

## Fachbereich Rechtswissenschaft

### Arbeitspapier Nr. 20/2014

---

# Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Methodenlehre. Zum „normativen Willen“ des Gesetzgebers im Rahmen des Bürgerschaftsrecht

*Arian Nazari-Khanachayi*<sup>\*</sup>  
*Michael Höhne*<sup>\*\*</sup>

Erschienen in: RECHTSTHEORIE 2014, Vol. 45, No. 1: 79–112

**Zusammenfassung:** Die Untersuchung wurde im Lichte der aktuellen Diskussion um die Grundlagenkrise der Juristenausbildung durchgeführt. Hierbei wird der Anspruch erhoben, die Perspektive von Promotionsstudierenden ebenfalls zu berücksichtigen. Mit einer rechtmethodologischen Herangehensweise wird nämlich nachgewiesen, dass die analoge (bzw. entsprechende) Anwendung des § 770 Abs. 1 BGB auf sonstige Gestaltungsrechte mit dem Willen des Gesetzgebers nicht übereinstimmt. Die Konsequenzen der Ablehnung der Anwendbarkeit des § 770 Abs. 1 BGB auf sonstige Gestaltungsrechte werden ebenso besprochen wie Wertungs- und Theoriefragen in diesem Zusammenhang. Aus dieser „methodenehrlichen“ Anwendung des § 770 Abs. 1 BGB und den sich hieraus ergebenden Konsequenzen werden sodann Schlussfolgerungen für die Stärkung der Grundlagenfächer gezogen.

---

<sup>\*</sup> LL.M. Eur. ist Promotionsstipendiat am DFG-geförderten Exzellenzcluster „Normative Ordnungen“ an der Professur für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt im internationalen Immaterialgüterrecht (Prof. Dr. Alexander Peukert), Universität Frankfurt a.M.

<sup>\*\*</sup> Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. Felix Maultzsch, LL.M. (NYU), Lehrstuhl für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, und bei Prof. Dr. Peter von Wilmsowsky, LL.M. (Berkeley), Lehrstuhl für Zivilrecht, Insolvenzrecht, europäisches und internationales Wirtschaftsrecht, Goethe-Universität Frankfurt a.M.

## I. Einleitung

Methodenfragen sind Verfassungsfragen!<sup>1</sup> Für juristische Fakultäten in der Bundesrepublik Deutschland scheinen Methodenfragen freilich eher lästig als von Verfassungsrang zu sein. So darf jedenfalls vermutet werden, wenn man bedenkt, dass die Grundlagenfächer, insbesondere die Rechtstheorie, -methodologie und -geschichte, ein stiefmütterliches Dasein<sup>2</sup> fristen.<sup>3</sup> In diesem Zusammenhang scheint es angebracht, eindringlich und mit den Worten *Rüthers* darauf hinzuweisen, dass „Juristen ohne einen bewußt gewählten eigenen rechtstheoretischen Standort [...] ein gesellschaftliches und politisches Risiko [sind]. Sie üben ihren Beruf ohne das Bewußtsein der Tragweite ihrer Wirkungen, gleichsam im ‚Blindflug‘, aus.“<sup>4</sup> Gleiches gilt *mutatis mutandis* für Juristen ohne eigenen methodologischen Standort. Erfreulich ist daher die aktuelle Tendenz, die Grundlagenfächer im Rahmen des universitären Curriculums der Juristenausbildung mehr zu betonen. So hat beispielsweise *Dauner-Lieb*<sup>5</sup> das Spannungsverhältnis zwischen der von Hochschullehrern propagierten Methodenkompetenz als Erfolgsvoraussetzung für die Juristische Staatsprüfung und der Realität der Klausuren, nämlich u.a. die Dominanz „unreflektierter Textbausteine“, pointiert dargestellt, um hiermit den bestehenden Diskussionsbedarf zu illustrieren. Darüber hinaus hat *Rüthers*<sup>6</sup> mit einem äußerst sarkastischen<sup>7</sup> Aufsatz auf die Relevanz der Methodenlehre für

---

<sup>1</sup> Hierzu eindringlich *Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk*, *Rechtstheorie*, 7. Aufl., München 2013, Rn. 704 ff.; *Bernd Rüthers*, *Methodenfragen als Verfassungsfragen?*, in: *Rechtstheorie* 40 (2009), S. 253, 272 et passim; *ders.*, *Wozu auch noch Methodenlehre? – Die Grundlagenlücken im Jurastudium*, in: *JuS* 2011, S. 865, 869; vgl. auch *Joachim Rückert/Ralf Seinecke*, *Methodik des Zivilrechts*, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, Rn. 38 ff., insb. 40 und 43 mit einem interessanten Beispiel; zudem *Christian Waldhoff*, *Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Perspektive*, in: *Holger Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, Tübingen 2013, S. 75 – 93, 85, der es bemängelt, dass die „Rückkopplung der Methodik an die Verfassung“ in „Standardwerken zur juristischen Methodenlehre“ ein Randthema ist.

<sup>2</sup> *Rüthers* (FN 1), S. 866 spricht vom „Aschenputtel“-Dasein“.

<sup>3</sup> *Rüthers* (FN 1), S. 865: „staatlich verordnete Minimalisierung der Grundlagenfächer“.

<sup>4</sup> *Bernd Rüthers*, *Rechtstheorie*, 4. Aufl., München 2008, Rn. 333; dieser These haben sich auch die neuen Autoren dieses Werkes angeschlossen, vgl. *Rüthers/Fischer/Birk* (FN 1), Rn. 333: „Unsere These lautet: [...]“.

<sup>5</sup> JA 10/2011, Editorial.

<sup>6</sup> *Rüthers* (FN 1), S. 865 ff.

<sup>7</sup> *Rüthers* (FN 1), S. 865: „Rechtstechniker‘ [...], die gläubig und gehorsam die jeweils ‚herrschenden Lehren‘, [...], auswendig lernen und befolgen.“, (S. 865): „Das sture Auswendiglernen bekannter Problemlösungen ödet intelligente Studierende bald ab.“, (866): „[...] juristische Halbbildung [...]“, (S. 866): „[...] methodischer Blindflug von Justiz und

