

Leistungskontrollklausur
am 9. Februar 2012, 9 - 11 Uhr, Audimax

zur Vorlesung Schuldrecht Bes. Teil
- Vertragliche und gesetzliche Schuldverhältnisse -
(5-stündig mit Tutorium)
WS 2011/2012

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung

Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. *Michael Martinek*, M.C.J. (New York)
und Privatdozent Dr. *Michael Anton*, LL.M. (Johannesburg)

Lösungshinweise

Vorbemerkung:

Für jede Bearbeitung eines der drei Fälle können bis zu 6 Punkten erworben werden, so dass im Höchstfall insgesamt 18 Punkte erzielt werden. Die 6 Punkte zu einer Fallfrage müssen allerdings für wirklich hervorragende Bearbeitungen reserviert bleiben. Nur wer sämtliche Gesichtspunkte des Falles ordentlich ausgelotet hat, kann diese Höchstpunktzahl erwerben. Es ist folgendes Bewertungsschema zugrunde zu legen:

0 Punkte	-	ungenügend
1 Punkt	-	mangelhaft
2 Punkte	-	ausreichend
3 Punkte	-	befriedigend
4 Punkte	-	voll befriedigend
5 Punkte	-	gut
6 Punkte	-	sehr gut

Halbe oder Viertelpunkte sollten nicht verteilt werden. Bei der Bewertung sind nicht nur die inhaltliche Darstellung, sondern auch der Aufbau sowie die Rechtschreibung einschließlich der Interpunktion zu berücksichtigen. Die Summe sämtlicher Punkte zu allen drei Fragen bildet das Endergebnis, das sodann als Punktzahl und als Note zugrunde zu legen ist, wofür die vertraute juristische Benotung maßgeblich ist.

Vielfach dürfte es angemessen sein, den Kandidaten einige nähere Begründungen zu der Benotung zu geben und ihn auf besondere Schwächen bzw. Stärken der Klausur, insbesondere auf Verbesserungsnotwendigkeiten hinzuweisen. Es folgen die Lösungshinweise zu den drei Fällen:

Paragrafen ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB

Fall 1 (Schenkungsrecht):

Die N hat gegen O einen Anspruch aus § 985 auf Herausgabe des Sparbuchs, wenn sie Eigentümerin und O Besitzer ohne Recht zum Besitz ist. Ein Eigentumserwerb vom ursprünglichen Eigentümer O durch N nach § 929 ff. ist nicht erfolgt. Wohl aber kann N das Eigentum am Sparbuch gem. § 952 durch die Abtretung der Guthabenforderung gegen die Sparkasse erworben haben. Nach Sinn und Zweck des § 952 werden alle Urkunden von dieser Norm erfasst, bei denen das in ihnen verbriefte Recht nicht durch sachenrechtliche Verfügung übertragen wird, also der Satz „Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier“ *nicht* gilt. Vielmehr ist § 952 nur auf „schuldrechtliche“ Urkunden anwendbar, bei denen der Satz gilt „Das Recht am Papier folgt dem Recht aus dem Papier“. Zu diesen Urkunden nach § 952 gehören auch die in § 808 behandelten sog. „hinkenden Inhaberpapiere“. Ein Spar(kassen)buch ist eine solche Urkunde gem. § 808. Demgemäß kann N das Eigentum an dem Sparbuch erworben haben, wenn ihr O seine Forderung gegen die Bank auf Auszahlung des Sparguthabens gem. § 398 abgetreten hat.

