das gelieferte Holz bleibt bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises Eigentum des Verkäufers. Der Käufer ist berechtigt, das gelieferte Holz bei der Möbelherstellung zu verarbeiten. Die Verarbeitung erfolgt jedoch im Auftrag des Verkäufers in der Weise, daß der Verkäufer als Hersteller im Sinne des § 950 BGB anzusehen und demgemäß Eigentümer der mit dem Holz des Verkäufers hergestellten Möbel ist.

Das Recht zur Weiterveräußerung (§ 185 BGB) bezieht sich lediglich auf eine Weiterveräußerung im Rahmen des normalen Geschäftsvorgangs. Keinesfalls darf beispielsweise der Käufer die unter verlängertem Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware an ein Kreditinstitut nach §§ 950, 185 BGB sicherungsübereignen. Das ist von der Einwilligung nach § 185 BGB nicht erfaßt. Die Sicherungsübereignung ist unwirksam. Auch ein gutgläubiger Erwerb des Kreditinstituts nach §§ 933, 930 BGB kommt kaum in Betracht.

§ 8 Pfandrecht (§§ 1204 - 1296 BGB)

I. Allgemeines

Der Begriff "Pfand" wird in mannigfaltigen Zusammenhängen verwendet: Pfandleihe, Pfandbriefe, Pfanddepot, auch die Grundpfandrechte (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld) und das Schiffspfandrecht (Schiffshypothek).
Alle diese Fälle sind keine Pfandrechte im Sinne der §§ 1204 - 1296 BGB.

Pfandrechte im Sinne des BGB sind nur
- Pfandrechte an beweglichen Sachen und
- Pfandrechte an Rechten.

In der Praxis kommt das Pfandrecht an beweglichen Sachen – sieht man von den Pfandleihhäusern ab - selten vor, weil im deutschen Recht das Pfandrecht an einer beweglichen Sache als "Faustpfandrecht" ausgestaltet ist: d.h. der Schuldner muß die Sache aus der Hand geben, der Gläubiger muß den Besitz der Sache erhalten. Um dem Sicherungsbedürfnis des Gläubigers einerseits und dem praktischen Bedürfnis des Schuldners, im Besitz der Ware zu bleiben, andererseits Rechnung zu tragen, ist das Rechtsinstitut der Sicherungsübereignung entwickelt worden, eine Art "besitzloses Pfandrecht". Allerdings findet sich in der Praxis häufiger die Verpfändung von Inhaberpapieren, wofür die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen maßgeblich sind. Häufiger findet sich in der Praxis aber auch die Verpfändung von Rechten (z.B. Sparguthaben).

II. Pfandrecht an beweglichen Sachen

1. Begriff

§ 1204 BGB

Das Pfandrecht ist die Belastung einer fremden beweglichen Sache zur Sicherung einer Forderung, kraft dessen der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache zu suchen.

Schuldner und **Verpfänder** werden häufig **dieselbe Person** sein **(Abb. 1).**
Schuldner und **Verpfänder** können auch **verschiedene Personen** sein **(Abb. 2).**
Der **Gläubiger** der zu sichernden Forderung und der **Pfandgläubiger** sind **immer identisch.**

Abb. 1

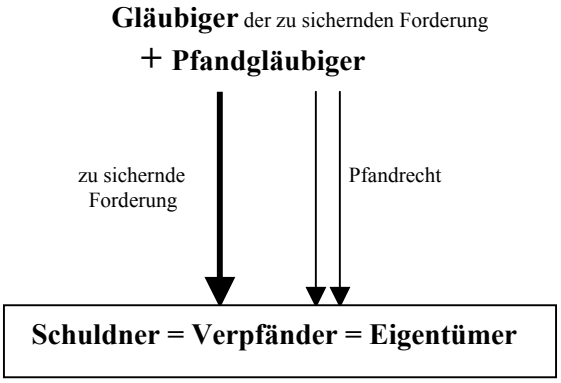
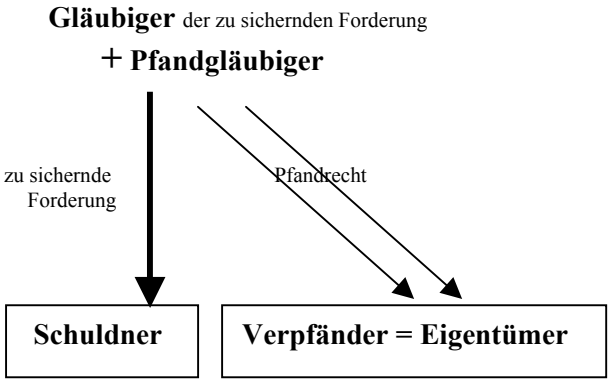


Abb. 2



2. Publizität des Pfandrechts
Das Pfandrecht erfordert den Besitz des Pfandgläubigers an der Pfandsache (§ 1205 BGB). Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Verpfändung nach außen in Erscheinung treten . Das ist die wichtigste Ursache dafür, daß sich das Pfandrecht in der Praxis nicht hat durchsetzen können und durch die Sicherungsübereignung ersetzt wurde, bei der der Sicherungsgeber im Besitz der Sache bleiben kann.

3. Akzessorietät des Pfandrechts
Schließlich gehört zum Begriff des Pfandrechts seine strenge **Akzessorietät**. Dies Bedeutet: Ist ein Pfandrecht zur Sicherung einer nicht bestehenden Forderung bestellt worden, so ist es ebenfalls nicht entstanden. § 1204 BGB setzt eine bestehende Forderung voraus. Das Pfandrecht haftet für die Forderung in deren jeweiligen Bestand, insbesondere auch für Zinsen und Vertragsstrafen (§ 1210 BGB). Wenn die zu sichernde Forderung erlischt, erlischt auch das Pfandrecht (§ 1252 BGB).

4. Die Entstehung des Pfandrechts
Die Bestellung des Pfandrechts ist nach dem Vorbild der Übereignung ausgestaltet. Dem § 929 Satz 1 BGB entspricht beim Pfandrecht § 1205 Abs. 1 BGB. Das Pfandrecht entsteht demgemäß durch Einigung zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger und Übergabe der Pfandsache. Die Einigung ist ein Vertrag mit dem Inhalt, daß dem Gläubiger an der Sache ein Pfandrecht zustehen soll.

Im Einzelnen entspricht:

§ 929 Satz 1 ⇨ § 1205 Abs. 1, Satz 1
§ 929 Satz 2 ⇨ § 1205 Abs. 1, Satz 2
§ 931 ⇨ § 1205 Abs. 2

Zu beachten ist hierbei allerdings, daß sich die sog. Verpfändung durch Anspruchsabtretung nach § 1205 Abs. 2 BGB zweifach von der Übereignung nach § 931 BGB unterscheidet: Der Verpfänder muß mittelbarer Besitzer sein und es bedarf einer *Anzeige an den unmittelbaren Besitzer*. Das entspricht dem das Pfandrecht beherrschenden Publizitätsprinzip.

5. Schuldverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder
Durch die Verpfändung entsteht zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder ein Schuldverhältnis mit beiderseitigen, im wesentlichen jedoch beim Pfandgläubiger liegenden Pflichten. Der Pfandgläubiger hat die Pflicht, die Pfandsache ordnungsgemäß zu verwahren und darf sie (mit Ausnahme des sog. Nutzungspfandes) auch nicht nutzen (§§ 1215, 1213 BGB). Der Pfandgläubiger hat nicht nur jede Verschlechterung und Beeinträchtigung der Pfandsache zu unterlassen, sondern er hat auch dem Verpfänder bei drohendem Verderb der Ware Anzeige zu machen (§ 1218 Abs. 2 BGB). Bei Erlöschen des Pfandrechts hat er die Pflicht, dem Verpfänder die Pfandsache zurückzugeben. Der Schuldner kann, sobald er zur Leistung berechtigt ist, jederzeit die Rückgabe der Pfandsache Zug um Zug gegen Befriedigung des Pfandgläubigers verlangen (§§ 1223 Abs. 2, 1224 BGB).

6. Übertragung des Pfandrechts
Das Pfandrecht kann nicht ohne die gesicherte Forderung übertragen werden (Akzessorietät). Die Übertragung des Pfandrechts erfolgt durch die Übertragung der gesicherten Forderung. Mit der Übertragung der Forderung geht auch das Pfandrecht auf den Gläubiger über (§ 1250 BGB). Der neue Pfandgläubiger kann von dem bisherigen Pfandgläubiger die Herausgabe des Pfands verlangen. Mit der Erlangung des Besitzes tritt der neue Pfandgläubiger an die Stelle des bisherigen Pfandgläubigers in die mit dem Pfandrecht verbundenen Verpflichtungen ein (§ 1251 BGB).

7. Pfandverwertung
Der Pfandgläubiger ist zur Verwertung der Pfandsache mit dem Eintritt der Pfandreife berechtigt. Nach § 1228 Abs. 2 S. 1 BGB tritt die Pfandreife mit der Fälligkeit der durch das Pfandrecht gesicherten Forderung ein. In der Regel geschieht die Verwertung des Pfandes durch privaten Verkauf nach den §§ 1234 - 1240 BGB,

der an einige Formvorschriften gebunden ist, jedoch ohne vollstreckbaren Titel (z.B. also ohne ein rechtskräftiges Gerichtsurteil) vorgenommen werden kann (vgl. § 1233 Abs. 1 und 2 BGB).

Folgende Vorschriften müssen unbedingt beachtet werden, da der Pfandverkauf bei ihrer Verletzung nicht rechtmäßig ist (§ 1243 BGB):

- Eintritt der Pfandreife (§ 1228 Abs. 2 BGB);
- Verkauf durch öffentliche Versteigerung (§ 1235; bei Sachen mit einem Börsen- oder Marktpreis auch freihändiger Verkauf möglich);
- Verkauf nur so vieler Pfänder, als zur Befriedigung erforderlich (§ 1230 BGB);
- öffentliche Bekanntmachung der Versteigerung (§ 1237 BGB);
- Zuschlag bei Gold- oder Silberwaren nicht unter dem Gold- oder Silberwert (§ 1240 BGB).

Mit dem Zuschlag in der öffentlichen Versteigerung geht das Eigentum an der Pfandsache auf den Ersteher über (§ 1242 BGB). Die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb finden nach Maßgabe des § 1244 BGB entsprechende Anwendung.
Der Erlös gehört dem Pfandgläubiger insoweit, als dies zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Der übersteigende Rest steht dem ehemaligen Eigentümer der Sache zu (§ 1247 BGB).

8. Erlöschen des Pfandrechts

Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es bestellt wurde (§ 1252 BGB, Akzessorietät). Weitere Erlöschensgründe sind:

- Übertragung der Forderung ohne das Pfandrecht (§ 1250 Abs. 1 S. 2 BGB);
- Rückgabe des Pfandes an den Verpfänder oder den Eigentümer (§§ 1253, 1254 BGB);
- Verzicht auf das Pfandrecht durch Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder Eigentümer (§ 1255 BGB);
- Vereinigung des Pfandrechts mit dem Eigentum (§ 1256 BGB).

9. Gesetzliche Pfandrechte

Die §§ 1204 ff. BGB finden entsprechende Anwendung auf ein kraft Gesetz entstandenes Pfandrecht. Dies ordnet § 1257 BGB an.
Wichtige Fälle solcher kraft Gesetzes entstehender Pfandrechte sind

- Berechtigte aus einer Hinterlegung (§ 233 BGB);
- Vermieter an den eingebrachten Sachen des Mieters (§§ 562, 578 BGB);
- Verpächter an eingebrachten Sachen und Früchten (§§ 581 Abs.2, 562 BGB);
- Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB);
- Gastwirtspfandrecht (§ 704 BGB);
- Pfandrecht des Kommissionärs (§ 397 HGB);
- Pfandrecht des Frachtführers (§ 441 HGB);
- Pfandrecht des Spediteurs (§ 464 HGB);
- Pfandrecht des Lagerhalters (§ 475 b HGB);
- Pfandrecht von Opfern von Straftaten an eventuellen Honoraransprüchen, die Tatbeteiligte an der Vermarktung der Tat in Medien erlangen (Opferanspruchssicherungsgesetz“ (OASG).

III. Pfandrecht an Rechten

1. Allgemeine Grundsätze

Gegenstand eines Pfandrechts kann auch ein Recht sein (§ 1273 Abs. 1 BGB). Dabei sind grundsätzlich alle Rechte, die übertragbar sind, auch verpfändbar.

Beispiele:
Forderungen, Aktien, GmbH-Anteile, Patent- und Urheberrechte, Wechselrechte.

Rechte, die nicht übertragbar sind, können auch nicht verpfändet werden (§ 1274 Abs. 2 BGB).
Die Bestellung des Pfandrechts an einem Recht erfolgt nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften (§ 1274 Abs. 2 BGB). Für die Verpfändung eines GmbH-Anteils ist also z.B. die notarielle Beurkundung nötig (§ 15 Abs. 3 GmbHG).