die gesamtgesellschaftliche Entwicklung aufmerksam gemacht. Diese und weitere Stimmen<sup>8</sup> wurden durch eine Studie des Wissenschaftsrats aus dem Jahre 2012<sup>9</sup> flankiert. Dort wird der juristischen Ausbildung nicht nur vorgeworfen, sie stünde der internationalen Dimension des Rechts und wichtigen Nachbardisziplinen nicht hinreichend offen gegenüber, vielmehr wird auch die mangelnde Grundlagenorientierung angeprangert.<sup>10</sup> Es überrascht also nicht, wenn einerseits die JZ in einer ihrer aktuellen Ausgaben (14/2013) sechs renommierte Rechtswissenschaftler um „Statements“ zum Bericht des Wissenschaftsrats gebeten hat.<sup>11</sup> Genauso wenig ist es verwunderlich, dass andererseits die Zivilrechtslehrervereinigung im Rahmen ihrer letztjährigen Tagung vom 15. bis zum 17. September in Würzburg unter dem Dachthema „Methoden des Privatrechts“ stand.<sup>12</sup> Bedauerlich ist allerdings, dass aus dem Kreise der (Promotions-)Studierenden – soweit ersichtlich – keine Stellungnahmen vorliegen. Dabei hat beispielsweise *Dauner-Lieb*<sup>13</sup> ausdrücklich auch Studierende aufgerufen, sich zum Thema zu äußern. Gerade dieser Personenkreis ist nämlich von der Diskussion besonders intensiv betroffen, da sie etwaige Auswirkungen der angestoßenen Debatte unmittelbar in Bezug auf ihren juristischen Werdegang spüren werden. Überspitzt formuliert: (Promotions-)Studierende dürfen nicht zum Objekt der Diskussion werden, sondern müssen als Subjekte beteiligt werden. Diesen Anspruch erhebt der folgende Beitrag.

Aus diesem Grunde wird ein ausbildungsrelevantes Beispiel aus dem Bürgerschaftsrecht zwecks Verdeutlichung der Relevanz von Methodenfragen herausgegriffen: Es soll die (analoge) Anwendbarkeit des § 770 Abs. 1 BGB auf

---

Jurisprudenz im Dienst des wechselnden Zeitgeistes.“, (S. 867): „[...] ‚Sinnkrise‘ des akademischen Jurastudiums [...]“.

<sup>8</sup> Stellvertretend sei hier auf den Sammelband von *Rückert/Seinecke*, Methodik des Zivilrechts, 2. Aufl. 2012, insb. Rn. 993 (*Seinecke*) und Rn. 1370 (*Rückert*), verwiesen.

<sup>9</sup> Abrufbar unter <http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf> (zuletzt aufgerufen am 02.01.2014).

<sup>10</sup> <http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>, insb. S. 7 f. (zuletzt aufgerufen am 02.01.2014).

<sup>11</sup> So sind in der JZ 14/2013 Stellungnahmen von *Stefan Grundmann*, S. 693 ff. (Universität Berlin), *Thomas Gutmann*, S. 697 ff. (Universität Münster), *Christian Hillgruber*, S. 700 ff. (Universität Bonn), *Stephan Lorenz*, S. 704 ff. (Universität München), *Stephan Rixen*, S. 708 ff. (Universität Bayreuth) und *Michael Stolleis*, S. 712 ff. (Universität Frankfurt a.M.) zu lesen. Vornehmlich die Beiträge von *Gutmann* und *Stolleis* beschäftigen sich mit der Stärkung der Grundlagenfächer.

<sup>12</sup> Das Programm der Zivilrechtslehrertagung ist abrufbar unter [http://www.zlv-info.de/fileadmin/PDF/Tagung/Programm\\_Wuerzburg.pdf](http://www.zlv-info.de/fileadmin/PDF/Tagung/Programm_Wuerzburg.pdf) (zuletzt aufgerufen am 02.01.2014).

<sup>13</sup> Äußerst lesenswert JA 10/2011, Editorial.

„sonstige“ Gestaltungsrechte überprüft werden. Insofern wird nämlich in der überwiegenden Literatur und der Rechtsprechung eine analoge (bzw. entsprechende) Anwendbarkeit des § 770 Abs. 1 BGB auf „sonstige“ Gestaltungsrechte bejaht, ohne dabei die methodologischen Voraussetzungen einer Rechtsfortbildung näher zu untersuchen. Jedoch erscheint eine solche Sichtweise nach näherer Betrachtung nicht gerechtfertigt. Daher wird die gegenständliche Untersuchung aufzeigen, dass weder die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 770 Abs. 1 BGB auf andere – als in der Norm aufgeführte – Gestaltungsrechte vorliegen noch sonstige Rechtsfortbildungsmöglichkeiten in diesem Zusammenhang verfassungsrechtlich zulässig sind (II.). Sodann wird dargestellt, dass der Bürge im Falle einer Ablehnung der Anwendbarkeit des § 770 Abs. 1 BGB auf andere Gestaltungsrechte zwar die Leistung an den Gläubiger zu erbringen hat, jedoch diverse Regressmöglichkeiten gegenüber dem Hauptschuldner und dem Gläubiger hat. Dass dieses Ergebnis mit den Wertungen des Risikoverteilungssystems des Bürgschaftsrechts einhergeht, wird im nächsten Schritt dargestellt (III.). Schließlich werden im Lichte der aus der gegenständlichen Untersuchung abgeleiteten Thesen (IV.) Schlussfolgerungen für die Relevanz der Stärkung der Grundlagenfächer<sup>14</sup> gezogen (V.).

## **II. Die Analogiefähigkeit des § 770 Abs. 1 BGB**

### **1. Grundlagen und Ausgangssituation**

Eine der wohl bekanntesten und bedeutendsten Personalsicherheiten<sup>15</sup> im deutschen Recht ist die Bürgschaft, geregelt in den §§ 765 ff. BGB. Durch den

---

<sup>14</sup> An dieser Stelle wird zudem für die internationale Öffnung und interdisziplinäre Ausrichtung der Juristenausbildung votiert. Eine dieses Votum stützende eigene Untersuchung würde jedoch den Rahmen des gegenständlichen Beitrags sprengen. Daher wird hier der Stellungnahme von *Stefan Grundmann*, Ein doppeltes Plädoyer für internationale Öffnung und stärker vernetzte Interdisziplinarität, in: JZ 2013, 693 ff. ohne Einschränkung beigepliziert. Hervorhebung verdient insb. die Aussage, dass „Europäisierung und Theoriefundierung sowie Interdisziplinarität [...] inhaltlich zusammen [...] [gehen], weil ein Recht im Werden, ein Recht, das Grenzen (auch von Rechtsprechungssystemen) überspringt, gar nicht dogmatisch – etwa unter gängigem Verweis auf höchstrichterliche Rechtsprechung – verstanden und vermittelt werden kann, sondern nur im theoretisch und interdisziplinär unterfütterten Diskurs.“ (*Grundmann* [FN 14], S. 695).