Ob die Forderung gegen die Sparkasse abgetreten sein soll oder ob O der N den Pkw selbst schenken wollte, ist durch Auslegung zu ermitteln. Die Bereitstellung oder Zuwendung von Mitteln zum Erwerb eines *bestimmten* Gegenstandes wird meist eher als Schenkung dieses Gegenstandes selbst anzusehen sein, was insbesondere wegen der §§ 529 ff., 531 Abs. 2 folgenreich ist. Wenn aber, wie hier, der Gegenstand noch mehr oder weniger *unbestimmt* ist, wird man im Zweifel eher das für einen Erwerb erforderliche Geld als Geschenk ansehen müssen. Im vorliegenden Fall wird deshalb aus der Sicht der N (§§ 133, 157) die Erklärung des O als Angebot zur Abtretung (§§ 145 ff., 398) seiner Forderung gegen die Sparkasse (§ 488 Abs. 1 S. 2) anzusehen sein, damit N das Geld zum Erwerb eines Autos verwenden kann. Dabei ist nicht erkennbar, dass O die Zusendung des Sparbuchs zur aufschiebenden Bedingung einer Abtretung machen wollte, §§ 398, 158 Abs. 1. Die N hat das Abtretungsangebot angenommen und ist damit gem. § 398 S. 2 Gläubigerin der Forderung aus dem Sparguthaben geworden. Hierbei geht es ausschließlich um den Erwerb der Forderung durch eine Verfügung gem. § 398, die vom Bestehen eines schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts bzw. eines Kausalgeschäfts und damit von §§ 516, 518 unabhängig ist (Abstraktionsprinzip!). N hat die Forderung erworben und ist gem. § 952 Eigentümerin des Sparbuchs geworden.

Möglicherweise kann O aber dem Herausgabeanspruch der N mit einem Einwand aus § 242 begegnen. Hätte er nämlich selbst einen Anspruch auf Rückabtretung der Forderung und damit auf Rückerwerb des Eigentums am Sparbuch, wäre es für N ein Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn sie zunächst auf der Herausgabe des Sparbuchs beharrte (*Dolo-petit*-Einrede: *dolo facit, qui petit quod statim redditurus est*). Dieser Einrede zur Abwehr des Herausgabeanspruchs würde allerdings kein Recht zum Besitz i.S.d. § 986, sondern ein selbständiges Gegenrecht darstellen.

Ein Gegenanspruch des O gegen N aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall auf Rückabtretung der Forderung besteht nur dann, wenn die Forderung rechtsgrundlos geleistet wurde; er besteht dann *nicht*, wenn O der N die Forderung rechtswirksam geschenkt hat. Die Abtretung der Forderung stellt sich als eine Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers nach § 516 Abs. 1 BGB dar, durch die die N als Empfängerin auch bereichert wurde, denn ihr Vermögen hat eine entsprechende Vermehrung erfahren. Auch haben sich die Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung geeinigt. Die Zuwendung diente weder der Erfüllung einer Verbindlichkeit noch stand sie mit einer Gegenleistung in synallag-

matischer, kausaler oder konditionaler Verknüpfung. Dies alles war den Parteien auch bewusst. Die Zuwendung ist als Handschenkung i.S.d. § 516 Abs. 1 anzusehen. Hier wird unter gleichzeitiger Vereinbarung des Rechtsgrunds „Schenkung“ die Zuwendung so gleich vorgenommen. § 518 BGB gilt für diesen Fall nicht. Im Ergebnis ist die Forderung der N wirksam geschenkt worden. Für einen Einwand unzulässiger Rechtsausübung nach § 242 i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall ist kein Raum.

Als weiterer Gegenanspruch kommt aber eine Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers nach §§ 528 Abs. 1, 812 Abs. 1 in Betracht. Ob eine Verarmung vorliegt, lässt sich dem SV nicht mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen. Eine tatsächliche Klärung kann jedoch dahinstehen, wenn der Rückforderungsanspruch im Falle seines Bestehens ohnehin gem. § 529 Abs. 1 ausgeschlossen wäre. In der Tat hat der Schenker O seine Bedürftigkeit mindestens grob fahrlässig herbeigeführt, indem er leichtsinnige Börsenspekulationen vorgenommen hat. Im Ergebnis ergibt sich deshalb auch aus § 528 Abs. 1 kein Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber dem Herausgabeanspruch aus § 985, so dass dieser Anspruch der N gegen O begründet ist.

Als weitere Anspruchsgrundlage kommt § 402 in Frage. Das Sparbuch ist eine zum Beweis der Forderung aus dem Sparguthaben dienende Urkunde. O ist der Zedent und bisherige Gläubiger und hat die Urkunde im Besitz. § 402 verpflichtet den Zedenten zur Auslieferung der Beweisurkunde an die Zessionarin N als künftige Gläubigerin. Dieser Anspruch wurzelt in dem der Abtretung zugrundeliegenden Geschäft, nicht in der Abtretung selbst, die nur verfügende Wirkung hat. Der Anspruch aus § 402 ist begründet und tritt neben den Herausgabeanspruch aus § 985.

