

Widerrufsrecht bei Bürgschaften

stud. iur. Felicia Maas

BGH, Urt. v. 22.09.2020 – XI ZR 219/19

§§ 765ff. BGB, §§ 312ff. BGB

Sachverhalt:

Die Klägerin B, eine Bank, räumte der K-GmbH mit Vertrag vom 22.12.2015 einen Kontokorrentkredit über EUR 300.000,00 zu einem Zinssatz von 7,5 % p.a. ein. Der Beklagte A war geschäftsführender Alleingesellschafter der K-GmbH. Er übernahm zugunsten der Klägerin eine Bürgschaft bis zu einem Höchstbetrag von EUR 170.000,00, die sämtliche Ansprüche aus dem Kreditvertrag sicherte. Die Bürgschaftserklärung unterzeichnete der Beklagte in Anwesenheit eines Mitarbeiters der Klägerin am 22.12.2015 in den Geschäftsräumen der K-GmbH. Über ein Widerrufsrecht wurde er nicht belehrt.

Nachdem ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der K-GmbH gestellt worden war, kündigte die Klägerin den Kontokorrentkredit mit Schreiben vom 26.04.2016 fristlos und stellte einen Saldo i.H.v. EUR 295.779,65 zur Rückzahlung fällig. Mit Schreiben vom 01.06.2016 forderte sie den Beklagten zur Zahlung dieses Betrages zuzüglich Zinsen bis zum 29.06.2016 auf und nahm ihn damit auf Zahlung aus einer selbstschuldnerischen Höchstbetragsbürgschaft in Anspruch. Die Prozessbevollmächtigten des Beklagten bestätigten dessen grundsätzliche Haftung aus der Bürgschaft zunächst, erklärten aber mit Schreiben vom 21.09.2016 den Widerruf seiner auf Abschluss des Bürgschaftsvertrages vom 22.12.2015 gerichteten Willenserklärung.

Hat die Bank gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung aus der Bürgschaft?

EINORDNUNG

Hinsichtlich der Frage, ob Bürgschaften Verbraucherverträge i.S.d. § 312 Abs. 1 BGB sind, herrschte seit Inkrafttreten der Neufassung der §§ 312ff. BGB am 13.06.2014 Rechtsunsicherheit. Diese ist darauf zurückzuführen, dass nach der neuen Fassung des § 312 Abs. 1 BGB ein Verbrauchervertrag vorliegt, wenn dieser „eine entgeltliche Leistung des Unternehmers“ zum Gegenstand hat. Die bis zum 13.06.2014 geltende Fassung des § 312 Abs. 1 BGB dagegen verlangte lediglich das Vorliegen einer „entgeltlichen Leistung“. Verstärkt wurde dies dadurch, dass die Grundlage dieser Neuregelung, die Verbraucherrechtsrichtlinie 2011/83/EU, die Bürgschaft nicht ausdrücklich nennt. Aufgrund des engeren Wortlauts des § 312 Abs. 1 BGB und mit Blick auf die unionsrechtlichen Vorgaben war es daher in der Literatur strittig, ob Bürgschaftsverträge, obwohl hier der Bürge einseitig zur Leistung verpflichtet wird, in den Anwendungsbereich der §§ 312ff. BGB fallen.¹

Das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg hat im vorliegenden Fall das Bestehen eines Widerrufsrechts des Bürgen angenommen und die Klage der Bürgschaftsgläubigerin, eine Bank, abgewiesen. Die Revision zum BGH wurde zugelassen.²

Mit Urteil vom 22.09.2020 (Az. XI ZR 219/19) hat der XI. Zivilsenat des BGH nunmehr zu Gunsten der Bank entschieden und ein Bestehen eines Widerrufsrechts des Bürgen abgelehnt.³

LEITSÄTZE

1. Die Übernahme einer Bürgschaft ist kein auf eine entgeltliche Leistung des Unternehmers gerichteter Vertrag.
2. Ein Widerrufsrecht des Bürgen nach § 312g Abs. 1 BGB besteht daher nicht.

¹ Busch in: BeckOGK, Stand: 01.06.2021, § 312 Rn. 18; Wendehorst in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 312 Rn. 34.