<sup>15</sup> Bei der Personalsicherheit haftet der Sicherungsgeber mit seinem gesamten Vermögen. Dagegen kann sich ein Gläubiger einer Realsicherheit im Sicherheitsfall lediglich aus dem Sicherungsgut selbst befriedigen; näher zur Personalsicherheit *Peter Bülow*, Recht der

Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger (Leistungsverhältnis) eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen, § 765 Abs. 1 BGB. Die Bürgschaft dient der Sicherung einer Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner (Valutaverhältnis). Der Gläubiger hat somit nach Abschluss eines Bürgschaftsvertrages zwecks Sicherung eines Hauptvertrages zwei Schuldner. Dabei wird das Wesen der Bürgschaft durch die Akzessorietät<sup>16</sup> bestimmt.<sup>17</sup>

Freilich kann sowohl die Abschlusssituation oder der Abschluss eines Vertrages als auch die Durchführung des Vertrages derart erfolgen, dass zum Schutz von Interessen der Beteiligten die Möglichkeit einer Lösung vom Vertrag möglich sein muss. Für solche Fälle sieht das Gesetz sog. Gestaltungsrechte – z.B. das Anfechtungs-, Rücktritts- oder Widerrufsrecht – vor. Im Verhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger bereiten gestalterische Einwirkungen auf den Vertrag bereits Schwierigkeiten. Doch wird diese Überlegung herausfordernder, wenn sich der Gläubiger mit seiner Forderung an den Bürgen wenden darf. Denn es fragt sich, ob der Bürge ohne Berücksichtigung des bestehenden, aber nicht ausgeübten Gestaltungsrechts im Valutaverhältnis in Anspruch genommen werden kann. Eine Konstellation hat der Gesetzgeber in § 770 Abs. 1 BGB geregelt: „Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten“. Indessen findet sich keine explizite Gesetzesaussage, wonach der Bürge eine Forderung

---

Kreditsicherheiten, 8. Aufl., Heidelberg 2012, S. 4 Rn. 11; daneben zur Bürgschaft als Personalsicherheit ebd., S. 276 Rn. 831 ff.; *Hansjörg Weber/Jörg-Andreas Weber*, Kreditsicherungsrecht, 9. Aufl., München 2012, S. 59; *Dietrich Reinicke/Klaus Tiedtke*, Kreditsicherung, 5. Aufl., Neuwied 2006, S. 25 Rn. 85.

<sup>16</sup> Lesenswert zu den einzelnen Ausprägungen der Akzessorietät, namentlich der Inhalts-, Entstehungs-, Umfangs- und der Fortbestandsakzessorietät, *Johannes Heyers*, Wertungsjuristische Grundlagen der Bürgschaft – von einem liberalen zu einem sozialen Vertragsmodell, in: JA 2012, S. 81, 82 ff., der zusätzlich die jeweils verfolgte Wertung des Gesetzgebers („Prinzipien“) offenlegt; daneben generell zur Akzessorietät im Bürgschaftsrecht *Gerd Nobbe*, in: Herbert Schimansky/Hermann-Josef Bunte/Hans-Jürgen Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., München 2011, § 91 Rn. 2 u. 196 ff.

<sup>17</sup> *Reinicke/Tiedtke* (FN 15), S. 31 Rn. 106; *Hartmut Oetker/Felix Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Heidelberg 2013, S. 761; *Mathias Habersack*, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 6. Aufl., München 2013, § 767 Rn. 1; *Norbert Horn*, in: Julius von Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB, Berlin 2012, § 767 Rn. 1; *Dagmar Coester-Waltjen*, Die Bürgschaft, in: JURA 2001, S. 742, 745 ff.; *Stephan Lorenz*, Innenverhältnis und Leistungsbeziehungen bei der Bürgschaft, in: JuS 1999, S. 1145, 1150; *Klaus Ulrich Schmolke*, Grundfälle zum Bürgschaftsrecht, in: JuS 2009, S. 585, 585; *Steffen Schlinker*, Rückgriffsansprüche des Bürgen nach Zahlung auf eine mit einer dauernden Einrede behafteten Forderung, in: JURA 2009, S. 404, 408.

des Gläubigers verweigern könnte, weil das Valutaverhältnis mit einem „sonstigen“ Gestaltungsrecht des Hauptschuldners belastet ist. Eine Auslegung von § 770 Abs. 1 BGB kann nicht dazu führen, dass andere Gestaltungsrechte des Hauptschuldners vom Bürgen einredeweise gegenüber dem Gläubiger geltend gemacht werden können; andernfalls müsste die Wortlautgrenze unzulässig überschritten werden. Überschreitet man die Wortlautgrenze, handelt es sich um einen Vorgang der Rechtsfortbildung. Hierbei gilt es besondere Regeln zu beachten, um insbesondere die Grenzen der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung nicht zu überschreiten.<sup>18</sup>

So wird auch im Rahmen des § 770 Abs. 1 BGB in Bezug auf andere Gestaltungsrechte des Hauptschuldners eine Form der Rechtsfortbildung angedacht. Umstritten ist nämlich die Frage nach der Analogiefähigkeit des § 770 Abs. 1 BGB bezüglich sonstiger, in der Norm nicht explizit genannte Gestaltungsrechte. In diesem Zusammenhang wird von der noch herrschenden Ansicht in Schrifttum und Rechtsprechung vertreten, die analoge (bzw. entsprechende) Anwendung des § 770 Abs. 1 BGB im Verhältnis zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger sei möglich.<sup>19</sup> Folglich könne der Bürge der Forderung des Gläubigers eine Einrede aus übergreifendem Recht analog § 770 Abs. 1 BGB entgegenhalten, sofern dem Hauptschuldner im Valutaverhältnis sonstige Gestaltungsrechte zustünden. Dem hat sich der BGH, rekurrierend auf die Literatur, angeschlossen.<sup>20</sup> Die konkreten Voraussetzungen

---

<sup>18</sup> Ausführlich zum Unterschied zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung und der – verfassungsrechtlichen – Notwendigkeit dieser Unterscheidung *Rüthers/Fischer/Birk* (FN 1), Rn. 730b ff.; *Clemens Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, Tübingen 2008, S. 141 ff.; *Christian Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, Tübingen 2007, S. 559 ff.

