

1. Verbindlichkeit

Eine Verbindlichkeit der GbR besteht.

2. Haftung des K

Fraglich ist, wie K haftet. Im Gesellschaftsvertrag war lediglich eine beschränkte Haftung bestimmt. Allerdings kennt die Rechtsform der GbR keine, wie auch immer geartete, Haftungsbeschränkung des Gesellschafters.

Es könnte bei Vertragsschluss im Namen der KG konkludent mit erklärt worden sein, dass K nur beschränkt haftet. Jedoch ist allein aus der Firma nicht erkennbar, wer nur beschränkt haften soll. Auch ist es grds. nicht möglich, einseitig die Haftung zu beschränken. Eine diesbezügliche Einigung mit R über eine beschränkte Haftung des K ist jedoch nicht ersichtlich.

Es könnte jedoch § 176 I 2 HGB analog anzuwenden sein. Die Gründung einer KG liegt nicht vor, weshalb eine direkte Anwendung ausscheidet. Allerdings würde bei einer KG die Nichteintragung der Kommanditistenstel-

lung im Handelsregister bei einem Kleingewerbe nicht schaden. Dann, so könnte man argumentieren, müsste dies erst recht gelten, wenn nur eine GbR vorliegt.

Jedoch fehlt bei einer GbR von vornherein die Unterscheidung zwischen Kleingewerbe und kaufmännischem Betrieb. Auch würde durch eine Zulassung der Analogie der Anreiz gesetzt, erst gar keine Handelsregister-Eintragung zu bewirken. Zum Schutze des Rechtsverkehrs ist vielmehr zu fordern, dass Gesellschafter, die Haftungsbeschränkungen etablieren möchten, diese ins Handelsregister eintragen lassen.

Somit scheidet eine analoge Anwendung aus.

Eine Haftung des K bestimmt sich wie diejenige eines normalen GbR-Gesellschafters gem. § 128 I HGB analog.

3. Ergebnis

Ein Anspruch R gegen K besteht in voller Höhe.

Philipp Lee*

Klausur Sachenrecht II

Die Klausur behandelt schwerpunktmäßig die Eigentumsübertragung in der Konstellation eines Bürgschaftsvertrags. Darüber hinaus wird ein gewährleistungsrechtlicher Herausgabeanspruch abgeprüft, der auf einem Rücktrittsrecht beruht.

Sachverhalt

Fuhrunternehmer K erwirbt vom Kfz-Händler V unter Eigentumsvorbehalt einen Lkw zum Preis von 100.000 €, zahlbar in zwei Raten zu jeweils 50.000 €. Die erste Rate wird bei Übergabe fällig. Die zweite Rate ein Jahr später. V verlangt von K zur Absicherung der zweiten Rate eine Sicherheit. K wendet sich daraufhin an den Spediteur F, für den er regelmäßig Möbeltransporte durchführt. F erklärt sich gegenüber K zur unentgeltlichen Übernahme der Bürgschaft für die zweite Rate bereit und schließt mit V formwirksam einen Vertrag über eine selbstschuldnerische Bürgschaft.

Variante 1

K bleibt die Zahlung der zweiten Rate schuldig. V nimmt daraufhin den F aus der Bürgschaft in Anspruch. F leistet Zahlung und nimmt anschließend K erfolglos in Re-

gress. F bittet Sie um Prüfung, ob er 1) zunächst von V die Übertragung des Eigentums am Lkw und sodann 2) von K Herausgabe des Lkw verlangen kann.

Hinweis: Bitte prüfen Sie den Herausgabeanspruch des F gegen K auch dann, wenn Sie einen Anspruch des F gegen V auf Übertragung des Eigentums abgelehnt haben, und unterstellen Sie insoweit, dass ein Übergang des Eigentums auf F erfolgt ist.

Abwandlung zu Variante 1

F schuldet dem K aus diversen Transporten noch Beförderungsentgelte in Höhe von 50.000 €.