² OLG Hamburg BKR 2020, 412 (412).

³ BGH NJW 2020, 3649 (3650).

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Anspruch B gegen A auf Zahlung aus der Bürgschaft gem. § 765 Abs. 1 BGB

I. Anspruch entstanden

1. Bestehen einer zu sichernden Forderung
2. Wirksamer Bürgschaftsvertrag, § 765 Abs. 1 BGB
3. Zwischenergebnis

II. Keine Einrede nach § 771 BGB

III. Anspruch erloschen, § 355 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 312g Abs. 1 BGB

1. Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 495 BGB

2. Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 312g Abs. 1 BGB

a) Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB

aa) Verbrauchervertag gem. § 310 Abs. 3 BGB

bb) Vertrag über eine entgeltliche Leistung des Unternehmens B

b. Zwischenergebnis

3. Analogie Anwendung von § 312 Abs. 1 BGB

4. Richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung des § 312 Abs. 1 BGB

5. Zwischenergebnis

B. Ergebnis

A. Anspruch B gegen A auf Zahlung aus der Bürgschaft gem. § 765 Abs. 1 BGB

B könnte gegen A einen Anspruch auf Zahlung von EUR 170.000,00 gem. § 765 Abs. 1 BGB haben.

I. Anspruch entstanden

Hierfür müsste der Anspruch auf Zahlung von EUR 170.000,00 zunächst entstanden sein.

1. Bestehen einer zu sichernden Forderung

Aufgrund der Eigenschaft der Bürgschaft als akzessorische Sicherheit ist zunächst das Bestehen einer zu sichern Forderung gem. § 767 Abs. 1 S. 1 BGB erforderlich. Hier diente die Bürgschaft des A der Sicherung des Kontokorrentkredits über EUR 300.000,00 zu einem Zinssatz von 7,5% p.a. und somit dem Anspruch der B gegen A auf Darlehensrückzahlung gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB. Nachdem ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das

Vermögen der K-GmbH gestellt worden war, kündigte B den Kontokorrentkredit fristlos und stellte ein Saldo i.H.v. EUR 295.779,65 zur Rückzahlung fällig. Mithin besteht eine zu sichernde Forderung i.H.v. EUR 295.779,65.

2. Wirksamer Bürgschaftsvertrag, § 765 Abs. 1 S. 1 BGB

Ferner müsste zwischen B und A ein wirksamer Bürgschaftsvertrag gem. § 765 Abs. 1 S. 1 BGB zustande gekommen sein. Die Bürgschaft wird durch Vertrag zwischen dem Gläubiger der zu sichernden Forderung und dem Bürgen ohne Mitwirkung des Schuldners begründet.⁴ Der Vertragsschluss erfolgt durch Angebot und Annahme i.S.d. §§ 145ff. BGB, dabei bedarf es gem. § 766 S. 1 BGB der Schriftform.⁵ Indem A die Bürgschaftserklärung am 22.12.2015 unterzeichnete, wahrte er das Schriftformerefordernis nach § 766 S. 1 BGB, sodass, unabhängig davon, ob A Kaufmann i.S.d. § 1 HGB ist und daher die Bürgschaft nach § 350 HGB auch formlos wirksam wäre, ein wirksamer Bürgschaftsvertrag gem. § 765 Abs. 1 S. 1 BGB zustande gekommen ist.

3. Zwischenergebnis

Folglich ist der Anspruch der B gegen A auf Zahlung von EUR 170.000,00 gem. § 765 Abs. 1 BGB zunächst wirksam entstanden.

II. Keine Einrede nach § 771 BGB

Darüber hinaus dürfte dem Anspruch der B keine Einrede des A entgegenstehen. Nach § 771 S. 1 BGB kann der Bürg die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat (Einrede der Vorausklage).⁶ Diese ist jedoch gem. § 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB grundsätzlich ausgeschlossen, sofern über das Vermögen des Hauptschuldners das Insolvenzverfahren eröffnet ist.⁷ Ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Hauptschuldnerin, der K-GmbH, wurde gestellt, sodass gem. § 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist. Eine Einrede der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit nach § 770 BGB ist nicht ersichtlich. Mithin stehen dem Anspruch der B keine Einreden des A entgegen.