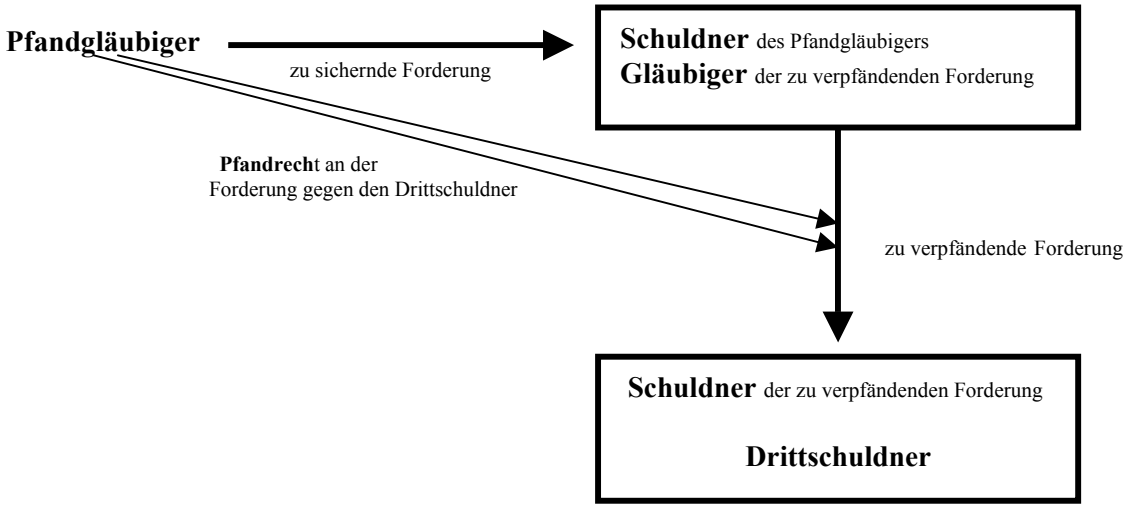
Im übrigen finden grundsätzlich die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen auch auf das Pfandrecht an Rechten entsprechende Anwendung (§ 1273 Abs. 2 BGB)

2. Pfandrecht an Forderungen

Für Pfandrechte an Forderungen gelten die Sonderbestimmungen der §§ 1280 - 1290 BGB. Diese Sonderbestimmungen finden auch für das Pfandrecht an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld entsprechende Anwendung (§ 1291 BGB).

Das Pfandrecht an einer Forderung entsteht durch den Abschluß eines Verpfändungsvertrags zwischen Pfandgläubiger und Gläubiger (§§ 1274, 398 BGB). Die Verpfändung einer Forderung, zu deren Übertragung ein Abtretungsvertrag genügt, ist nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt (§ 1280 BGB). Erst mit der **Anzeige** entsteht das Pfandrecht.

Bei der Verpfändung sind also drei Personen beteiligt: Pfandgläubiger, Gläubiger und Schuldner der zu verpfändenden Forderung. Da der Gläubiger der zu verpfändenden Forderung zugleich auch der Schuldner des Pfandgläubigers ist, geraten die Begriffe schnell durcheinander. Ebenso darf die zu verpfändende Forderung nicht verwechselt werden mit der Forderung, zu deren Sicherung das Pfandrecht dienen soll.



An wen der Drittschuldner bei Fälligkeit der verpfändeten Forderung zu zahlen hat, hängt davon ab, ob die zu sichernde Forderung fällig ist. Ist dies der Fall, kann der Drittschuldner befreiend nur an den Pfandgläubiger leisten (§ 1282 BGB). Vor Eintritt der Fälligkeit der zu sichernden Forderung muß er an Pfandgläubiger und Gläubiger gemeinschaftlich leisten (§ 1281 BGB).

3. Pfandrecht an Wertpapieren

Bei Pfandrechten an Rechten ist die Verpfändung von Wertpapieren für Bankkredite besonders häufig. Im wesentlichen werden hier die Vorschriften über die Verpfändung von beweglichen Sachen angewandt (§ 1273 Abs. 2 BGB).

Für Inhaberpapiere gelten ausschließlich die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen (§ 1293 BGB).

Für Orderpapiere (z.B. Wechsel) gilt § 1292 BGB.

§ 9 Sicherungsübereignung

I. Allgemeines

1. Begriff

Dem Sicherungsnehmer wird vom Sicherungsgeber **das Eigentum** an einer beweglichen Sache zur **Sicherung** einer Darlehensforderung übertragen, wobei ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart wird, so dass der unmittelbare Besitz beim Sicherungsgeber verbleibt.
Der Sicherungsnehmer (z.B. ein Kreditinstitut) wird lediglich mittelbarer Besitzer (Übereignung in der Form des § 930 BGB).

Beispiel:
Ein Unternehmer erhält einen Kredit zur Finanzierung eines LKW. Zur **Sicherheit für den Kredit übereignet** er den LKW an das Kreditinstitut. Er **behält den unmittelbaren Besitz** an dem LKW und kann damit arbeiten.

2. Wirtschaftliche Bedeutung

Das Pfandrecht wird als Kreditsicherungsmittel vielfach den Bedürfnissen der Wirtschaftspraxis, insbesondere im Kreditgeschäft der Kreditinstitute, nicht gerecht, da es als **Besitzpfand** ausgestaltet ist. Der kreditsuchende Unternehmer kann seine Maschinen nicht aus der Hand geben, mit denen er arbeitet - Kreditinstitute können und wollen keine Lagerhaltung mit verpfändeten Sachen betreiben.
Wegen des unpraktischen Besitzpfandes hat die Sicherungsübereignung als Kreditsicherungsmittel des Geldkreditgebers größte praktische Bedeutung erlangt.
Der Kreditnehmer bleibt im Besitz der Sache, der Kreditgeber bekommt das Eigentum übertragen.
Die Sicherungsübereignung kommt sowohl den Interessen des Sicherungsgebers als auch denen des Sicherungsnehmers entgegen. Der Sicherungsgeber kann die Sache weiter benutzen, der Sicherungsnehmer erhält eine starke rechtliche Absicherung. Er wird voller Eigentümer. Die starke Rechtsstellung hat der Sicherungsnehmer jedoch nur im Verhältnis zu Dritten. Im Innenverhältnis gegenüber dem Sicherungsgeber ist der Sicherungsnehmer jedoch nach dem abgeschlossenen Sicherungsvertrag verpflichtet, die übereigneten Sachen nur zur Sicherung des Kredits zu halten und nach Abdeckung des Kredits auf den Sicherungsgeber zurück zu übertragen.
Die Stellung des Sicherungsnehmers ist auch stärker als bei einem Pfandrecht, weil das Sicherungseigentum nicht von der gesicherten Forderung abhängig ist. Das Sicherungseigentum ist ein **nicht akzessorisches** Sicherungsmittel. Das Sicherungseigentum kann selbständig ohne die gesicherte Forderung übertragen werden. Die Forderung kann ohne das Sicherungseigentum abgetreten werden. Das Sicherungseigentum geht bei einer Abtretung der gesicherten Forderung auch nicht automatisch nach § 401 BGB mit über.[41]

II. Begründung

Die Bestellung des Sicherungseigentums erfolgt nach den normalen sachenrechtlichen Übereignungsformen der §§ 930, 929 BGB.
Bei einer Sicherungsübereignung nach § 930 BGB ist eine Einigung über den Eigentumsübergang und die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses (= Besitzkonstitut) gem. § 868 BGB erforderlich.
Zusätzlich zu der Übereignung wird eine schuldrechtliche Sicherungsabrede getroffen, die u.a. die Verpflichtung des Sicherungsnehmers enthält, die Sache nach Tilgung der gesicherten Forderung wieder zurück zu übereignen. Manchmal wird auch die Sicherungsübereignung mit der auflösenden Bedingung vereinbart (§ 158 Abs. 2 BGB), daß das Sicherungseigentum nach der Tilgung der gesicherten Forderung automatisch wieder zurückfällt. In der Sicherungsabrede wird der Sicherungsgeber verpflichtet, die in seinem Besitz befindliche Sache ordnungsgemäß zu behandeln.