<sup>19</sup> So bereits zu einem früheren Zeitpunkt *Ernst A. Oettel*, Erläuterung des § 770 BGB, Borna-Leipzig 1911, S. 31; *Philipp Heck*, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929, S. 384; aus dem aktuellen Schrifttum *Mathias Rohe*, in: Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth (Hrsg.), Kommentar zum BGB, Bd. 2, 3. Aufl., München 2012, § 770 Rn. 5; *Elke Herrmann*, in: Walter Erman (Begr.), Harm Peter Westermann/Georg Maier-Reimer (Hrsg.), Handkommentar – BGB, Bd. II, 13. Aufl., Köln 2011, § 770 Rn. 4; *Habersack* (FN 17), § 770 Rn. 6; *Hartwig Sprau*, in: Otto Palandt (Begr.), Kommentar zum BGB, 72. Aufl., München, 2013, § 770 Rn. 4; *Horn* (FN 17), § 770 Rn. 20 ff.; *Eckart Brödermann*, in: Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinrich (Hrsg.), BGB-Kommentar, 6. Aufl., Köln 2011, § 770 Rn. 3; *Reinicke/Tiedtke* (FN 15), Rn. 319; *Josef Esser/Hans-Leo Weyers*, Schuldrecht – Besonderer Teil, Bd. II, 7. Aufl., Heidelberg 1991, S. 348; *Josef Rieder/Stefan Rieder*, Bürgschaft, Schuldübernahme, Garantievertrag, 4. Aufl., Stuttgart 2003, S. 75; *Schmolke* (FN 17), S. 682; *Klaus Tiedtke*, Aus dem Hauptschuldverhältnis abgeleitete und eigene Einreden des Bürgen, in: JZ 2006, S. 940, 946; *Coester-Waltjen* (FN 17), S. 746; *Dieter Medicus*, Die Akzessorietät im Zivilrecht, in: JuS 1971, S. 497, 501. Teilweise enthalten diese Stellen Einschränkungen auf bestimmte Gestaltungsrechte.

<sup>20</sup> BGHZ 165, 363 (368).

einer Analogie werden dabei kaum methodologisch sauber in den Fokus gerückt.<sup>21</sup> Dagegen wird von einigen wenigen Autoren, die teilweise für eine exakte Einhaltung rechtswissenschaftlicher Methodik plädieren,<sup>22</sup> vorgetragen, dass eine analoge Anwendung nicht erfolgen solle.<sup>23</sup> Diese Ablehnung wird damit begründet, dass die Voraussetzungen der Analogiefähigkeit in Ermangelung einer „planwidrigen“ Unvollständigkeit nicht vorlägen.<sup>24</sup> Leider werten auch diese Vertreter die Gesetzesmaterialien nicht erschöpfend aus und vermögen daher nicht, den gesetzgeberischen Willen vollumfänglich zu präsentieren. Folglich fehlt in diesem Zusammenhang eine Offenlegung der vom Gesetzgeber aufgestellten Wertungen. Aus diesem Grunde werden im Folgenden zum einen die methodologischen Voraussetzungen der Rechtsfortbildung, zum anderen die Gesetzesmaterialien einer tiefergehenden Analyse unterzogen.

## **2. Voraussetzungen der Analogie**

Die Analogiefähigkeit einer Gesetzesnorm kommt dann in Betracht, wenn bei einem „ähnlichen“<sup>25</sup> Tatbestand eine Regelungslücke vorliegt, die einer „planwidrigen“<sup>26</sup> Unvollständigkeit des Gesetzes geschuldet ist.<sup>27</sup>

---

<sup>21</sup> Ansatzweise bei *Oettel* (FN 19), S. 31.

<sup>22</sup> So eindringlich *Christoph Schreiber*, Die Verteidigungsmittel des Bürgen, in: JURA 2007, S. 730, 733.

<sup>23</sup> *Hans-Peter Pecher*, in: Hans Theodor Soergel (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 5/1, 12. Aufl., Stuttgart 2007, § 770 Rn. 5; auch schon *Hans-Peter Pecher*, in: Kurt Rebmann/ Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. III/2, 2. Aufl., München 1986, § 770 Rn. 5 f.; *Joachim Gernhuber*, Bürgerliches Recht, 3. Aufl., München 1991, S. 239; *Hans-Georg Graf Lambsdorff/Bernd Skora*, Handbuch des Bürgschaftsrechts, München 1994, S. 133; *Schreiber* (FN 22), S. 733 u. FN 54; gegen eine Anwendung bei Rücktritt *Otto Zieger*, Erläuterung des § 770 des BGB, Jena 1905, S. 22.

<sup>24</sup> Insb. *Hugo Kreß*, Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, München 1934, S. 254 mit Verweis auf Mot. II 663, Prot. II 466.

<sup>25</sup> „Ähnlich“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass eine Übereinstimmung nur in einigen Hinsichten besteht und in anderen wiederum nicht, da es sonst die Gleichheit der Tatbestände begründen würde, *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991, S. 381; *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995, S. 202.

<sup>26</sup> *Larenz* und *Canaris* verweisen jeweils auf *Hans Elze*, Lücken im Gesetz, München 1916, denn „im Zusammenhang mit dem Begriff der Gesetzeslücke zum ersten Mal [auf die Planwidrigkeit] hingewiesen zu haben“, sei dessen Verdienst, vgl. *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1983, S. 16 FN 1; daneben *Larenz* (FN 25), S. 373 FN 17; *Larenz/Canaris* (FN 25), S. 194 FN 17.

<sup>27</sup> *Larenz* (FN 25), S. 373, 381 f.; *Larenz/Canaris* (FN 25), S. 194, 202 f.; *Canaris* (FN 26), S. 16, 31 ff.; *Georg Bitter/Tilman Rauhut*, Grundzüge zivilrechtlicher Methodik, in: JuS 2009, S. 289, 297 f.

Selbst wenn man davon ausginge, bei § 770 Abs. 1 BGB handele es sich um eine Ausnahmegesetzvorschrift,<sup>28</sup> stünde dies einer Analogiefähigkeit nicht generell entgegen. Ein „Grundsatz der Analogiefeindlichkeit von Ausnahmegesetzvorschriften“ existiert in einer solchen Absolutheit nämlich nicht.<sup>29</sup>

### **a) Ähnlicher Tatbestand**

Zunächst müssen ähnliche Tatbestände vorliegen. Eine Ähnlichkeit muss insbesondere in den Aspekten gegeben sein, die für die rechtliche Bewertung von Belang sind.<sup>30</sup> § 770 Abs. 1 BGB schützt den Bürgen vor einer Inanspruchnahme des Gläubigers nur in bestimmten Situationen. Der Bürge soll (zunächst) nicht zahlen müssen, wenn das Valutaverhältnis durch ein Gestaltungsrecht (konkret: Anfechtungsrecht) des Hauptschuldners zum Erlöschen gebracht werden kann. Eine (hinreichende) Ähnlichkeit eines Tatbestands ergibt sich hier nicht schon aus der Tatsache, dass ein anderes Gestaltungsrecht vorliegt. Vielmehr kommt es darauf an, dass der Bürge vor einer Leistung bewahrt werden soll, die er eventuell überhaupt nicht tätigen muss oder nach Ausübung des Gestaltungsrechts zurückfordern kann.<sup>31</sup> Insoweit soll das Wahlrecht (§§ 262 ff. BGB)<sup>32</sup> – mangels hinreichender Ähnlichkeit – nicht weiter verfolgt werden.<sup>33</sup>

Eine Ähnlichkeit im hier interessierenden Sinne ist bei solchen Gestaltungsrechten anzunehmen, die bei einer Rechtsausübung zum Untergang der Hauptforderung führen würden. Daher müssen das (vertragliche<sup>34</sup> und gesetzliche) Rücktrittsrecht sowie das Widerrufsrecht

---

<sup>28</sup> So z.B. *Graf Lambsdorff/Skora* (FN 23), S. 133; man könnte dies tatsächlich mit dem Abweichen von dem Prinzip, dass man nur eigene Gestaltungsrechte für die eigene Rechtsposition fruchtbar machen kann, rechtfertigen.