Fall 2 (Bürgschaftsrecht und Recht der sonstigen Personalsicherheiten):

Ein Zahlungsanspruch könnte aus § 765 Abs. 1 i.V.m. § 675 Abs. 1 bestehen. Nach dem Wortlaut der Vereinbarung hat sich K am 1.2.2012 für die jetzigen und zukünftigen Forderungen der B gegen H aus der Bankverbindung selbstschuldnerisch verbürgt. Die Übernahme auch der zukünftigen Forderungen ist zulässig, da die Forderungen aus der Bankverbindung hinreichend bestimmt sind. Fraglich aber ist, ob die Vereinbarung wirklich einen Bürgschaftsvertrag darstellt. Hierfür ist nicht der von den Parteien gewählte Wortlaut und die Bezeichnung, sondern der normativ gewollte Vertragstyp entscheidend. Bedenken gegen das Vorliegen einer Bürgschaftsverpflichtung ergeben sich daraus, dass K darauf verzichtet hat, sich auf einen zwischen Gläubigerin B und Hauptschuldner H abgeschlossenen Vergleich und damit auf einen im Rahmen des Vergleichs erfolgten Teilerlass der Forderung zu berufen. K muss daher u.U. ohne Bestehen einer Hauptverbindlichkeit haften (§ 767 Abs. 1 S. 1) und kann sich nicht auf die zu seinen Gunsten erfolgte Änderung der Hauptverbindlichkeit (*arg. e contr.* § 767 Abs. 1 S. 3) berufen. Dies aber widerspricht dem Wesen der Bürgschaft als einer akzessorischen Sicherung. Deshalb haben die Parteien entgegen dem Wortlaut des Vertrages keineswegs eine Bürgschaftsverpflichtung i.S. des Gesetzes begründet. Ein Anspruch der B gegen K aus § 765 i.V.m. § 675 Abs. 1 auf Zahlung von 8.000 € besteht nicht.

Denkbar ist aber, dass K für die 8.000 € eine andere persönliche Sicherheit gewährleistet hat. Hier kommt ein Schuldbeitritt (Schuldmitübernahme, kumulativer Schuldbeitritt) oder ein Garantievertrag in Betracht. Ein Schuldbeitritt ist zwar gesetzlich nicht geregelt, aber aufgrund der Vertragsfreiheit zulässig, §§ 241 Abs. 1, 311 Abs. 1. Er verpflichtet den Beitretenden durch Vertrag mit dem Gläubiger oder Schuldner, künftig als

Gesamtschuldner (§ 421) mit für die Verbindlichkeit des Schuldners einzustehen. Seine Verpflichtung richtet sich nur in der Entstehung nach der mit übernommenen Schuld; ihm stehen alle z.Z. der Übernahme bestehenden Einwendungen und Einreden aus dem alten Schuldverhältnis zu (§ 417 analog). Der Fortbestand der Verpflichtung ist aber von der alten Schuld unabhängig und richtet sich nach den Gesamtschuldregeln der §§ 422 bis 425. Die Verpflichtung des Beitretenden ist daher im Gegensatz zu der des Bürgen jedenfalls nach der Übernahme nicht akzessorisch und auch nicht subsidiär. Gerade deswegen wird der Schuldbeitritt auch ohne bestimmte Formvorschriften zugelassen. Weil der Beitretende ein erhebliches Risiko übernimmt, wird man einen Schuldbeitritt nur dann als gewollt annehmen können, wenn der Beitretende zumindest ein eigenes sachliche Interesse an der Erfüllung der gesicherten Forderung hat; ein nur persönliches, etwa familiäres oder moralisches Interesse reicht nicht aus. Ein wirtschaftliches Interesse in diesem Sinne ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Vorteile des Hauptvertrages dem Beitretenden wirtschaftlich ganz oder teilweise zugutekommen. Im vorliegenden Fall kann ein Schuldbeitritt *nicht* angenommen werden. Die Erklärung lässt nämlich erkennen, dass K, soweit es die geforderten 8.000 € betrifft, nicht für eine bestehende Forderung als Gesamtschuldner eintreten wollte, sondern dass er die B gegen ein zukünftiges Risiko, nämlich gegen einen Teilerlass im Rahmen eines zukünftigen Vergleichs, absichern wollte. K wollte gerade nicht einer Schuld des H beitreten, sondern unabhängig von dieser einen Ausfall sichern. Es kann deswegen offen bleiben, ob das Interesse des K an der Liquidität des H ausreichend für ein eigenes unmittelbares wirtschaftliches Interesse ist.