Als Besitzkonstitut muß ein **konkretes Rechtsverhältnis** vereinbart werden, das den Sicherungsgeber zum Mieter, Verwahrer, Entleiher oder dergleichen macht. Die Sicherungsabrede: „zur Sicherheit übereignet “ ist allerdings ausreichend.[42]

---

[41] BGHZ 42, 56
[42] BGH NJW 79, 2308

Nicht ausreichend ist ein abstraktes Besitzmittlungsverhältnis wie etwa die Vereinbarung: "Der Erwerber soll mittelbarer Besitzer sein" ohne weitere zusätzliche Konkretisierungen.

III. Gegenstand

1. Allgemeines

Gegenstand einer Sicherungsübereignung sind bewegliche Sachen.
Nicht dagegen können sog. **Gesamtsachen** (z.B. ein Unternehmen, ein Vermögen) Gegenstand einer Sicherungsübereignung sein. Hier muß *jede einzelne Sache* gesondert übertragen werden.

2. Sicherungsübereignung eines Warenlagers

Dagegen können die sog. **Sachgesamtheiten** (z.B. ein Warenlager) sicherungsübereignet werden. Allerdings werden hier von den Gerichten strenge Anforderungen an die **Bestimmtheit** der übereigneten Sachen gestellt. Bei einer **Sammelbezeichnung** muß klar erkennbar sein, **welche Einzelsachen** von der Übereignung erfasst werden sollen.[43] Die Sachen müssen so eindeutig bezeichnet werden, daß sie im Lager festgestellt werden können.[44]

Beispiele: **ausreichend**
Die zum Inventar eines bestimmten Hauses gehörenden Sachen;[45]
Alle Sachen einer bestimmten Warengattung;[46]
Alle Sachen in einem vertraglich festgelegten Raum.[47]

Beispiele: **nicht ausreichend**
Bloße Wert- oder Mengenangaben;[48]
Äußerlich nicht erkennbare Trennung in Gebraucht- und Reparaturmaschinen;[49]
Funktionale Abgrenzung: „für tägliche Arbeit notwendig“;[50]
Nicht äußerlich abgetrennte „Handbibliothek Kunst“;[51]

3. Warenlager mit wechselndem Bestand

Einem praktischen Bedürfnis entspricht häufig das Erfordernis der Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand, da der Sicherungsgeber auf die Verwertung des Warenlagers zur Abdeckung des Kredits angewiesen ist.
Die Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit einem wechselnden Bestand ist möglich, indem die Parteien ein sog. **antizipiertes Besitzkonstitut** vereinbaren. Es bezieht sich auf die zukünftig in das Warenlager aufgenommenen Waren, die damit automatisch in das Sicherungseigentum des Sicherungsnehmers fallen, sobald der Sicherungsgeber sie erworben hat. Darüber hinaus erhält der Sicherungsgeber vom Sicherungsnehmer eine Ermächtigung gem. § 185 BGB, die Waren im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsverkehrs weiter zu veräußern.

Beispiel:
Einzelhändler übereignet einem Kreditinstitut sein Warenlager zur Sicherheit für einen Kredit. Der Einzelhändler ist berechtigt, die Waren an seine Kunden zu verkaufen. Er ist jedoch verpflichtet, den verkauften Waren durch neu anzuschaffende Waren zu ersetzen. Die neuen Waren werden Sicherungseigentum des Kreditinstituts, sobald sie vom Einzelhändler erworben und in das Warenlager gebracht worden sind.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang häufig, daß die im Warenlager befindlichen Waren unter Eigentumsvorbehalt geliefert sein werden. Damit besteht eine Kollision zwischen Warenlieferanten und Geldkreditgeber.
Die Sicherungsübereignung auf das Kresditinstitut ist nicht wirksam, da § 930 BGB die Eigentümerstellung des Veräußerers voraussetzt. Auch ein gutgläubiger Eigentumserwerb des Sicherungsnehmers ist regelmäßig nicht möglich, weil § 933 BGB neben der Einigung, der Vereinbarung eines Besitzkonstituts

[43] BGH NJW 92, 1161
[44] BGH NJW 94, 864
[45] BGHZ 73, 253
[46] BGH NJW 94, 133
[47] BGH NJW 2000, 2898
[48] BGHZ 21, 52
[49] OLG Celle OLGZ 71, 40
[50] BGH NJW 92, 1161
[51] BGH NJW-RR 94, 1547

und der Gutgläubigkeit des Erwerbers verlangt, daß dieser den unmittelbaren Besitz erlangen muß. Das aber ist bei der Sicherungsübereignung gerade nicht vorgesehen.
Möglich ist allerdings, die unwirksame Sicherungsübereignung in eine Sicherungsübertragung des dem Sicherungsgeber als Vorbehaltskäufer zustehenden Anwartschaftsrechts umzudeuten. Aufgrunddessen hat der Sicherungsnehmer bei Verwertungsreife die Möglichkeit, den Eigentumsvorbehaltsverkäufer zu befriedigen. Damit erstarkt das Anwartschaftsrecht zum Eigentum in der Hand des Sicherungsnehmers.

IV. Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)

Für die **Sicherungsübereignung** gelten dieselben Grundsätze wie für **Globalzessionen**.
Sicherungsübereignungen sind wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 BGB nichtig, wenn sie bei einem Schuldner in solch einem Umfang vorgenommen werden, daß sie zu einer unerträglichen, seine wirtschaftliche Stellung vernichtenden Abhängigkeit vom Gläubiger führen (**Knebelung**).
Eine Sittenwidrigkeit kann weiterhin auch dann gegeben sein, wenn durch eine Sicherungsübereignung dritte Personen um die Erfüllung ihrer Ansprüche gebracht werden sollen (**Gläubigerbenachteiligung**).
Eine Sittenwidrigkeit bei einer **anfänglichen Übersicherung** kommt in Betracht, wenn der Schätzwert des Sicherungsgutes über 150 % des Wertes der zu sichernden Forderungen liegt.[52]
Die **nachträgliche Übersicherung** bei revolvierenden Sicherheiten begründet einen Freigabeanspruch.

V. Verwertung

Nach Fälligkeit der zu sichernden Forderung ist der Sicherungsnehmer berechtigt, die ihm übereignete Sache zu verwerten.
Dies geschieht in der Regel dadurch, daß er sie nach erfolgter Herausgabe seitens des Sicherungsgebers freihändig veräußert.

[52] BGHZ 137, 212

§ 10 Hypothek (§§ 1113 - 1190 BGB)

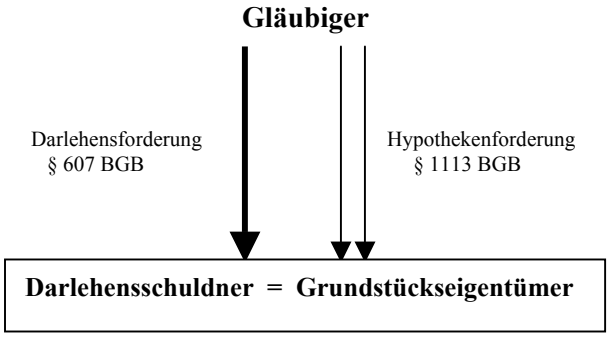
I. Begriff

Die Hypothek ist ein **Pfandrecht an einem Grundstück.**

Hypothek § 1113 BGB

> Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist.