<sup>29</sup> *Markus Würdinger*, Ausnahmegesetzvorschriften sind analogiefähig!, in: JuS 2008, S. 949 ff.; *ders.*, Die Analogiefähigkeit von Normen. Eine methodologische Untersuchung über Ausnahmegesetzvorschriften und deklaratorische Normen, in: AcP 206 (2006), S. 946, 965 ff. mit einer Erläuterung der gegenteiligen Ansicht, S. 956 m.w.N.

<sup>30</sup> *Larenz/Canaris* (FN 25), S. 202.

<sup>31</sup> Vgl. Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 89 f. (abgedruckt in *Benno Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, Aalen 1979, S. 1262).

<sup>32</sup> Für eine analoge Anwendung in diesen Fällen *Brödermann* (FN 19), § 770 Rn. 3.

<sup>33</sup> Näher zu diesem Problemkreis *Horn* (FN 17), § 770 Rn. 20-26.

<sup>34</sup> Kritisch in Bezug auf eine analoge Anwendung des § 770 Abs. 1 BGB auf ein vertragliches Rücktrittsrecht *Josef Mornann*, in: Mitglieder des Bundesgerichtshofes (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch: mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Bd. II, 4. Teil, 12. Aufl., Berlin 1978, § 770 Rn. 7; Einschränkungen auch



berücksichtigt werden.<sup>35</sup> Ferner ist bei der Minderung (§ 437 Nr. 2 Var. 2 i.V.m. § 441 BGB; § 634 Nr. 3 Var. 2 i.V.m. § 638 BGB)<sup>36</sup> und der Herabsetzung der Vertragsstrafe (§ 343 BGB)<sup>37</sup> denkbar, dass die Zahlungspflicht auf Null reduziert wird. Daher kann eine Ähnlichkeit bejaht werden. Darüber hinaus könnte eine Ähnlichkeit insoweit anzuerkennen sein, als eine Einrede für den Bürgen nur in dem Umfang entsteht, in dem er eventuell später nicht mehr zur Leistung verpflichtet ist, folglich nicht generell in voller Höhe. Demgegenüber bleiben solche Fälle unbeachtet, in denen dem Hauptschuldner ein Aufrechnungsrecht zusteht,<sup>38</sup> da es sich bei der Frage einer diesbezüglichen Analogie um das Zusammenspiel von § 770 Abs. 1 u. 2 BGB einerseits und den Wertungen des § 393 BGB andererseits handelt.

### **b) (Planwidrige) Regelungslücke**

Daneben müsste eine (planwidrige) Regelungslücke – als weitere Voraussetzung einer Analogie – vorliegen.

### **aa) (Regelungs-)Lücke**

Im Gesetz kann eine Lücke nur dann existieren, wenn eine Regelung fehlt, die zu einer Unvollständigkeit des Gesetzes führt.<sup>39</sup> Eine Lücke ist auf den ersten Blick darin zu sehen, dass der Wortlaut des § 770 Abs. 1 BGB keine anderen Gestaltungsrechte umfasst. Bei genauerem Hinsehen handelt es sich dabei

---

bei *Peter Schlosser*, Peremptorische Einrede und „Ausgleichszusammenhänge“, in: JZ 1966, S. 428, 433.

<sup>35</sup> Unterschiede liegen zwar insb. in der Wirkung (ex nunc bei Rücktritt und Widerruf; ex tunc bei der Anfechtung) und im Hinblick auf die Dauer der Fristen. Die Wirkung der Ausübung ist indessen für die Geltendmachung im Rahmen des § 770 Abs. 1 BGB schon ohne Belang. Auch die unterschiedlichen Fristen führen nicht zu einer Unähnlichkeit: Die Anfechtung muss unverzüglich nach Erlangung der Kenntnis über den Anfechtungsgrund (§ 121 Abs. 1 BGB) oder binnen Jahresfrist erfolgen (§ 124 Abs. 1 BGB), kann aber bis zu 10 Jahre nach Vertragsschluss noch möglich sein (vgl. § 121 Abs. 2 BGB, § 124 Abs. 3 BGB). Diese große Zeitspanne spricht dafür, die regelmäßig eher längeren Fristen für den Rücktritt (vgl. §§ 218, 195 BGB; § 438 Abs. 1 und Abs. 4 S. 1 BGB; § 634a Abs. 1 und Abs. 4 S. 1 BGB – bis zu 30 Jahre) und die regelmäßig eher kürzeren Fristen bei Widerruf (§ 355 Abs. 2 BGB – oftmals nur 14 Tage) nicht als Grund zu sehen, eine hinreichende Ähnlichkeit abzulehnen.

<sup>36</sup> Für eine analoge Anwendung in diesen Fällen *Mormann* (FN 34), § 770 Rn. 7; *Rieder/Rieder* (FN 19), S. 75; *Heck* (FN 19), S. 384; *Coester-Waltjen* (FN 17), S. 746; *Tiedtke* (FN 19), S. 946.

<sup>37</sup> Für eine analoge Anwendung in diesen Fällen *Mormann* (FN 34), § 770 Rn. 7. Auf die Natur des Rechts als Gestaltungsrecht soll hier nicht weiter eingegangen werden.

<sup>38</sup> Ablehnend hierzu mit einer zustimmungswürdigen Untersuchung *Arndt Kiehnle*, Gibt ein Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners dem Bürgen eine Einrede gegen den nicht aufrechnungsberechtigten Gläubiger? Zur Auslegung des § 770 BGB und zum Innenverhältnis von Schuldner und Bürge, in: AcP 208 (2008), S. 635 ff.

<sup>39</sup> *Canaris* (FN 26), S. 39; *Larenz/Canaris* (FN 25), S. 191 ff.

jedoch nur um eine Lücke innerhalb einer Norm<sup>40</sup> und nicht (zwangsläufig) um eine – hier gesuchte – (Regelungs-)Lücke innerhalb des Gesetzes.<sup>41</sup> So kommt etwa in Betracht, dass andere Gestaltungsrechte des Hauptschuldners bereits durch sonstige Schutzvorschriften zugunsten des Bürgen im System des Bürgschaftsrechts erfasst werden, woraus sich die Entbehrlichkeit ihrer ausdrücklichen Aufnahme in § 770 Abs. 1 BGB ergäbe.