Anspruchsgrundlage für die B kann nunmehr nur noch ein selbständiger Garantievertrag (Forderungsgarantie) sein, der ebenfalls ungeachtet einer fehlenden gesetzlichen Regelung aufgrund der Vertragsfreiheit zulässig ist. Hierbei verpflichtet sich der Garant, für das Entstehen eines bestimmten zukünftigen Erfolgs einzustehen oder das Risiko einer zukünftigen Gefahr zu übernehmen. Wichtigste Merkmale sind die Selbständigkeit (Abstraktheit) der Garantienpflicht und das Entstehen für einen Schaden im Rahmen eines Erfüllungsanspruchs. Die Verpflichtung ist nicht akzessorisch und daher vom Entstehen, Bestehen und Umfang der garantierten Schuld unabhängig; dem Garant stehen ausschließlich Einwendungen und Einreden aus dem Garantievertrag selbst zu. Vor diesem Hintergrund ist die Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Forderungsgarantie vorzunehmen. Indiz hierfür ist ein eigenes wirtschaftliches Interesse des Garant an der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit. Im vorliegenden Fall hat K das Risiko eines zukünftigen Vergleichs und damit eine Verpflichtung gerade für den Fall übernommen, dass H nicht mehr haftet. K und B haben daher einen selbständigen Garantievertrag abgeschlossen. K hat allerdings seine Garantie auf den Fall eines Vergleichs beschränkt und keine Garantie für das Entstehen der Forderung der B gegen H übernommen. B muss daher im Prozess darlegen und ggf. beweisen, dass die aus dem Kontokorrent herrührende streitige Forderung in Höhe von 8.000 € wirklich entstanden ist.

Fraglich ist allerdings noch, ob auf den Forderungsgarantievertrag die Formvorschrift des § 766 entsprechend anwendbar ist und somit die Schriftform erforderlich ist. Dies wird von einer Mindermeinung bejaht, die sich hierfür auf die größere Gefährlichkeit der Garantie beruft. Üblicherweise aber werden (auch von der Rechtsprechung) für einen selbständigen Garantievertrag keinerlei Formerfordernisse aufgestellt. Im vorliegenden Fall kommt es auf diese Streitfrage nicht an, da jedenfalls das Erfordernis einer Schriftform erfüllt ist.

Dem Garanten stehen regelmäßig nach Zahlung an den Gläubiger Ausgleichsansprüche gegen den Schuldner zu. Der Sachverhalt enthält hierzu keine Angaben und Fragen. Sie liegen aber in der Luft. Die Ansprüche des Garanten richten sich in erster Linie nach der Abrede zwischen ihm und dem Schuldner oder nach der Vereinbarung zwischen ihm und dem Gläubiger, z.B. Verpflichtung des Gläubigers zur Forderungsabtretung. § 774 ist nicht – auch nicht analog – anwendbar. Im Ergebnis hat jedenfalls B gegen K einen Anspruch auf Zahlung von 8.000 € aus einem selbständigen Garantievertrag, §§ 241 Abs. 1, 311 Abs. 1.

Fall 3 (Bereicherungsausgleich bei Zahlung auf fremde nichtbestehende Schuld):