Hinweis:

Die Einrede ist grds. als rechtshindernde Einrede unter „Anspruch durchsetzbar“ zu prüfen. Hier wurde die Prüfung der Übersichtlichkeit halber vorgezogen.

⁴ Habersack in: MüKoBGB (Fn. 1), § 765 Rn. 10.

⁵ Ebd.

⁶ Stadler in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage 2021, § 771.

⁷ Stadler in: Jauernig (Fn. 6), § 773 Rn. 4.

III. Anspruch erloschen

Der Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB könnte aber gem. § 355 Abs. 1 S. 1 BGB mit Wirkung *ex nunc* wieder erloschen sein, sofern A mit Schreiben vom 21.09.2016 die auf Abschluss des Bürgschaftsvertrages vom 22.12.2015 gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen hätte.

1. Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 495 BGB

In Betracht kommt zunächst ein Widerrufsrecht des A aus § 495 Abs. 1 BGB.

Fraglich ist, ob die §§ 491ff. BGB auf die Bürgschaft überhaupt anwendbar sind. Von den §§ 491ff. BGB ist lediglich der Verbraucherdarlehensvertrag umfasst.⁸ Bei der Bürgschaft handelt sich aber weder um einen Kreditvertrag noch um eine sonstige Finanzierungshilfe i.S.d. Verbraucherkreditgesetzes⁹, sondern um einen einseitig verpflichtenden Vertrag zur Absicherung fremder Schuld, also ein Kreditsicherungsmittel.¹⁰ Damit sind die Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes zumindest dann nicht auf Bürgschaften anzuwenden, wenn die gesicherte Forderung keinen Verbraucherkredit im Sinne dieses Gesetzes betrifft.¹¹

Hier ist die K-GmbH Darlehensnehmer und daher nicht, wie nach § 491 Abs. 2 S. 1 BGB für das Vorliegen eines Verbraucherdarlehensvertrag erforderlich, Verbraucher im Sinne des § 13 BGB. Somit mangelt es bereits an einem Verbraucherkredit, weshalb die §§ 491ff. BGB nicht auf die Bürgschaft des A anwendbar sind.

Mithin besteht kein Widerrufsrecht des A aus § 495 Abs. 1 BGB.

2. Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 312g Abs. 1 BGB

Indem der Bürgschaftsvertrag zwischen A und B außerhalb der Geschäftsräume der B unter gleichzeitiger Anwesenheit eines Mitarbeiters der B unterzeichnet wurde, könnte allerdings ein Widerrufsrecht des A nach § 312g Abs. 1 BGB in Betracht kommen. Dieses besteht nur, sofern die Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB vorliegen, kein Fall des § 312 Abs. 2 BGB besteht, die Voraussetzungen des § 312b BGB erfüllt werden und das Widerrufsrecht letztlich nicht nach § 312g Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist.

⁸ Berger in: Jauernig (Fn. 6), § 491 Rn. 2.

⁹ Im Folgenden handelt es sich um Entscheidungen, die zum Verbraucherkreditgesetz ergingen. Durch die Aufnahme dieser Vorschriften ins BGB durch die Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2001 hat sich in der Sache jedoch nichts geändert.

¹⁰ OLG Stuttgart NJW 1997, 3450 (3450).

¹¹ BGH NJW 1998, 1939 (1939).

¹² Busch in: BeckOGK (Fn. 1), § 312 Rn. 7.

¹³ Wendehorst im MüKoBGB (Fn. 1), § 312 Rn. 15.

¹⁴ BGH NJW 2006, 431 (431).

¹⁵ Merkt in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Auflage 2018, § 13 Rn. 332.

a) Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB

Gem. § 312 Abs. 1 BGB ist für das Widerrufsrecht nach § 355 BGB i.V.m. §§ 312g Abs 1, 312b Abs. 1 BGB ein Verbraucherertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB erforderlich, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat.¹²

aa) Verbraucherertrag gem. § 310 Abs. 3 BGB

Daher müsste es sich bei dem Vertrag zwischen A und B um einen Verbraucherertrag gem. § 310 Abs. 3 BGB handeln. Ein solcher liegt bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher vor.¹³ Die B betreibt als Kreditinstitut Bankgeschäfte i.S.d. § 1 Abs. 1 KWG und handelte somit bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB als Unternehmer.