Möglicherweise ist also der Bürge immer ausreichend geschützt, wenn sich aus dem Gestaltungsrecht (Einwendung) des Hauptschuldners Einreden ableiten ließen, die der Bürge über § 768 Abs. 1 BGB geltend machen könnte.<sup>42</sup>

Zuvorderst können individualvertragliche Rücktrittsrechte vereinbart werden, § 346 Abs. 1 Var. 1 BGB. Wird (nur) ein Rücktrittsrecht eingeräumt, spricht dies dagegen, aus der vertraglichen Abrede eine Einrede im Valutaverhältnis abzuleiten. Man muss jedoch im konkreten Fall die vertragliche Abrede nach den §§ 133, 157 BGB auslegen. Je nach Formulierung kann sich ergeben, dass man auch eine Einrede aus einem vertraglich eingeräumten Rücktrittsrecht begründen kann. Da aber ein Rücktrittsrecht dafür steht, dass an einem Vertrag nicht mehr festgehalten werden soll, wohingegen die Einrede dieses Festhalten gerade voraussetzt, wird eher davon auszugehen sein, dass eine Einrede nicht entstehen soll, wenn die Parteien eine dahingehende Abrede nicht ausdrücklich getroffen haben. Regelmäßig wird der Bürge in solchen Fällen also keine Einrede des Hauptschuldners über § 768 Abs. 1 BGB geltend machen können. Demnach existiert eine Lücke bei vertraglichen Rücktrittsrechten.

Daneben kann ein gesetzliches Rücktrittsrecht im Valutaverhältnis eine Einwendung begründen. Aus einer solchen Einwendung kann sich zugleich die Einrede des nichterfüllten Vertrages zugunsten des Hauptschuldners ergeben. Solange der Gläubiger nicht (vollständig) geleistet hat, hat der Hauptschuldner ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 Abs. 1 BGB. Dies gilt jedenfalls für die Fälle, in denen keine Vorleistungspflicht besteht. Wenn zusätzlich noch die

---

<sup>40</sup> *Rüthers/Fischer/Birk* (FN 1), Rn. 847, verstehen unter Normlücken nur solche Lücken, bei denen ein notwendiger Bestandteil in der Normstruktur der gesetzlichen Regelung fehlt.

<sup>41</sup> Für ein solches weites Verständnis einer Lücke wohl auch *Peter Schwacke*, *Juristische Methodik*, 5. Aufl., Stuttgart 2011, S. 125; *Dieter Schmalz*, *Methodenlehre für das juristische Studium*, 4. Aufl., Baden-Baden 1998, S. 139; *Wolfram Hamann*, *Juristische Methodik*, 8. Aufl., Essen 1994, S. 32.

<sup>42</sup> Ob dies auch bei Anfechtung der Fall ist und § 770 Abs. 1 BGB deshalb überflüssig ist, untersucht *Rudolf Göring*, *Erläuterung des § 770 B.G.Bs.*, Kahla 1905, S. 9 ff.

Voraussetzungen des § 323 BGB erfüllt werden,<sup>43</sup> besteht (neben dem Zurückbehaltungsrecht) ein Rücktrittsrecht. Hier stehen Einwendung und Einrede also nebeneinander.<sup>44</sup> Liegt das Rücktrittsrecht aber in einer Unmöglichkeit begründet (vgl. § 326 Abs. 5 HS. 1 BGB), fehlt für die Einrede nach § 320 Abs. 1 BGB schon eine wirksame Gegenforderung.<sup>45</sup> Da für ein Rücktrittsrecht nach § 324 BGB nur Nebenpflichten i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB verletzt sein müssen, bei § 320 Abs. 1 BGB aber Leistungspflichten nicht erbracht worden sind, ist in solchen Fällen eine Einrede nach § 320 Abs. 1 BGB nicht vorhanden.<sup>46</sup> Weiterhin können gesetzliche Rücktrittsrechte auch im Gewährleistungsrecht bei Kauf- und Werkverträgen entstehen (vgl. § 437 Nr. 2 Var. 1 BGB und § 634 Nr. 3 Var. 1 BGB). Diese setzen u.a. voraus, dass mangelhaft i.S.d. §§ 434, 435 BGB oder des § 633 BGB geleistet wurde; hierdurch wandelt sich der Erfüllungsanspruch zunächst in einen Anspruch auf Nacherfüllung um (§ 439 Abs. 1 BGB, § 635 Abs. 1 BGB). Dieser Anspruch<sup>47</sup> kann im Rahmen von § 320 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden.<sup>48</sup> Die eigene Leistungserbringung wird also verweigert, solange die Nacherfüllung nicht erfolgt ist.<sup>49</sup> Dies setzt voraus, dass der Anspruch auf Nacherfüllung besteht, was in Fällen von § 275 BGB, § 439 Abs. 3 S. 1 BGB oder § 635 Abs. 3 BGB nicht der Fall ist.<sup>50</sup>

---

<sup>43</sup> Insb. die Fristsetzung aus § 323 Abs. 1 BGB, die gegebenenfalls entbehrlich ist (§ 323 Abs. 2 BGB), die Besonderheiten bei erfüllten Teilleistungen (§ 323 Abs. 5 BGB) und das Nichtvorliegen eines Ausschlussgrundes (§ 323 Abs. 6 BGB).

<sup>44</sup> Mit dem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal „eigene Vertragstreue“ wird ausgeschlossen, dass der Schuldner dauerhaft eine Einrede geltend macht, obwohl er sich (insgeheim) vom Vertrag lösen möchte, vgl. *Hansjörg Otto*, in: Julius von Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB, Berlin 2009, § 320 Rn. 47 ff.; da hier aber der Bürge die Gestaltungsrechte des Hauptschuldners nicht selbst geltend machen darf, kann insoweit kein Problem mit der eigenen Vertragstreue des Bürgen entstehen.

<sup>45</sup> Dazu *Volker Emmerich*, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl., München 2012, § 320 Rn. 26; für ein Leistungsverweigerungsrecht bei § 326 BGB *Graf Lambsdorff/Skora* (FN 23), S. 133.

<sup>46</sup> Zudem soll ja gerade das Festhalten am Vertrag unzumutbar sein. Allenfalls könnte man über eine Konstruktion über § 273 Abs. 1 BGB nachdenken, wenn aufgrund der Pflichtverletzung auch ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1 u. 3, 282 BGB besteht. Dies ist jedoch (im Unterschied zu § 320 BGB) nur dann der Fall, wenn der Gläubiger die Pflichtverletzung zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB) und ein Schaden entstanden ist; *Pecher* (FN 23), § 770 Rn. 5, geht davon aus, dass hier „in der Regel“ eine Einrede aus § 320 BGB gegeben ist.