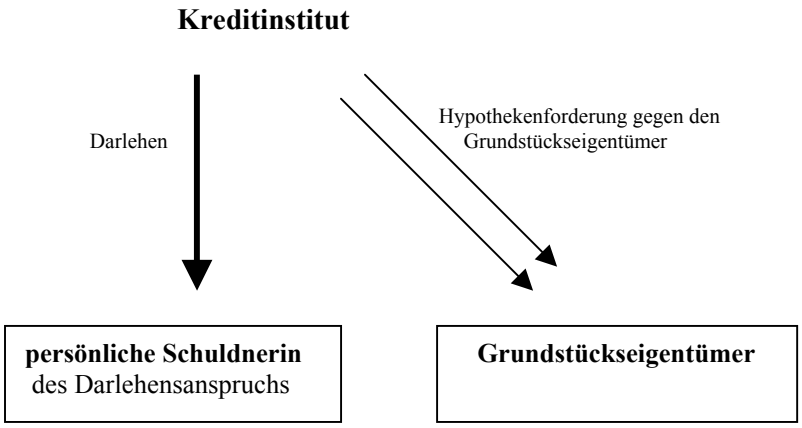
Die Hypothek ist also eine **Forderung**, **"die aus dem Grundstück zu zahlen ist"**.
Dabei ist die gesetzliche Formulierung **nicht wörtlich** zu verstehen, da "aus dem Grundstück" nichts bezahlt werden kann. Gemeint ist, daß das Grundstück notfalls im Wege der Zwangsversteigerung verwertet werden kann (§ 1147 BGB).
Nun haftet der Schuldner grundsätzlich jedem Gläubiger mit seinem ganzen Vermögen, also auch mit seinem Grundstück. Die besondere Sicherung für den Hypothekengläubiger liegt jedoch darin, daß er anderen Gläubigern **im Rang vorgeht.** Er wird also zuerst mit seiner Forderung bei einer Verwertung des Grundstücks befriedigt. Die Hypothek sichert also eine andere Forderung, z.B. aus einem Darlehen.
Hypothekenforderung und **Darlehensforderung** sind streng voneinander zu trennen.



Das wird besonders deutlich, wenn der persönliche Schuldner und der Eigentümer des Grundstücks verschiedene Personen sind.

Beispiel:
Der Eigentümer eines Grundstücks bewilligt einem Kreditinstitut eine Hypothek zur Sicherung eines Kredits, den das Kreditinstitut seiner Tochter gewährt hat.

Dann ergibt sich folgendes Bild für dieses *Beispiel*:



II. Akzessorietät

Die Hypothek ist, wie das Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten sowie die Bürgschaft, ein akzessorisches Sicherungsmittel. Sie dient der Sicherung einer Forderung. Wenn die zu sichernde Forderung nicht entsteht oder nicht mehr besteht, wird die dingliche Belastung des Grundstücks zu einer Grundschuld des Eigentümers (§§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1 BGB). Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann gegen die Hypothekenforderung die dem persönlichen Schuldner zustehenden Einreden geltend machen, darüber hinaus die einem Bürgen nach § 770 BGB zustehenden Einreden (§ 1137 BGB).

III. Begründung (§ 873 BGB)

Zur Bestellung einer Hypothek ist nach § 873 BGB
- die **Einigung** zwischen dem Gläubiger und dem Grundstückseigentümer sowie
- die **Eintragung** in das Grundbuch erforderlich.

Liegt keine Einigung vor, so entsteht eine Hypothek selbst dann nicht, wenn sie in das Grundbuch eingetragen ist.

IV. Übertragung (§§ 398, 873, 1153 BGB)

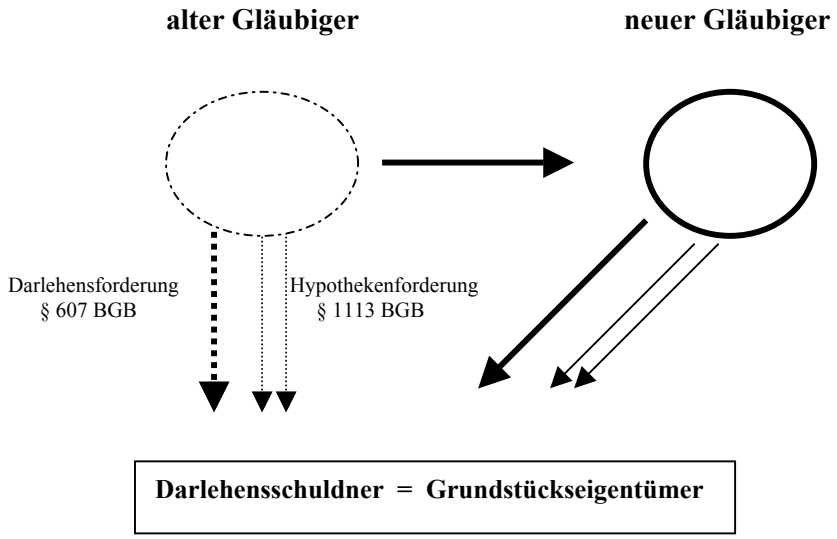
1. Übertragung der durch Hypothek gesicherten Forderungen

Die Akzessorietät der Hypothek beinhaltet auch, daß der Gläubiger der zu sichernden Forderung und der Gläubiger der Hypothekenforderung stets identisch sein müssen. Deshalb muß der Gesetzgeber bei einer "Übertragung der Gläubigerstellung" dafür Sorge tragen, daß Hypothekenforderung und gesicherte Forderung **"in einer Hand"** bleiben.

Daher bestimmt § 1153 Abs. 2 BGB:

> Die **Forderung** kann nicht ohne die Hypothek,
> die **Hypothek** kann nicht ohne die Forderung übertragen werden.

Übertragung der beiden Forderungen nur zusammen möglich



Für die Frage, in welcher Form die Gläubigerstellung übertragen wird, trifft § 1153 Abs. 1 BGB die Regelung, daß mit der Übertragung der gesicherten Forderung auch die Hypothek (-enforderung) auf den

neuen Gläubiger mit übergeht. Maßgeblich ist also die Übertragung der gesicherten Forderung und nicht die der Hypothek. Jede andere Regelung ist nichtig.
Im Gegensatz zum Sprachgebrauch im täglichen Leben wird also **nicht die Hypothek** abgetreten, sondern **die zu sichernde Forderung**.
Die Hypothek läuft als "Anhängsel" der abgetretenen Forderung mit.

Die Abtretung einer Forderung geschieht normalerweise in der Form der §§ 398 ff. BGB.
Für Forderungen, die durch eine Hypothek gesichert sind, trifft jedoch § 1154 BGB **Sonderregelungen:**

2. Briefhypothek (§ 1154 Abs.1 BGB)
Zur Abtretung einer Forderung, die durch eine Briefhypothek gesichert ist, ist die Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich (§§ 1154 Abs.1, 1117 BGB).
Zur Übertragung einer durch Briefhypothek gesicherten Forderung braucht man sich **also nicht an das Grundbuch** zu wenden.