Fraglich ist, ob A als geschäftsführender Alleingesellschafter der K-GmbH Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist.

Verbraucher ist nach der Legaldefinition des § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

Laut ständiger Rechtsprechung des BGH ist der Geschäftsführer einer GmbH weder Kaufmann i.S.d. § 1ff. HGB noch Unternehmer gem. § 14 BGB.¹⁴ Dem steht auch nicht entgegen, dass A als Geschäftsführer gem. § 35 GmbHG zur Vertretung der GmbH berechtigt ist, denn für die Unternehmereigenschaft ist ein Betreiben des Unternehmens erforderlich, welches sowohl die Vertretung als auch die Haftung umfasst, vgl. §§ 13, 35 GmbHG. Gem. § 13 Abs. 2 GmbHG haftet für Verbindlichkeiten der Gesellschaft lediglich das Gesellschaftsvermögen.¹⁵ Somit liegt mangels persönlicher Haftung gerade kein Betreiben eines Unternehmens durch A vor. Damit hat A den Bürgschaftsvertrag mit B zu Zwecken abgeschlossen, die nicht überwiegend der gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Mithin ist B auch als geschäftsführender Alleingesellschafter Verbraucher i.S.d. § 13 BGB.

Folglich liegt ein Verbraucherertrag zwischen A und B nach § 310 Abs. 3 BGB vor.

bb) Vertrag über eine entgeltliche Leistung des Unternehmens B

Des Weiteren müsste Gegenstand des Verbrauchervertrages eine entgeltliche Leistung des Unternehmers sein. Fraglich ist, ob ein Bürgschaftsvertrag diese Voraussetzung erfüllt.

Nach einer Ansicht ist die Bürgschaftsübernahme als entgeltliche Leistung einzuordnen.¹⁶ Somit lägen die Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB vor.

Demgegenüber ist nach einer anderen Ansicht die Bürgschaftsübernahme gerade nicht als entgeltliche Leistung einzuordnen.¹⁷ Dieser Ansicht zufolge lägen die Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB gerade nicht vor.

Für die erste Auffassung spricht, dass § 312 BGB der Umsetzung der Verbraucherrichtlinie 2011/38/EU diente.¹⁸ Bei unionskonformer Auslegung der Norm habe der Bürgschaftsvertrag eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand.¹⁹ Diese sei darin zu sehen, dass der Unternehmer dem Hauptschuldner den durch die Bürgschaft gesicherten Kredit gewähre oder ein zur Rückzahlung fälliges Darlehen stünde.²⁰ Aufgrund der Vorgaben der Verbraucherrichtlinie sei der in § 312 Abs. 1 BGB verwendete Begriff des Entgelts weit zu verstehen und nicht beschränkt auf die Zahlung eines Geldbetrages.²¹ Daher seien auch nicht pekuniäre Gegenleistungen des Verbrauchers, die – wie die Bürgschaft – einen Marktwert hätten, umfasst.²²

Ferner habe der EuGH mit seinem Urteil vom 17.03.1998 – C 45/96 bereits entschieden, dass ein Bürgschaftsvertrag grundsätzlich unter die Richtlinie fallen könne.²³ Soweit der EuGH die Anwendbarkeit der Richtlinie auf Bürgschaften beschränkt habe, die eine Schuld absicherten, die ebenfalls von einem Verbraucher in einer Haustürsituation

begründet worden sei, gelte dies nach der Rechtsprechung des BGH nicht für das deutsche Recht.²⁴ An dieser Rechtsprechung könne festgehalten werden. Zwar habe die Verbraucherrecherrichtlinie eine Vollharmonisierung zum Ziel, sie sei aber weiter formuliert und belasse den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, für Verträge, die nicht in ihren Anwendungsbereich fielen, der Richtlinie entsprechende nationale Rechtsvorschriften beizubehalten oder einzuführen.²⁵ Darüber hinaus stehe die Rechtsprechung des BGH in Einklang mit den Gesetzesmaterialien zu § 312 BGB, welche keinen Hinweis darauf enthielten, dass mit der Neufassung der Vorschrift die Bürgschaft oder andere Sicherungsgeschäfte vom Widerrufsrecht hätten ausgeschlossen werden sollen.²⁶