<sup>47</sup> Teilweise wird auch davon ausgegangen, es handele sich hier um die ursprünglichen Ansprüche auf mangelfreie Leistung, vgl. z.B. *Emmerich* (FN 45), § 320 Rn. 4.

<sup>48</sup> Vgl. *Astrid Stadler*, in: Othmar Jauernig (Hrsg.), BGB-Kommentar, 15. Aufl., München 2013, § 320 Rn. 7.

<sup>49</sup> Bei Werkverträgen kommt zusätzlich § 641 Abs. 3 BGB in Betracht.

<sup>50</sup> Vgl. zu den Einreden bei Kaufverträgen *Tiedtke* (FN 19) S. 943.

Für die zu untersuchende Konstellation lässt sich also ableiten, dass eine im Valutaverhältnis bestehende Einwendung in Form eines gesetzlichen Rücktrittsrechts nur dann eine Einrede zugunsten des Bürgen gem. § 768 Abs. 1 BGB zu begründen vermag, wenn keine Vorleistungspflicht vereinbart wurde, keine Unmöglichkeit und keine Nebenpflichtverletzung vorliegt. Die Situation stellt sich folglich so dar, dass beim Vorliegen eines gesetzlichen Rücktrittsrechts in einigen Konstellationen die Möglichkeit der Geltendmachung einer Einrede über § 768 Abs. 1 BGB besteht. Gleichwohl deutet eine solch zersplitterte und mit Rechtsunsicherheit verbundene Struktur nicht auf eine auf Vollständigkeit angelegte Gesetzssystematik hin. Insofern besteht eine Lücke. Weiterhin kann im Valutaverhältnis ein Widerrufsrecht zugunsten des Hauptschuldners bestehen, das im vorgegebenen Zeitfenster ausgeübt werden kann. Um eine zugunsten des Bürgen geltende Einrede in diesen Fällen zu konstruieren, gibt es zwei Ansätze: Einerseits kann versucht werden, über § 768 Abs. 1 BGB eine Einrede abzuleiten. Voraussetzung ist indessen eine sich aus einem Widerrufsrecht ergebende Einrede. Gesetzlich normiert ist eine solche nicht.<sup>51</sup> Wenn gelegentlich der Versuch unternommen wird, das Bestehen einer (normimmanenten) Einrede daraus herzuleiten, dass eine Einrede bis zum Ende der Widerrufsfrist sinnvoll wäre, um die Ausschöpfung der gesetzlich zustehenden Überlegungs- und gegebenenfalls Warenprüfungszeit gewährleisten zu können,<sup>52</sup> wird § 355 BGB teleologisch ausgelegt.<sup>53</sup> Die Entscheidung, ob der Käufer am Vertrag festhalten möchte oder nicht, kann er jedoch in aller Regel unabhängig davon treffen, ob er die Ware schon bezahlt hat oder nicht. Wenn der Zweck des Widerrufsrechts auch in der Gewährung einer Zeit zur Untersuchung der Ware besteht (so bei Fernabsatzgeschäften),<sup>54</sup> wäre eine Einrede eventuell sinnvoll; die

---

<sup>51</sup> Es ist auch für das Widerrufsrecht nicht nötig, dass eine Leistungspflicht des Gläubigers nicht erfüllt wurde. Deshalb besteht eine Einrede nach § 320 Abs. 1 BGB nicht immer, wenn ein Widerrufsrecht besteht, sondern nur in Fällen, in denen wiederum die Leistung vom Gläubiger nicht erbracht wurde.

<sup>52</sup> *Christian Grüneberg*, in: Otto Palandt (Begr.), Kommentar zum BGB, 72. Aufl., München, 2013, § 355 Rn. 4. Eine Einrede bejahend auch *Gerhard Ring*, in: Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen (Hrsg.), Nomos-Kommentar BGB, Bd. 2, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, § 355 Rn. 21; vgl. auch *Joachim Gernhuber*, Verbraucherschutz durch Rechte zum Widerruf von Willenserklärungen, in: WM 1998, S. 1797, 1804.

<sup>53</sup> So *Gernhuber* (FN 52), S. 1804.

<sup>54</sup> Vgl. Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz.

ausreichende Untersuchungszeit ist aber schon dadurch gewährleistet, dass die Widerrufsfrist nicht schon bei Vertragsschluss, sondern erst bei Lieferung der Ware beginnt, § 312d Abs. 2 BGB. Zudem würde die Konstruktion einer Einrede den Verkäufer unzumutbar belasten<sup>55</sup> und die unterschiedlichen Regelungsziele von Einwendung und Einrede missachten. Ferner hat der Gesetzgeber mit § 486 Abs. 1 BGB im Rahmen eines speziellen Widerrufsrechts zum Ausdruck gebracht, dass Zahlungen des Verbrauchers innerhalb der Widerrufsfrist nicht verlangt werden können. Daraus lässt sich im Wege eines *argumentum e contrario* ableiten, der Gesetzgeber habe im allgemeinen Widerrufsrecht kein Leistungsverweigerungsrecht des Berechtigten für die Dauer der Widerrufsfrist begründen wollen. Somit kann bei allgemeinen Widerrufsrechten keine Einrede vorliegen.<sup>56</sup> Andererseits wird vorgetragen, dass ein Leistungsverweigerungsrecht existiere, „das nach § 767 Abs 1 Satz 1 BGB auch zu Gunsten eines Bürgen wirke“,<sup>57</sup> was an dem Vorliegen eines „besonderen, der schwebenden Unwirksamkeit ähnlichen Vertragsmangels“<sup>58</sup> liege. Dies kann bereits deswegen nicht überzeugen, weil der Gesetzgeber (spätestens seit dem Jahre 2000) von einer schwebenden Wirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts bis zur Ausübung des Widerrufsrechts ausgeht, vgl. § 355 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>59</sup> Insoweit ist der Bürge bei Vorliegen eines Widerrufsrechts des Hauptschuldners nicht durch eine Einrede (über § 768 Abs. 1 BGB oder § 767 Abs. 1 S. 1 BGB) vor der Inanspruchnahme des Gläubigers geschützt.

In den oben beschriebenen Fällen der Gewährleistung kann der Hauptschuldner, statt zurückzutreten, mindern (§ 437 Nr. 2 Var. 2 i.V.m. § 441

---

<sup>55</sup> Insb. in Fällen von § 355 Abs. 4 BGB.

<sup>56</sup> Im Ergebnis ebenso *Andreas Masuch*, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl., München 2012, § 355 Rn. 37; *Dagmar Kaiser*, in: Julius von Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB, Berlin 2012, § 355 Rn. 26; *Andreas Fuchs*, Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts, in: ZIP 2000, S. 1273, 1282 mit Hinweis darauf, dass es für eine Einrede auch keine Anhaltspunkte in der Gesetzesbegründung gibt; *Sudabeh Kamanabrou*, Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, in: WM 2000, S. 1417, 1418.