3. Buchhypothek (§ 1154 Abs.1 S.3 BGB)
Auf die Abtretung einer Forderung, die durch eine Buchhypothek gesichert ist, finden die Vorschriften der §§ 873, 878 BGB entsprechende Anwendung. Das bedeutet, eine durch eine Buchhypothek gesicherte Forderung wird durch
- **Einigung** hinsichtlich der Übertragung der gesicherten Forderung und
- **Eintragung** der Abtretung im Grundbuch übertragen.

Übertragung von **Forderungen**, die durch **Hypotheken gesichert** sind:

Buchhypothek

Eine **Forderung,** die **durch Buchhypothek gesichert ist,** wird übertragen durch

- **Einigung** hinsichtlich der Übertragung der gesicherten Forderung und
- **Eintragung im Grundbuch**.

Briefhypothek

Eine Forderung, die **durch Briefhypothek** gesichert ist, wird übertragen durch

- **schriftliche Abtretungserklärung**
  o d e r
  Eintragung der Abtretung und
- **Übergabe** des Hypothekenbriefs.

V. Gegenstand der Haftung (§§ 1147, 1120-1129 BGB)

*Kann eine Hypothek auf einem **Schwan** lasten* **?**

Die Befriedigung des Gläubigers erfolgt aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt. Sie erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1147 BGB)[53].

1. Das Grundstück
Haftungsobjekt für die Hypothek ist das belastete Grundstück.

2. Bestandteile und Erzeugnisse
Die ungetrennten wesentlichen Bestandteile (§§ 93 - 95 BGB) haften der Hypothek stets (z.B. Gebäude). Bestandteile und Erzeugnisse des Grundstücks bleiben auch nach der Trennung in der Haftung, solange sie noch im Eigentum des Grundstückseigentümers stehen (§ 1120 BGB).

3. Zubehör (§§ 97 f., 1120 BGB)
Die Haftung erstreckt sich auf das **Zubehör** des Grundstücks, soweit es in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt ist (§ 1120 BGB).

> *Beispiel:* **Hypotheken auf Schwänen** und **Kähnen**
> Zu einem Waldrestaurant gehört ein See mit Schwänen und Kähnen für das Vergnügen der Gäste. Schwäne und Kähne sind Zubehör des Grundstücks. Eine Hypothek erfasst Schwäne und Kähne als Zubehör.

Eine besondere praktische Bedeutung hat diese Haftung für bewegliche Sachen, die als Zubehör einem Geschäftsbetrieb auf dem Grundstück dienen.

> *Beispiel:* **Hypothek auf Lastwagen**
> Zu einem Grundstück mit einer Fabrik gehören Lastwagen. Die Lastwagen sind Zubehör. Die Hypothek erfasst die Lastwagen.
> Die wirtschaftliche Bedeutung ist leicht zu erkennen, da Lastwagen einen wirtschaftlichen Wert von mehreren hunderttausend €uro haben können und leicht zu veräußern sind.

Das Zubehör wird von der Haftung frei, wenn es vor der Beschlagnahme des Grundstücks veräußert und vom Grundstück dauernd entfernt wird (§ 1121 Abs. 1 BGB) oder wenn die Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft vor der Beschlagnahme aufgehoben wird (§ 1122 Abs. 2 BGB).
In diesem Zusammenhang kann es zu Kollisionen mit dem Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignungen an den Sachen kommen, da das Zubehör ein von der Hauptsache getrenntes, eigenes rechtliches Schicksal haben kann.

4. Miet- und Pachtzinsforderungen (§ 1123 BGB)
Die Hypothek erstreckt sich auf Miet- und Pachtforderungen, wenn das Grundstück vermietet oder verpachtet ist.

5. Versicherungsforderungen
Der Hypothek haften auch in gewissem Umfang Versicherungsforderungen, die einem Grundstückseigentümer aufgrund eines Versicherungsvertrags in einem Schadensfall gegen die Versicherung zustehen (§§ 1127 ff. BGB und §§ 100 ff. Versicherungsvertragsgesetz).

---

[53] Die Durchsetzung der Haftung gegen den Grundstückseigentümer setzt voraus, daß er zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist (§ 1147 BGB). In der Bankpraxis wird vom Grundstückseigentümer meist bereits bei Bestellung der Hypothek die sofortige Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung. Eine dem entsprechende notarielle Urkunde ist ein Vollstreckungstitel (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO).

VI. Arten der Hypothek

1. Buchhypothek (§ 1116 Abs. 2 S. 1 BGB)
Die Buchhypothek ist der Grundtypus der Hypothek. Bei der Buchhypothek ist die Erteilung eines Hypothekenbriefes ausgeschlossen (§ 1116 Abs. 2 S. 1 BGB).
Die Buchhypothek entsteht durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch.

2. Briefhypothek (§ 1116 BGB)
Die Briefhypothek wird vom BGB als die normale Art einer Hypothek angesehen und sie ist auch in der Praxis die Regelform einer Hypothek.
Charakteristisch ist für die Briefhypothek, daß das Hypothekenrecht in einem sog. **Hypothekenbrief** verbrieft wird (§ 1116 BGB). Der Hypothekenbrief ist von großer Bedeutung. Er enthält zunächst insbesondere die Angabe des belasteten Grundstücks und den Geldbetrag der Hypothek. Zudem aber ist er auch für die Begründung der Briefhypothek notwendig.
Bei der Begründung einer Buchhypothek erwirbt der Gläubiger die Hypothek durch Einigung und Eintragung.
Eine Briefhypothek dagegen erwirbt der Gläubiger erst mit der Übergabe des Hypothekenbriefs durch den Eigentümer des Grundstücks (§ 1117 BGB).
Auch für die Übertragung der Briefhypothek ist die Übergabe des Briefes erforderlich.

> § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB
> Zur Abtretung der Forderung ist die Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und die Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich; die Vorschriften des § 1117 BGB finden Anwendung.

Zur Übertragung einer Briefhypothek braucht man sich **also nicht an das Grundbuch** zu wenden.
Die Ausstellung des Hypothekenbriefs erfolgt durch das Grundbuchamt (§ 56 GrundbuchO) und seine Aushändigung erfolgt grundsätzlich an den Grundstückseigentümer (§ 60 GrundbuchO).

3. Sicherungshypothek
Der Grundsatz der Akzessorietät ist streng nur bei der sog. Sicherungshypothek durchgeführt. Bei der Sicherungshypothek bestimmen sich die Rechte des Gläubigers der Hypothek ausschließlich nach der gesicherten Forderung und der Gläubiger kann sich zum Beweise der Forderung nicht auf Eintragungen im Grundbuch berufen (§ 1184 BGB). Kann der Gläubiger also seine Forderung nicht nachweisen, so steht ihm auch das Hypothekenrecht nicht zu.
Die Sicherungshypothek kann nur als Buchhypothek bestellt werden (§ 1185 Abs. 1 BGB).