Dagegen und für die letzte Auffassung spricht, dass es für die Anwendbarkeit der §§ 312b, 312g BGB nicht genüge, entgegen der bis zum 12.06.2014 geltenden Rechtslage, dass der Bürge sein Leistungsversprechen in der dem Gegner erkennbaren Erwartung abgibt, ihm selbst oder einem bestimmten Dritten werde daraus irgendein Vorteil erwachsen.²⁷ § 312 Abs. 1 BGB setzt hiervon abweichend in seiner ab dem 13.06.2014 geltenden Fassung voraus, dass der Unternehmer gegen ein vereinbartes Entgelt des Verbrauchers die vertragscharakteristische Leistung erbringt.²⁸ Eine entgeltliche Leistung unterfällt der Vorschrift ihrem eindeutigen Wortlaut nach nicht.²⁹ Soweit bis zum 12.06.2014 teilweise vertreten wurde, dass die Bürgschaft als gegenseitiger Vertrag in dem Sinne ausgestaltet werden kann, dass die Übernahme der Bürgschaft die Gegenleistung für eine vom Gläubiger zu erbringende Leistung bildet³⁰, müsse heute die entgeltliche Leistung des Unternehmers aus dem Verbrauchervertrag, für welchen das Widerrufsrecht nach § 355 BGB i.V.m. § 312g Abs. 1 BGB in

¹⁶ OLG Hamburg BKR 2020, 412 (414).

¹⁷ BGH NJW 2020, 3649 (3650).

¹⁸ OLG Hamburg BKR 2020, 412 (414).

¹⁹ Ebd.

²⁰ OLG Hamburg BKR 2020, 412 (414); Busch in: BeckOGK (Fn. 1), § 312 BGB Rn. 18; Koch in: Erman BGB, 15. Auflage 2017, § 312 Rn. 15; Wendehorst in: MüKoBGB (Fn. 1), § 312 BGB Rn. 34, 35; Grüneberg in: Palandt, BGB, 78. Auflage, § 312 Rn. 5.

²¹ OLG Hamburg BKR 2020, 412 (414); Busch in: BeckOGK (Fn. 1), § 312 Rn. 11.

²² Ebd.

²³ Vgl. EuGH NJW 1998, 1295 (1296), zitiert nach juris, Rn. 18 – 20.

²⁴ BGH NJW 2006, 845 (846).

²⁵ OLG Hamburg BKR 2020, 412 (414).

²⁶ Ebd.

²⁷ BGH NJW 2020, 3649 (3651).

²⁸ Busch in: BeckOGK (Fn. 1), § 312 Rn. 12; Hölldampf in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Auflage, § 4 Rn. 13; Kehl, Kreditsicherheiten und Außengeschäftsraumrecht – Zugleich Erwiderung auf Schinkels, BGH WM 2018 (2018, 2022); Koch in: Erman BGB, 16. Auflage, § 312 Rn. 8; Loewenich, 312 Abs. 1 BGB und von Verbrauchern gestellte Bürgschaften sowie andere von Verbrauchern gestellte Sicherheiten, WM 2015, 113 (113); Schinkels, Verbraucherbürgschaft und Verbraucherverkauf als Außengeschäftsraum- oder Fernabsatzvertrag i.S.d. Verbraucherrechte-Richtlinie? WM 2017, 113 (113); Wendehorst in: MüKo BGB (Fn. 1), § 312 Rn. 28.

²⁹ Busch in: BeckOGK (Fn. 1), § 312 Rn. 12; Hölldampf in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb, Handbuch des Kapitalanlagerechts (Fn. 28), § 4 Rn. 13; Kehl (Fn. 28), WM 2018 (2018, 2022); Koch in: Erman BGB (Fn. 28), § 312 Rn. 8; Loewenich (Fn. 28), WM 2015, 113 (113); Schinkels, (Fn. 28), WM 2017, 113 (113); Wendehorst in: MüKo BGB (Fn. 1), § 312 Rn. 28.

³⁰ Koch in: Erman BGB (Fn. 28), § 312 Rn. 15; Wendehorst in: MüKo BGB (Fn. 1), § 312 Rn. 34.