Hinweis: Bitte unterstellen Sie bei der Bearbeitung, dass ein Übergang des Eigentums an F erfolgt ist und beschränken Ihre Prüfung auf den Herausgabeanspruch.

Variante 2

K bleibt die Zahlung der zweiten Rate schuldig, weil er meint, nach fruchtlosem Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung berechtigt zu sein, den Kaufpreis wegen erheblicher Mängel des Lkw um 50 % zu mindern. V bestreitet

das Vorliegen von Mängeln im Zeitpunkt der Übergabe des Lkw und nimmt F aus der Bürgschaft in Anspruch. F bittet Sie um Prüfung, ob er

1. zur Zahlung verpflichtet ist und
2. im Falle der Zahlung Regress bei K nehmen kann.

Hinweis: Bitte unterstellen Sie bei der Bearbeitung, dass K die Minderung noch nicht erklärt hat, die Gewährleistungsrechte des K nicht nach § 377 HGB ausgeschlossen sind und eine Klärung der Mangelhaftigkeit erst in einem Prozess des V gegen F erfolgen würde.

Abwandlung zu Variante 2

Wie fällt die Prüfung aus, wenn sich F gegenüber V zur Zahlung auf „erstes Anfordern“ verpflichtet hat?

Gutachten

A. Variante 1

Fraglich ist, ob F gegen V einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums hat.¹ Dies würde allerdings von vornherein ausscheiden, sofern F bereits durch die Zahlung automatisch Eigentümer geworden ist.

I. Eigentumsübertragung von V an F gem. §§ 774 I 1, 412, 401 I BGB

F könnte gem. §§ 774 I 1, 412, 401 I BGB qua Gesetz Eigentümer des Lkw geworden sein.

1. Bürgschaftsvertrag

Ein formwirksamer Bürgschaftsvertrag i. S. v. § 765 I BGB wurde geschlossen.

2. Bestehen der Hauptforderung

Es müsste gem. § 767 I 1 BGB eine Hauptforderung bestehen. Zwischen V und K wurde ein Kaufvertrag, § 433 BGB, geschlossen. Hieraus folgt ein Anspruch des V gegen K gem. § 433 II BGB auf Zahlung des Kaufpreises. F hat sich für die somit bestehende, zweite Kaufpreisrate verbürgt. Eine gesicherte Hauptforderung besteht.

3. Befriedigung des Gläubigers

F zahlte auf seine Bürgschaftsschuld gegenüber V und befriedigte somit den Gläubiger der Hauptforderung.

4. Rechtsfolge

Gemäß § 774 I 1 BGB ist somit die Hauptforderung (§ 433 II BGB) in Höhe von 50.000 € auf F übergegangen.

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2015 zur Vorlesung Sachenrecht II von Prof. Dr. Robert Koch an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg gestellt wurde.

Gemäß §§ 412, 401 I BGB würden auch bestehende akzessorische Sicherheiten, die die Forderung sichern, auf F übergehen. Zwischen V und K wurde ein Kauf unter Eigentumsvorbehalt vereinbart, d. h. unter Zugrundlegung der Auslegungsregel des § 449 I BGB hat sich V nur verpflichtet, das Eigentum am Lkw unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung zu übertragen (§§ 929 S. 1, 158 I BGB). Es ist davon auszugehen, dass die auch auf dinglicher Ebene so geschah. Der Eigentumsvorbehalt ist jedoch in der Aufzählung des § 401 I BGB nicht enthalten. Eine direkte Anwendung und eine direkte Übertragung des Sicherungseigentums qua Gesetz scheiden sonst aus. In Betracht kommt somit eine analoge Anwendung. Allerdings ist schon unter dem Gesichtspunkt der planwidrigen Regelungslücke zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber das Vorkommen der Sicherung des Kaufpreisanspruchs durch den Eigentumsvorbehalt gekannt hat, wie sich aus § 449 BGB schließen lässt. Zudem ist unter Berücksichtigung des Prinzips der Publizität des Sachenrechts und des Enumerationsprinzip problematisch, einen gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Fall einen Eigentumserwerbs per Analogie anzunehmen. Eine analoge Anwendung von § 401 I BGB scheidet somit aus. Somit ist F nicht Eigentümer des Lkw.