Bei diesem Fall geht es um den Bereicherungsausgleich nach einer Zahlung auf eine nicht (mehr) bestehende fremde Schuld. G könnte gegen W einen Anspruch auf Zahlung gem. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall haben. Fraglich ist, ob eine Leistung des W an G vorliegt. Dann müsste der nachträglich zahlende G allerdings einen Leistungszweck gegenüber dem vermeintlichen Schuldner S verfolgt haben. Dies könnte etwa eine berechnete Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.d. § 683 S. 1 (Leistung *causa obligandi*) oder aber eine Schenkung des Werts der Schuldbefreiung nach § 516 (Leistung *causa donandi*) sein. Dies wird von einigen Stimmen in der Literatur in der Tat angenommen, womit die Konsequenz einer Rückabwicklung im Falle des Nichtbestehens der Schuld im Valutaverhältnis W – S „über's Dreieck“ verbunden wird: G müsste sich an seinen Enkel S halten und dieser wiederum an den Scheingläubiger W. Dabei kann man sich fragen, worin dann überhaupt das für S erlangte Etwas liegen soll. Man könnte die geleistete Sache selbst als das erlangte Etwas ansehen (hier: das Geld), so dass S dem G Wertersatz nach § 818 Abs. 2 in Höhe desselben Betrags von 120 Euro zu leisten hätte. Man könnte auch das geleistete Etwas in dem Bereicherungsanspruch des S gegen W sehen, so dass S diesen Anspruch an G abtreten müsste (Kondiktion der Kondiktion). All dies erscheint aber im Lichte des modernen Bereicherungsrechts in Wirklichkeit verfehlt und veraltet. Nach richtiger Ansicht ist vielmehr ein Leistungsverhältnis zwischen dem zahlenden G und dem Putativ-Schuldner S abzulehnen. Der Hauptgrund hierfür ist, dass der Putativ-Schuldner S von dem Zahlenden nichts erlangt. Das reale Zuwendungsobjekt (das Geld) geht in das Vermögen des Scheingläubigers W über, und eine etwa gewollte Schuldbefreiung des S tritt wegen des Nichtbestehens der zu tilgenden Verbindlichkeit nicht ein. Im Übrigen verfolgt G mit seiner Zahlung an W keinen Leistungszweck gegenüber S, sondern gegenüber W

Nach richtiger Ansicht (inzwischen der überwiegenden Literaturmeinung sowie der Rspr.) leistet nämlich der zahlende G in den Fällen der Zahlung auf fremde Schuld gegenüber dem Putativ-Gläubiger W mit dem Zweck, eine Schuld des vermeintlichen Schuldners S zu tilgen. Dabei leistet der zahlende G selbst auf eigene Kosten und verfolgt einen eigenen Leistungszweck, nämlich die Tilgung der fremden Schuld (Leistung *causa solvendi*). Er gibt gegenüber dem Zahlungsempfänger eine entsprechende Tilgungs- bzw. Zweckbestimmung ab, wonach er als Dritter auf fremde Schuld zahlt, was gerade die Besonderheit einer Drittleistung nach § 267 Abs. 1 darstellt. Für diese Lösung spricht auch, dass S, falls er einem Bereicherungsanspruch des G ausgesetzt wäre, als völlig unbeteiligter in die Rolle eines Bereicherungsschuldners gedrängt würde. S hat die Zahlung des G weder erbeten noch irgendwie veranlasst, und darf deshalb schwerlich in die Rückabwicklung einbezogen und mit einem Kondiktionsanspruch des Dritten behelligt werden. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn S den G aufgefordert hätte, auf seine Schuld (die des S) zu zahlen.

Es darf nicht unerwähnt bleiben, dass nach einer Mindermeinung in der Literatur in Fällen der vorliegenden Art dem G gegen W ein Anspruch aus Nichtleistungskondition (Abschöpfungskondition) nach § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Fall eingeräumt wird. Dies wird damit begründet, dass keine Leistung des S an den W vorliege und deshalb ohnehin eine Kondition „über's Dreieck“ ausscheiden müsse. Es fehle aber auch an einer Leistung des G an W, so dass dem Scheingläubiger überhaupt nichts geleistet worden sei. Damit sei der Weg frei für einen Anspruch wegen Bereicherung in sonstiger Weise.

Vorzugswürdig ist aber die h.M., die sich mit dem modernen Leistungsbegriff des Erfüllungs- und Bereicherungsrechts und mit dem dogmatisch-konstruktiven Verständnis des § 267 Abs. 1 am besten verträgt. Danach ist hier eine Leistungsbeziehung zwischen G und W anzunehmen, so dass die Rückabwicklung zwischen ihnen gem. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall vorzunehmen ist. G kann folglich von W Zahlung von 120 € verlangen.