Anspruch genommen wird, geschuldet werden.³¹ Dies ergebe sich aus § 312 Abs. 1 BGB, der einen Verbraucherverttrag nach § 310 Abs. 3 BGB als Rechtsgrund voraussetzt. Dem zufolge reiche es gerade nicht, dass die Leistung des Unternehmers aufgrund eines separaten, nicht dem § 310 Abs. 3 BGB unterfallenden Vertrags an einen Dritten erbracht wird.³² Letztere Ansicht überzeugt, weshalb es an einer entgeltlichen Leistung des Unternehmers als Gegenstand des Verbrauchervertrages fehlt.

b) Zwischenergebnis

Mangels Vorliegen der Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB, besteht kein Widerrufsrecht des A nach § 312g Abs. 1 BGB.

3. Analoge Anwendung § 312 Abs. 1 BGB

Fraglich ist, ob § 312 Abs. 1 BGB auf die Übernahme einer Verbraucherbürgschaft aus Schutzzweckerwägungen im Wege einer Analogie ausgeweitet werden kann, sodass die Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB erfüllt wären.

Eine analoge Anwendung erfordert sowohl eine planwidrige Regelungslücke, als auch eine vergleichbare Interessenlage.³³ Dabei könnte es vorliegend bereits an der Planwidrigkeit der Regelungslücke fehlen. Mit der Neuregelung der §§ 312ff. BGB durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.09.2013 wollte der Gesetzgeber ausschließlich Verbraucherverträge erfassen, die als Austauschvertrag mit einer Gegenleistungspflicht des Verbrauchers ausgestaltet sind.³⁴ Dies folgt aus der Begründung des Gesetzentwurfs. Danach sollte ein Verbraucherverttrag nur dann § 312 Abs. 1 BGB unterfallen, wenn sich der Unternehmer zur Lieferung einer Ware oder Erbringung einer Dienstleistung und der Verbraucher zur Erbringung eines Entgelts verpflichtet, wobei sich das Merkmal des Entgelts nicht auf die Zahlung eines Geldbetrages beschränkte,

sondern auch sonstige Leistungen des Verbrauchers einbezog.³⁵ Verträge, in denen der Verbraucher die für den Vertragstypus charakteristische Leistung schuldet, sollten demgegenüber ebenso wenig erfasst werden³⁶ wie unentgeltliche Verbraucherverträge³⁷.

Dass dem Gesetzgeber bei der Neufassung des § 312 Abs. 1 BGB die höchstrichterliche Rechtsprechung bis zum 12.06.2014 nicht vorgelegen hat, ist nicht ersichtlich.³⁸ Die Diskussion über die Widerruflichkeit von Bürgschaften war aufgrund der Entscheidung des EuGH³⁹ allgemein bekannt. Trotz dessen hat der Gesetzgeber dies bei der Neufassung des § 312 Abs. 1 BGB nicht zum Anlass genommen, das Widerrufsrecht auf den einseitig den Verbraucher verpflichtenden Bürgschaftsvertrag zu erstrecken.⁴⁰ Dem Gesetzgeber war dabei bewusst, dass Art. 4 der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 grundsätzlich die Möglichkeit eröffnete, die Richtlinie auch auf von ihr nicht erfasste Verträge anzuwenden.⁴¹

Somit fehlt es bereits an der Planwidrigkeit der Regelungslücke. Mithin kann § 312 Abs. 1 BGB nicht auf die Übernahme einer Verbraucherbürgschaft aus Schutzzweckerwägungen im Wege einer Analogie ausgeweitet werden.

4. Richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung des § 312 Abs. 1 BGB

Schließlich könnten die §§ 312 Abs. 1, 312b Abs. 1, 312g Abs. 1 BGB aufgrund einer richtlinienkonformen Auslegung oder Rechtsfortbildung auf Bürgschaftsverträge erstreckt werden.