II. Anspruch F gegen V auf Übertragung des Eigentums aus dem Bürgschaftsvertrag

Ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Lkw könnte sich allerdings aus dem Bürgschaftsvertrag ergeben.

1. Bürgschaftsvertrag, Hauptverbindlichkeit

Ein wirksamer Bürgschaftsvertrag und die gesicherte Forderung bestehen (s. o.).

2. Befriedigung des Gläubigers

F leistete an V Zahlung und befriedigte so den Gläubiger.

3. Auslegung des Vertrages

In Bezug darauf, was im Falle der Inanspruchnahme des F durch V mit dem Eigentum des V am Lkw geschehen soll, wurde keine ausdrückliche Abrede getroffen. Den Parteien war allerdings klar, dass F im Fall seiner Inanspruchnahme freilich auf die Schuld des K aus § 433 II BGB direkt zahlen würde, was dazu führen würde, dass durch Bedingungseintritt das Anwartschaftsrecht des K zum Vollrecht erstarkt. Vielmehr war klar, dass F auf seine eigene Verbindlichkeit gegenüber V aus §§ 765 I, 433 II BGB zahlen würde.

Sonst ist jedoch klar, dass V im Falle der Zahlung durch F weiterhin Eigentümer des Lkw bleiben würde, ohne dass V weiter ein Sicherungsinteresse hat. In Ermangelung einer ausdrücklichen Abrede zwischen V und F kommt

¹ An dieser Stelle hätte eine Norm angegeben werden sollen.

somit eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht. Dazu müsste eine planwidrige Regelungslücke vorliegen. Hinsichtlich der Regelungslücke ist bereits erläutert worden, dass keine Abrede darüber besteht, was im Falle der Zahlung durch F mit dem Eigentum des V geschehen sollte. Allerdings besteht ein erheblicher Klärungsbedarf bezüglich dieser Frage, da im Falle der Zahlung durch F es für den Regress bei K gerade darauf ankommt, wer Eigentümer des Lkw ist. Es ist somit davon auszugehen, dass die Regelungslücke planwidrig ist. Somit ist der Anwendungsbereich einer ergänzenden Vertragsauslegung eröffnet. Zu klären ist, was die Parteien redlicher Weise vereinbart hätten, wenn sie an den betreffenden Punkt gedacht hätten. Dabei ist unter Rückgriff auf die gesetzliche Wertung des § 401 I BGB zunächst festzustellen, dass eine Übertragung der Sicherheit in Form des Eigentumsvorbehalts an F vereinbart worden wäre. V hat letztlich durch die Zahlung des F erhalten, was er begehrte, nämlich den vollen Kaufpreis. Er hat kein weitergehendes Interesse daran, weiter Eigentümer des Lkw zu bleiben. F hingegen ist nun dem Regressrisiko gegen K ausgesetzt und hat ein schützenswertes Interesse daran, eine Sicherheit zu haben. Jedoch hat sich F nur für die Hälfte der Kaufpreisschuld verbürgt. Daher käme auch ein Anspruch auf Übertragung eines Miteigentumsanteils im Sinne von § 741 BGB in Betracht. Es spricht jedoch für eine Übertragungspflicht des vollen Eigentums, dass V jedes Sicherungsinteresse verloren hat. Zudem wäre im Falle eines Regresses und der Vermutung des Eigentumsvorbehalts sonst immer eine gemeinschaftliche Abstimmung zwischen V und F nötig. Auch ein eventuelles Rücktrittsrecht könnte gemäß § 351 BGB nur gemeinschaftlich ausgeübt werden. Dies wird dem Interesse der Parteien nicht gerecht. Somit ist ein vertraglicher Anspruch des F gegen V auf Übertragung des Eigentums gemäß §§ 929 S. 1, 931 BGB anzunehmen.²

4. Ergebnis

Ein Eigentumsübertragungsanspruch besteht.