4. Verkehrshypothek (§ 1138 BGB)
Im Normalfall ist die streng akzessorische **Sicherungshypothek nicht praktikabel**.
Die Gläubiger haben ein berechtigtes Interesse, sich auf Eintragungen im Grundbuch "verlassen" zu können (z.B. Kreditinstitute).
Demgemäß hat der Gesetzgeber die strenge Akzessorietät für den Normalfall gelockert.
Durchbrechung der Akzessorietät bei der Verkehrshypothek
Wenn nichts anderes vereinbart ist, ist eine Hypothek eine sog. Verkehrshypothek, die auch dann von dem Gläubiger gem. §§ 891 ff. BGB gutgläubig erworben wird, wenn die zugrunde liegende Forderung nicht vorhanden war (§ 1138 BGB).
Der gutgläubige Erwerber einer Verkehrshypothekenforderung hat also eine dingliche Hypothekenforderung, ohne daß eine persönliche zu sichernde Forderung vorhanden ist.

Ein gutgläubiger Erwerber würde
- mit einer dinglichen **Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung** in das belastete Grundstück **Erfolg** haben, während er
- mit einer persönlichen **Klage auf Rückzahlung** einer Forderung **abgewiesen** würde.

Die **Verkehrshypothek** kann bestellt werden als
- Buchhypothek oder als
- Briefhypothek.

Die **Sicherungshypothek** kann demgegenüber nur als
- Buchhypothek bestellt werden.

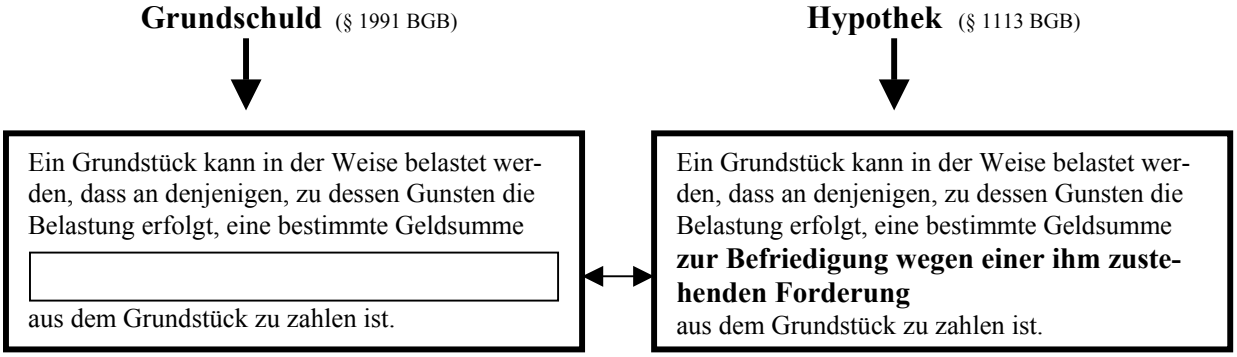
Verkehrshypothek → Buchhypothek
Verkehrshypothek → Briefhypothek

Sicherungshypothek → Buchhypothek

§ 11 Grundschuld (§§ 1191 - 1198 BGB)

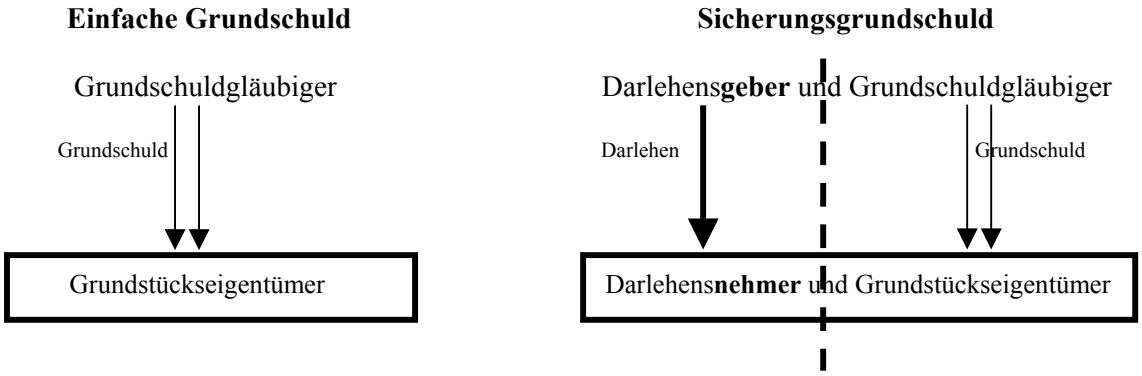
I. Begriff

Die Grundschuld ist eine Belastung eines Grundstücks - ebenso wie eine Hypothek.
Die Grundschuld ist **nicht** akzessorisch - die Hypothek ist akzessorisch.



Bei der Grundschuld fehlt im Gesetzestext die Passage: **„zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung“.** Das Gesetz vermeidet bei der Grundschuld jede Erwähnung einer Forderung.
Die Grundschuld ist abstrakt, sie ist ein **nicht akzessorisches** Sicherungsmittel.
Das ist der wesentliche Unterschied zu einer Hypothek.

Die Grundschuld kann als eine **nicht akzessorische** Belastung ohne eine zu sichernde Forderung bestehen. Sie kann allerdings auch zur Sicherheit für eine oder mehrere Forderung dienen, dann wird sie "**Sicherungsgrundschuld**" genannt. Aber auch die Sicherungsgrundschuld ist von der gesicherten Forderung nicht abhängig.



Die Sicherungsgrundschuld ist in der Praxis besonders dann vorteilhaft, wenn die zu sichernden Forderungen ausgewechselt werden sollen, oder wenn sie sich in ihrem Bestand verändern (z.B. Kontokorrentkredit) oder dergleichen (Zwischenfinanzierung bei Immobilienerwerb).

Auf die Grundschuld finden auf alle Vorschriften der Hypothek entsprechende Anwendung, soweit diese nicht von dem Vorhandensein einer Forderung ausgehen (§ 1192 BGB).