Soweit § 312 Abs. 1 BGB eine Leistung eines Unternehmers als Gegenstand des Verbraucherverttrages voraussetzt, entspricht dieser der Verbraucherrichtlinie 2011/83/EU.⁴² In Art. 9 der Richtlinie ist das Widerrufsrecht für im Fernabsatz oder außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossene Verbraucherverträge geregelt. Danach steht dem Verbraucher eine Frist zum Widerruf von 14 Tagen

³¹ BT-Drs 17/13951, S. 72; Kropf, Anwendbarkeit des Fernabsatzrechts auf von Verbrauchern bestellte Kreditsicherheiten nach dem 13.6.2014, WM 2015, 1699 (1702); Meier, Sind Bürgschaften wieder unwiderruflich?, ZIP 2015, 1156 (1159).

³² BT-Drs 17/13951, S. 72; Kropf (Fn. 31), WM 2015, 1699 (1702); Meier (Fn. 31), ZIP 2015, 1156, 1159.

³³ Danwerth, Analogie und teleologische Reduktion – zum Verhältnis zweier scheinbar ungleicher Schwestern, ZfPW 2017, 230 (233).

³⁴ BT-Drs 17/12637, S. 72; vgl. BAGE 165, 315 Rn. 18ff., 28; Nobbe in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Auflage, § 91 Rn. 46.

³⁵ Ebd.

³⁶ BT-Drs 17/12637, S. 45; BT-Drs 17/13951, S. 72; BR-Drs 817/12, S. 73; vgl. Hölldampf in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb, Handbuch des Kapitalanlagerechts (Fn. 28), § 4 Rn. 13; Kropf (Fn. 31) WM 2015, 1699 (1702).

³⁷ BT-Drs 17/13951, S. 71f.; vgl. Antrag der Fraktion Bündnis90/Die Grünen, BT-Drs 17/13967, S. 2; Plenarprotokoll 17/247.

³⁸ BGH NJW 2020, 3649 (3651).

³⁹ EuGH, Urt. v. 17.03.1998 – Rs. C-45/96 – Verbraucherschutz im Falle von außer Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen – Bürgschaft, ECLI:EU:C:1998:111.

⁴⁰ Vgl. BGH NJW-RR 2018, 1204 (1204).

⁴¹ BT-Drs 17/12637, S. 48.

⁴² Loewenich (Fn. 28) WM 2015, 113 (114); ders., Zum Anwendungsbereich der Verbraucherrechte-Richtlinie als Hintergrund der Auslegung des § 312 Abs. 1 BGB, WM 2016, 2011 (2016); Schinkels (Fn. 28), WM 2017, 113 (115, 118).

zu, wobei Art. 9 Abs. 2 das Ende der Widerrufsfrist für die vom Widerrufsrecht erfassten Verträge im Einzelnen festsetzt. Demnach besteht das Widerrufsrecht bei Dienstleistungsverträgen i.S.v. Art. 2 Nr. 6, bei Kaufverträgen i.S.v. Art. 2 Nr. 5 sowie bei Verträgen über die Lieferung von Wasser, Gas oder Strom, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden, von Fernwärme oder von digitalen Inhalten, die nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden.⁴³ Nach wie vor vermitteln einseitig den Verbraucher verpflichtende Verträge nach Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie 2011/83/EU grundsätzlich kein Widerrufsrecht. Sie unterfallen nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinie, da sie keine Leistung des Unternehmers zum Vertragsgegenstand haben.⁴⁴

Das Verhältnis von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2011/83/EU entspricht auch ihrem Schutzzweck. Die Richtlinie zielt gerade nicht darauf ab, sämtliche Verträge, in denen sich als Vertragspartner ein Verbraucher und ein Unternehmer gegenüberstehen, einzubeziehen.⁴⁵ Vielmehr liegt dem mit der Richtlinie geschaffenen Schutzsystem der Gedanke zugrunde, dass der Verbraucher sich bei Abschluss von Verträgen zu kommerziellen Zwecken in bestimmten Situationen gegenüber dem Unternehmer in einer geschwächten Verhandlungsposition befindet.⁴⁶ Mit dem Widerrufsrecht zum Außergeschäftsraumvertrag sollte der Nachteil ausgeglichen werden, dass die Initiative zu den Vertragsverhandlungen in der Regel vom Gewerbetreibenden ausgeht und der Verbraucher auf die Verhandlungen außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden nicht vorbereitet ist oder psychisch unter Druck steht.⁴⁷ Dies birgt die Gefahr, dass der Verbraucher Waren kauft oder Dienstleistungen in Anspruch nimmt, die er ansonsten nicht kaufen oder in Anspruch nehmen würde, beziehungsweise Verträge über Waren und Dienstleistungen zu überhöhten Preisen schließt, weil er keine Möglichkeit hat, Qualität und Preis des Angebots mit anderen Angeboten zu vergleichen.⁴⁸