II. Herausgabeanspruch F gegen K gem. §§ 346 I, 323 I, 449 II BGB

F könnte gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Lkw gemäß §§ 346 I, 323 I, 449 II BGB haben, wenn ein Rücktrittsrecht besteht, F Inhaber des Rücktrittsrechts ist und F den Rücktritt erklärt hat.

1. Rücktrittsrecht

In Ermangelung eines vertraglich zwischen V und K vereinbarten Rücktrittsrechts kommt nur ein gesetzliches in Betracht. Ein solches könnte sich aus § 323 I BGB ergeben. In einem Kaufvertrag verpflichtet sich die eine Partei zur Übergabe und Übereignung der Sa-

che, um den Kaufpreis zu erhalten und vice versa. Die Hauptleistungspflichten stehen als im Gegenseitigkeitsverhältnis. Ein synallagmatischer Vertrag ist gegeben. K könnte eine Pflicht aus dem Kaufvertrag verletzt haben. In Betracht kommt die Nichtzahlung auf eine fällige und durchsetzbare Zahlungspflicht trotz Fristsetzung, wenn diese nicht gem. § 323 II BGB entbehrlich war. K hat auf den fälligen Zahlungsanspruch aus § 433 II nicht gezahlt. Eine Frist wurde nicht gesetzt. Es kommt jedoch der Fristsetzungsentbehrlichkeitstatbestand des § 323 II Nr. 1 BGB in Betracht. F nahm K erfolglos in Regress. Somit ist davon auszugehen, dass K die Zahlung endgültig verweigerte. Eine Fristsetzung war mithin entbehrlich. Ein Rücktrittsrecht ist entstanden.

2. Übertragung des Rücktrittsrecht

Grundsätzlich ist ein Rücktrittsrecht als Gestaltungsrecht akzessorisch mit dem Vertrag verbunden. Es ist jedoch jedenfalls davon auszugehen, dass die oben dargestellte ergänzende Auslegung des Bürgschaftsvertrags ergibt, dass V dem F ebenfalls verpflichtet ist, die Gestaltungsrecht aus seinem Vertrag gem. §§ 413, 398 BGB zu übertragen. Anderenfalls wäre das Sicherungseigentum sinnlos, da es nicht verwertet werden könnte. Es ist somit davon auszugehen, dass mit der erfolgten Eigentumsübertragung an F konkludent in Erfüllung der Bürgschaftspflichten das Rücktrittsrecht gegen K abgetreten bzw. übertragen wurde. F ist daher Inhaber des Rücktrittsrechts.

3. Ausübung des Rücktrittsrechts

Die Ausübung des Rücktrittsrechts erfolgt gemäß § 349 BGB durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil, hier K.

4. Rechtsfolge

Gemäß §§ 348, 320 BGB sind die sich aus dem Rücktritt ergebenden Ansprüche Zug-um-Zug zu erfüllen. Somit hat K – die Ausübung des Rücktrittsrecht unterstellt – gegen Zahlung von 50.000 € Zug-um-Zug den Lkw an F herauszugeben.³

B. Abwandlung Variante 1

I. Anspruch F gegen K gem. §§ 346 I, 323 I, 449 II BGB

1. Anspruchsentstehung

Bei der Entstehung des Rücktrittsrechts und der Rückgewähransprüche ergeben sich keine Unterschiede zum oben Gesagten.

² Dies folgt aus einer ergänzenden Vertragsauslegung des Bürgschaftsvertrages.

³ An dieser Stelle hätte noch ein Anspruch aus § 985 BGB geprüft werden können.