II. Begründung

Die Grundschuld kann durch einen Vertrag zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Grundschuldgläubiger als Buch- oder Briefgrundschuld bestellt werden.
Die **Buchgrundschuld** wird durch

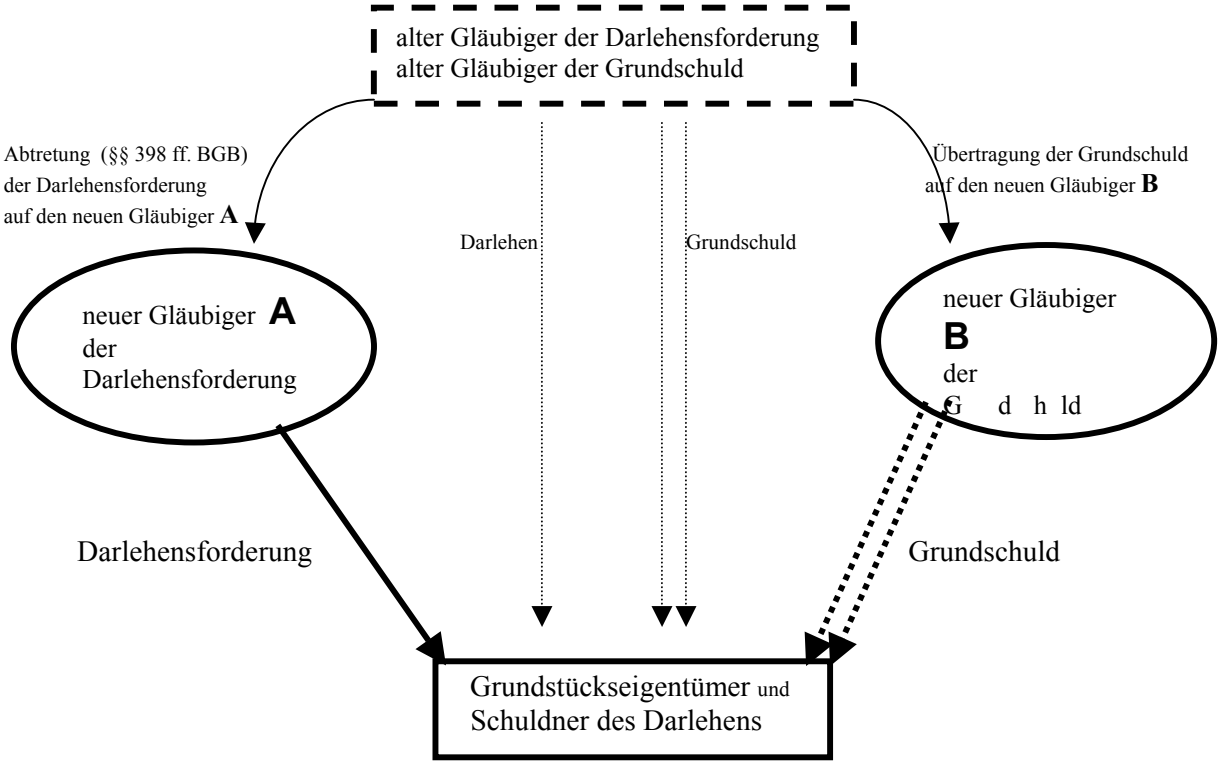
- **Einigung** und
- **Eintragung** in das Grundbuch bestellt (§ 873 BGB).

Die **Briefgrundschuld** wird durch
- **Einigung,**
- **Eintragung** in das Grundbuch und
- **Übergabe des Grundschuldbriefes** bestellt (§ 1117 BGB).

III. Übertragung

Bei der Übertragung einer Grundschuld ist zwischen der Buch- und der Briefgrundschuld zu unterscheiden.
Die Übertragung einer
- **Buchgrundschuld** geschieht wird durch
  - **Einigung** und
  - **Eintragung** (§§ 1192, 1154 Abs. 3 BGB).
- **Briefgrundschuld** erfolgt durch
  - **schriftliche Abtretung o d e r Eintragung der Abtretung** in das Grundbuch und
  - **Übergabe** des Grundschuldbriefs (§§ 1192, 1154 Abs. 1 BGB).

Keinesfalls geht eine Grundschuld automatisch nach § 401 BGB mit über, wenn die gesicherte Forderung nach §§ 398 ff. BGB abgetreten wird.
Demgemäß besteht bei einer durch eine Grundschuld gesicherten Forderung die Möglichkeit, daß der Gläubiger die Grundschuld an **A** und die gesicherte Forderung an **B** abtritt - sodaß sich der **Eigentümer des Grundstücks** und **Schuldner der Forderung** dann **zwei Gläubigern** gegenübersieht.



Bei einer derartigen Transaktion macht sich der Gläubiger wegen Verletzung der zugrunde liegenden Sicherungsabrede schadensersatzpflichtig. Der Gläubiger hätte nach der Sicherungsabrede die Grundschuld nicht isoliert abtreten dürfen.
Dem neuen Gläubiger **A** der Grundschuld gegenüber kann der Eigentümer und Schuldner diese Einrede jedoch nur geltend machen, wenn sie sich aus dem Grundbuch ergab (§ 1157 BGB).

Die Sicherungsabrede ist eintragungsfähig.

IV. Tilgung

Bei der Tilgung ist zu unterscheiden, ob die Grundschuld oder die zu sichernde Forderung getilgt werden soll.
Bei der Tilgung der Forderung bleibt die Grundschuld bestehen.
Tilgt der Eigentümer des Grundstücks die Grundschuld, dann erlischt die Grundschuld nicht, sondern sie geht auf ihn über und wird eine sog. Eigentümergrundschuld.

V. Die Eigentümergrundschuld (§ 1177 BGB)

Die Grundschuld kann - im Unterschied zu einer Hypothek - auch für den Eigentümer des Grundstücks selbst bestellt werden. Diese Grundschuld des Eigentümers an seinem eigenen Grundstück ist eine echte Grundschuld, mit der einzigen Besonderheit, daß er nicht von sich aus die Zwangsvollstreckung in sein eigenes Grundstück betreiben kann (§ 1197 BGB).
Die Bestellung einer Eigentümergrundschuld geschieht durch eine einseitige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt. Sie kann als Brief- oder Buchgrundschuld bestellt werden.
Die Möglichkeit der Eigentümergrundschuld erleichtert dem Grundstückseigentümer die Kreditbeschaffung. Er kann sich außerdem eine Rangstelle sichern. Er hat jederzeit die Möglichkeit, einen Kredit abzusichern, ohne daß dies für Dritte erkennbar ist. Denn die Abtretung erfolgt im allgemeinen durch Aushändigung des Grundschuldbriefs und durch eine schriftliche Abtretungserklärung. Eine Eintragung des neuen (Fremd)Grundschuldgläubigers in das Grundbuch erfolgt nicht.
Bei einer Veräußerung des Grundstücks verbleibt die Eigentümergrundschuld als normale Grundschuld (sog. Fremdgrundschuld) bei dem alten Grundstückseigentümer.

§ 12 Rentenschuld (§§ 1199 - 1203 BGB)

Die Rentenschuld ist eine besondere Art der Grundschuld.
Der Gläubiger kann hier statt einer einmaligen Kapitalsumme die **Zahlung einer Rente aus dem Grundstück** verlangen (§ 1192 BGB).
Der Gläubiger kann nur die Rente als eine **regelmäßig wiederkehrende Leistung** aus dem Grundstück verlangen.
Der Grundstückseigentümer hat jedoch die Möglichkeit, die Rentenschuld durch eine einmalige Kapitalleistung abzulösen (§§ 1201 ff. BGB). Die Ablösesumme muß bereits bei Bestellung der Rentenschuld im Grundbuch eingetragen werden.
Die Rentenschuld kann als Buch- oder Briefrentenschuld oder auch als Eigentümerrentenschuld bestellt werden.
Im übrigen finden auf die Rentenschuld die Vorschriften über die Grundschuld entsprechende Anwendung (§ 1200 BGB).