Diese Überlegungen stellen danach auf eine Leistung des Unternehmers ab. Hieran knüpfen die Informationspflichten des Unternehmers nach Art. 6 und die Pflichten des Verbrauchers nach Art. 14 der Richtlinie an. Die

Regelungen gehen ebenfalls von einer Verpflichtung des Unternehmers zur Lieferung von Waren, Erbringung von Dienstleistungen oder Lieferung von Versorgungsleistungen aus.

Mithin lässt sich auch im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung oder Rechtsfortbildung kein Widerrufsrecht nach § 355 BGB i.V.m. §§ 312g Abs. 1, 312b Abs. 1 BGB begründen.

5. Zwischenergebnis

Der Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB ist folglich nicht gem. § 355 Abs. 1 S. 1 BGB mit Wirkung *ex nunc* wieder erloschen.

B. Ergebnis

B hat gegen A einen Anspruch auf Zahlung von EUR 170.000,00 gem. § 765 Abs. 1 BGB.

FAZIT

Angesichts dessen, dass seit Inkrafttreten der Neufassung der §§ 312ff. BGB am 13.06.2014 Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Frage herrschte, ob Bürgschaften Verbraucherträge i.S.d. § 312 Abs. 1 BGB sind, ist das Urteil des BGH, welches auf der genauen Subsumtion des § 312 Abs. 1 BGB beruht und ferner mit den Motiven des Gesetzgebers und der umgesetzten EU-Richtlinie begründet wurde, erfreulich.

Der BGH ist der Ansicht, dass sich entscheidungserhebliche Fragen des Unionsrechts nicht stellen. Die Frage, ob die Richtlinie 2011/83/EU – entsprechend § 312 Abs. 1 BGB – eine Leistung des Unternehmers voraussetzt, ist nach dem BGH angesichts des Wortlauts, der Regelungslogik und des Regelungszwecks der Richtlinie ohne Weiteres zu beantworten, sodass für Zweifel kein Raum bleibt („*acte clair*“).

Im Hinblick auf die zahlreichen Literaturmeinungen, die dies anders sehen,⁴⁹ hätte die Anrufung des EuGH nach Art. 267 AEUV für Rechtssicherheit bezüglich dieser umstrittenen Frage gesorgt. Der BGH sah für eine Anrufung des EuGH nach Art. 267 AEUV allerdings keinen Anlass.

⁴³ Vgl. Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 2011/83/EU; Loewenich, (Fn. 28), WM 2015, 113 (115).

⁴⁴ BGH, Urt. v. 22.09.2020 – XI ZR 219/19; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Auflage, I. Bürgschaft, Rn. 934b.

⁴⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 30.05.2013, Rs. C-488/11 – Asbeek Brusse und de Man Garabito, ECLI:EU:C:2013:341, Rn.30, NJW 2013, 2579 (2580); BGH, Urt. v. 22.09.2020 – XI ZR 219/19.

⁴⁶ BGH, Urt. v. 22.09.2020 – XI ZR 219/19.

⁴⁷ Ebd.

⁴⁸ So schon Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 85/577/EWG; Erwägungsgrund 21 der Richtlinie 2011/83/EU; vgl. EuGH, Urt. v. 07.08.2018, Rs. C-485/17 – Verbraucherzentrale Berlin, ECLI:EU:C:2018:642, Rn. 36, WRP 2018, 1183 (1185); BGH, Urt. v. 22.09.2020 – XI ZR 219/19.

⁴⁹ Busch in: BeckOGK BGB (Fn. 1), § 312 Rn. 19.1; Grüneberg in: Palandt (Fn. 20), § 312 Rn. 5; Kehl (Fn. 28), WM 2018, 2018, 2027 f.; Schinkels (Fn. 28), WM 2017, 113, 118f.