2. Durchsetzbarkeit

Hinsichtlich der rückwirkenden Unwirksamkeit bzw. der Durchsetzbarkeit bestehen jedoch Bedenken.

a) § 352 BGB

Gem. § 352 BGB könnte die Ausübung des Rücktrittsrechts rückwirkend unwirksam sein, wenn der Schuldner K sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung gem. § 389 BGB befreien konnte. Die fälligen Beförderungsentgelte des K stellen gleichartigen Forderungen gegen F dar, die seit dem Übergang der Hauptverbindlichkeit auf F, §§ 774 I 1, 433 II BGB, jenem aufrechenbar gegenüberstehen. Sofern K sich hierauf unverzüglich (§ 121 I 1 BGB) beruft, wird somit der Rücktritt des F unwirksam.⁴

b) §§ 348, 320 BGB

Weiterhin steht dem K gegen F die Einrede aus §§ 348, 320 BGB zu, d. h. er muss nur Zug-um-Zug gegen Zahlung von 50.000 € leisten. Diese, schon oben festgestellte Einrede, braucht aufgrund des synallagmatischen Verhältnisses nicht explizit erhoben zu werden.

c) §§ 774 I 3, 273 I BGB

Weiterhin stehen dem K gem. § 774 I 3 BGB die Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zu F zu. Dazu zählt das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 I BGB hinsichtlich der fälligen Beförderungsentgelte, § 632 BGB, die aus einer bestehenden Geschäftsverbindung stammen und somit konnex mit dem Anspruch des F gegen K sind. Diese Einrede muss K allerdings erheben. Sofern er sie erhebt, müsste F zusätzlich 50.000 € an K leisten, um den Lkw zu bekommen.

II. Ergebnis

Sofern K nichts weiter erklärt, besteht weiterhin der Anspruch des F auf Herausgabe des Lkw Zug-um-Zug gegen Zahlung von 50.000 €. ⁵ Sofern K die Aufrechenbarkeit gem. § 352 BGB geltend macht, besteht der Anspruch hingegen nicht. Sofern K sich auf die Einrede aus § 273 I BGB beruft, besteht der Herausgabeanspruch nur Zug-um-Zug in Höhe von 100.000 €.

C. Variante 2

I. Anspruch V gegen F aus §§ 765 I, 433 II BGB

1. Bestehen des Bürgschaftsvertrags und der Hauptverbindlichkeit

Hinsichtlich des Bürgschaftsvertrags und der Hauptverbindlichkeit bestehen keine Unterschiede zu Variante 1.

⁴ Hier geht es aber um einen Anspruch auf Herausgabe?! Zusammenhang? Das muss deutlich gemacht werden.

⁵ Diese Schlussfolgerung hat zur Bedingung, dass der F den Rücktritt erklärt.

Sonst besteht ein Bürgschaftsvertrag bzgl. der Hauptforderung aus § 433 II in Höhe von 50.000 €.

2. Keine Erklärung der Minderung

Gemäß § 767 I 1 BGB ist für die Bürgenschuld der Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. K hat jedoch sein sich aus §§ 437 Nr. 2, 441 I BGB ergebendes Minderungsrecht nicht ausgeübt, was gemäß §§ 346 I, 441 IV 2 BGB den Untergang der Forderung in Höhe von 50.000 € bewirkt hätte. Somit besteht die Bürgenschuld in voller Höhe.⁶

3. § 768 I 1 BGB

Jedoch kann gem. § 768 I 1 der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Es ist zu klären, inwieweit aufgrund des Minderungsrecht des K diesem Einreden gegenüber V zustehen. In Betracht kommt die Einrede aus § 320 I BGB. V ist dem K gem. § 433 I 2 BGB verpflichtet, den Lkw frei von Mängeln zu liefern. Sollte dies nicht der Fall sein, so hätte K gegen V ein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 I BGB. V hat seine Leistung allerdings jedenfalls schon teilweise erbracht, weshalb § 320 I BGB einschlägig ist. Der Mangel ist nach den Angaben des K jedoch nicht geringfügig. Auch hat K bereits 50.000 € gezahlt, weshalb es unter Berücksichtigung der Wertung des § 641 III BGB auch nicht unbillig erscheint, die Hälfte der Kaufpreises zurückzubehalten. Somit kann K gegen V die Einrede aus § 320 I BGB in Höhe von 50.000 € entgegenhalten. Ebendiese Einrede steht gem. § 768 I 1 BGB auch F zu.

4. § 771 S. 1 BGB

F hat sich „rechtsschuldnerisch“ verbürgt, also auf die Einrede der Vorausklage gem. § 773 I 1 BGB verzichtet. Somit steht ihm diese nicht zu.

5. § 770 I BGB analog

Ferner könnte F eine Einrede aus § 770 I BGB analog zustehen. Zwar liegt keine Anfechtbarkeit des zu Grunde liegenden Kaufvertrags vor, weshalb eine direkte Anwendung ausscheidet. Jedoch scheint die Interessenlage der Parteien durchaus vergleichbar: Im Falle der Minderung hängt es von der Erklärung derselben ab, ob die Folgen der Minderung eintreten, also ob die Forderung in geminderter Höhe untergeht. Ebenso verhält es sich im Falle der Anfechtbarkeit, wo es auf die Erklärung der Anfechtung gem. § 143 I BGB ankommt, damit die Folge des Forderungsuntergang eintritt. In beiden Fällen ist der Bürge aufgrund des Gestaltungsrechts mit der Unsicherheit belastet, ob das Recht nun ausgeübt wird oder nicht. Der Hauptschuldner hingegen hat ohnehin damit zu rechnen, dass die Anfechtung oder Minderung erklärt wird und hätte dann keinen Grund, sich insoweit an den Bürgen zu halten. Allerdings ist in Fällen der Ausübung von Gestaltungsrechten wegen

⁶ Die Bürgenschuld besteht nur, wenn diese berechtigt ist.

Mangelhaftigkeit der Kaufsache der Bürge bereits über §§ 768 I 1, 320 I BGB (s.o.) hinreichend geschützt. Somit liegt keine Regelungslücke vor. Eine analoge Anwendung von § 770 I BGB in diesen Fällen ist daher methodisch unzulässig und abzulehnen.⁷

5. Ergebnis

F kann gem. § 768 I 1, 320 BGB die Einrede des nicht-erfüllten Vertrags erheben und die Erfüllung der Bürgschaftsverbindlichkeit verweigern.

II. Anspruch F gegen K aus §§ 433 II, 774 I 1 BGB

F könnte gegen K einen Regressanspruch gem. § 433 II, 774 I 1 BGB haben, wenn er an V leistet.

1. Anspruchsentstehung

Sofern F auf die bestehende Bürgschaftsschuld leistet, geht gem. §§ 774 I 1, 412 BGB die Forderung des V gegen K aus § 433 II BGB in Höhe von 50.000 € auf ihn über.

2. Durchsetzbarkeit

Diesem Anspruch kann K allerdings gem. §§ 412, 404 BGB die Einrede gegen V aus § 320 I BGB wegen der mangelhaften Leistung entgegenhalten.

3. Ergebnis

Sofern sich K hierauf beruft, ist der Anspruch aus §§ 433 II, 774 I 1 BGB nicht durchsetzbar.

III. Anspruch F gegen K, §§ 662, 670 BGB

F könnte allerdings gegen K einen Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. §§ 662, 670 BGB haben.

1. Auftrag

K wandte sich an F, um diesen zu bitten, für ihn unentgeltlich eine Bürgschaft zu Gunsten des V einzugehen. F stimmte zu. Wegen der besonderen Tragweite und wirtschaftlichen Bedeutung dieses Geschäfts kommt ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis nicht in Betracht. Ein Auftragsvertrag, § 662 BGB, wurde geschlossen.

2. Aufwendungen

Aufwendungen sind freiwillige Vermögenseinbußen. F zahlte freiwillig 50.000 € an V. Dies tat er in Ausführung des Auftrags, nämlich der Eingehung und Abwicklung der Bürgschaft.

3. Erforderlichkeit

Gem. § 670 BGB müsste gegeben sein, dass F die Aufwendung für erforderlich halten dürfte. Hierbei gilt ein objektiv-subjektiver Maßstab. Aufgrund der Behauptung bzw. Mitteilung des K, der Lkw sei mangelhaft, hatte F Kenntnis davon, dass die Forderung des V möglicherweise unbegründet bzw. zunächst gem. § 329 I BGB nicht durchsetzbar war. Vor diesem Hintergrund hätte F bei Unklarheit zumindest nähere Erkundigungen darüber einholen müssen, ob der Mangel tatsächlich vorliegt, etwa indem er eine Besichtigung des Lkw macht oder einen Sachverständigen beauftragt. Indem F jedoch einfach zahlte, beraubte er K seiner Druckmittel gegen V. Er handelte insoweit erkennbar außerhalb des Interesses des K, der sich nun mit F auseinandersetzen muss.⁸ F durfte somit die Zahlung nicht für erforderlich halten.

Ein Anspruch aus §§ 662, 670 BGB scheidet aus.

4. Ergebnis

Ein Anspruch aus §§ 662, 670 BGB scheidet aus.

D. Abwandlung Variante 2

I. Anspruch V gegen F aus §§ 765 I, 433 II BGB

1. Anspruchsentstehung

Ein wirksamer Bürgschaftsvertrag und eine Hauptforderung bestehen.

2. Durchsetzbarkeit

F hat sich zu einer Bürgschaft „auf erstes Anfordern“ verpflichtet. Eine Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB ergibt, dass dieser im Geschäftsverkehr häufig genutzte Terminus bedeutet, dass der Bürge aus alle Einreden grundsätzlich verzichtet. Dies bedeutet, dass der Bürgschaftsgläubiger nur behaupten muss, der Anspruch bestehe, und der Bürge hierauf sofort zahlen muss. Infolgedessen enthält eine solche Bürgschaft einen Verzicht auf die Einrede aus §§ 768 I 1, 771 S. 1, 770 I BGB. Somit kann vorliegend F nicht die möglicherweise bestehende Einrede des K gem. §§ 768 I 1, 320 I BGB geltend machen.

3. § 242 BGB

Einzige Grenze einer solchen Bürgschaft wäre, dass die Anforderung des Gläubigers gegen § 242 BGB verstößt, weil die Forderung offensichtlich unbegründet und die Inanspruchnahme daher rechtmisbräuchlich ist. Vorliegend ist jedoch streitig, ob ein Mangel vorliegt. Es kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der Anspruch des V in voller Höhe besteht. Der Einwand des § 242 BGB scheidet aus.

II. Anspruch F gegen K aus § 433 II, 774 I 1 BGB

Hinsichtlich des Anspruchs gegen K aus §§ 433 II, 774 I 1 BGB ergeben sich keine Besonderheiten im Vergleich zum unter Punkt B Gesagten.

⁸ Der F muss also eine Klage gegen sich in Kauf nehmen. Diese Tatsache hätte bei der Abwägung mit einfließen können.

⁷ Diese Lösung ist vertretbar.

III. Anspruch F gegen K aus §§ 662, 670 BGB

1. Auftrag, Aufwendungen

Ein Auftragsverhältnis und Aufwendungen liegen vor.

2. Erforderlichkeit

Bei einer Bürgschaft „auf erstes Auffordern“ muss der Bürge auf Aufforderung des Gläubigers sofort zahlen,

auch wenn der Bestand der Forderung strittig ist. Somit musste F zahlen und durfte dies somit auch für erforderlich halten. Wenn K den F zu einer solchen Bürgschaft beauftragt, dann muss K eben dieses Risiko der möglichen grundlosen Inanspruchnahme tragen.

3. Ergebnis

Ein Anspruch des F gegen K i. H. v. 50.000 € besteht.

Friederike Driftmann*

Bona Fides – zur Entwicklungsgeschichte, Ausgestaltung und aktuellen Relevanz von „Treu und Glauben“ im Völkerrecht

Die Verfasserin setzt sich mit der Geschichte und Entwicklung des Prinzips der bona fides im Völkerrecht auseinander. Auf Basis dieser Untersuchung erläutert sie in einem zweiten Schritt die aktuelle Relevanz des allgemeinen Rechtsgrundsatzes für das Völkerrecht.

I. Einführung

Im deutschen Recht wird der Grundsatz von Treu und Glauben metaphorisch mit dem Bild einer Eiche verglichen, die ihre Schatten auf die gesamte Rechtsordnung wirft.¹ § 242 BGB wird daher als „königlicher Paragraph“ bezeichnet.² Dieser Vergleich kann sinnbildlich auch für den völkerrechtlichen Grundsatz der *bona fides* stehen, der sich als Auslegungsformel und Verhaltensmaßstab etabliert hat und das gesamte materielle Völkerrecht prägt. Obwohl sie inzwischen in das geschriebene Völkerrecht aufgenommen wurde, beschränkt sich die Geltung der *bona fides* nach dem philosophischen und historischen Gehalt dabei keineswegs auf einzelne kodifizierte Normen.³ Vielmehr dient der Grundsatz

von Treu und Glauben in Form eines „übergesetzlichen Rechtssatzes“ als Grundlage nationaler und internationaler Bestimmungen und ist nahezu allen Rechtsordnungen immanent.⁴

Gerade im fragmentarischen Völkerrecht erfüllen die allgemeinen Rechtsgrundsätze durch das Schließen von Rechtslücken eine besondere Funktion gerade dort, wo „der Rückzug auf die staatliche Souveränität nicht angemessen erschiene.“⁵ Auf der anderen Seite wird das Prinzip der *bona fides* als zu durchlässig, doppeldeutig und unbestimmt kritisiert.⁶

Die Frage der aktuellen Relevanz der *bona fides* lässt sich nur durch eine Untersuchung ihrer Geschichte und Ausgestaltung nachvollziehen. Besonderes Augenmerk sollte dabei auf die Reziprozität des Grundsatzes gelegt werden. Neben einer historischen Herleitung ist daher auch die Frage der Terminologie zu stellen, die in der deutschen Sprache mit der Bezeichnung „Treu und Glauben“ besonders markant hervortritt. Schließlich bedarf ein Baum, dessen Schatten auf der gesamten Völkerrechtsordnung liegt, einer großen Baumkrone mit vielen Ästen. Der Umfang des Gutglaubensgrundsatzes kann daher nur in der Gesamtheit seiner abgeleiteten Grundsätze verstanden werden. Ausblickend sollte sich die Frage stellen, inwiefern der Grundsatz der *bona fides* Ausdruck einer geeinten Wertegemeinschaft ist und wie seine Rolle angesichts deren zunehmender Fragmentierung zu bestimmen ist.

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Examenshausarbeit der Verfasserin aus dem Wintersemester 2014/2015 im von Prof. Dr. Markus Kotzur LL.M. (Duke) an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg veranstalteten Seminar „Allgemeine Rechtsgrundsätze im Völkerrecht“ im Schwerpunkt Europa- und Völkerrecht, die mit „gut“ bewertet wurde.

1 Ebke/Steinhauer, The Doctrine of good faith in German Contract Law, in: Beatson/Friedman (Hg.), Good Faith and Fault in Contract Law, 1997, S. 171, zitiert von Meyer-Rudel, Der Gedanke der Bona Fides: eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand des deutschen und italienischen Vertragsrechts, 2005, S. 6.

2 Meyer-Rudel, (Fn. 1), S. 5 m. w. N.

3 Kotzur, Good Faith (Bona fide), in Wolfrum (Hg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009, Rn. 1, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1412?rskey=V73guj&result=4&prid=EPIL> (17.11.2015).

4 Vgl. BGH NJW 1993, 259ff (263).

5 von Arnould, Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, S. 112 Rn. 269.

6 So beschreibt Kotzur, (Fn. 3), Rn. 1.