<sup>57</sup> *Pecher* (FN 23), § 770 Rn. 5.

<sup>58</sup> *Pecher* (FN 23), § 770 Rn. 5.

<sup>59</sup> Mit der Einführung des § 361a Abs. 1 S. 1 BGB und dessen Formulierung sollte „die Konstruktion der schwebenden Wirksamkeit für alle Verbraucherschutzgesetze eingeführt“ werden, RegE BT-Drucks 14/2658, S. 47; die Norm wurde unverändert in § 355 Abs. 1 S. 1 BGB fortgesetzt, vgl. BT-Drucks 14/6040, S. 198 (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts). Unklar bleibt auch, inwieweit die Einrede über § 767 BGB geltend gemacht werden soll.

Abs. 1 S. 1 BGB; § 634 Nr. 3 Var. 2 i.V.m. § 638 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Ausführungen und die Feststellungen zu den Einreden des Rücktrittsberechtigten gelten also auch für den (gleichzeitig) Minderungsberechtigten. Ein zusätzlicher Schutz ergibt sich dadurch, dass ein Minderungsrecht auch bei unerheblicher Pflichtverletzung besteht (§ 441 Abs. 1 S. 2 BGB; § 638 Abs. 1 S. 2 BGB). Eine generelle Einrede bis zur Minderung wird durch das Gesetz nicht statuiert. Demnach gilt für das Minderungsrecht das Gleiche wie für das Rücktrittsrecht: Die Zersplitterung der Struktur der Rechte des Bürgen führt dazu, dass von einer Lücke auszugehen ist.

Eine Schutzbedürftigkeit des Bürgen kann sich ferner ergeben, wenn er sich für eine Vertragsstrafe verbürgt hat und diese (objektiv) zu hoch ist. Hierbei wird der Bürge freilich ausreichend durch § 768 Abs. 1 BGB geschützt. Er kann nämlich die (normimmanente) materiell-rechtliche Einrede der Herabsetzbarkeit, die dem Hauptschuldner zustünde, geltend machen. Diese existiert, weil sich der Hauptschuldner sonst – bei uneingeschränktem Zwang zur Zahlung – seiner Rechte entledigen würde (vgl. § 343 Abs. 1 S. 3 BGB).<sup>60</sup> Insofern ist für die Herabsetzbarkeit der Vertragsstrafe nicht von einer Lücke auszugehen. Das Gesetz enthält also keine vollumfängliche Regelung, wonach der Bürge bei dem Vorliegen von Rücktritts-, Minderungs- oder Widerrufsrechten des Hauptschuldners Einreden – insbesondere über eine Anwendung des § 768 Abs. 1 BGB – gegenüber der Inanspruchnahme des Gläubigers geltend machen kann.

### **bb) Planwidrigkeit**

Daneben muss der Frage nachgegangen werden, ob diese Regelungslücke planwidrig ist. Die Planwidrigkeit liegt dann vor, wenn eine Regelungsabsicht nach dem Plan des Gesetzgebers zwar vorhanden war, jedoch keine Regelung vorliegt.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Volker Rieble, in: Julius von Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB, Berlin 2009, § 343 Rn. 93; Peter Gottwald, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl., München 2012, § 343 Rn. 13.

<sup>61</sup> Canaris (FN 26), S. 31 ff.; Larenz (FN 25), S. 373; Larenz/Canaris (FN 25), S. 194.

### **(a) Subjektive vs. objektive Auslegung**

Bevor die Gesetzesmaterialien darauf untersucht werden, welchen Willen der Gesetzgeber im gegenständlichen Zusammenhang (Regelungsabsicht) geäußert hat, muss der Frage nachgegangen werden, welchen Stellenwert eine solche Willensäußerung des Gesetzgebers (historischer Zweck) im Kanon der Rechtsauslegung bzw. -fortbildung hat. Man könnte sich nämlich auf den Standpunkt stellen, mit der Verkündung des Gesetzes löse sich der Gesetzestext vom (historischen) Willen des Normsetzers und es existiere fortan ausschließlich ein „Wille des Gesetzes“.<sup>62</sup> Eine solche sog. objektive Auslegung würde folglich dem „Willen des Gesetzgebers“ wenig, bisweilen sogar gar kein Gewicht beimessen.<sup>63</sup> Vielmehr würde der Versuch unternommen, aus dem Gesetzestext einen „objektiven Willen des Gesetzes“ abzuleiten.<sup>64</sup> Folglich wären die Aussagen des Normsetzers einem vermeintlich „objektiven“ Willen des Gesetzes unterzuordnen.

Indessen streiten die besseren Argumente dafür, sich nicht dem „Willen des Gesetzgebers“ zu verschließen, sondern ihm besonderes Gewicht beizumessen.<sup>65</sup> Denn zum einen darf kein „Freiballon [...] aufgelassen“<sup>66</sup> werden, welcher vom Wind des Rechtsanwenders bzw. -fortbilders nach seinem Gutdünken in jede beliebige Richtung gestoßen werden könnte, um das gewünschte Ergebnis mit dem starken Argument des „Gesetzeswillens“ rechtfertigen zu können. Zum anderen rückt das BVerfG – entgegen früherer Tendenzen<sup>67</sup> – den „Willen des Gesetzgebers“ immer mehr in den Mittelpunkt

---

<sup>62</sup> Vgl. stellvertretend für die Vertreter der objektiven Auslegung *Reinhold Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl., München 2012, S. 17 ff.

<sup>63</sup> *Rüthers* (FN 1), S. 262.

<sup>64</sup> Freilich sollte berücksichtigt werden, „dass die Vertreter der sog. objektiven Auslegungstheorie dasjenige, was sie selbst subjektiv für objektiv geboten halten, als Normzweck ausgeben und an die Stelle der gesetzgeberischen Interessenbewertung setzen.“ (so ausdrücklich *Fischer* [FN 18], S. 99).

<sup>65</sup> Eine Darstellung aller zu diesem Diskurs vertretenen Positionen würde der gegenständlichen Untersuchung nicht dienlich sein und den hiesigen Rahmen sprengen. Daher wird auf eine Darstellung aller Argumente verzichtet, jedoch im Lichte derzeitiger Tendenzen Position bezogen. Ein instruktiver Überblick zu diesem „juristischen Kulturkampf“ bei *Rüthers/Fischer/Birk* (FN 1), Rn. 796 ff.; für eine kurze Zusammenfassung der Positionen im erneut entflammten Streit *Winfried Hassemer*, *Juristische Methodenlehre und Richterliche Pragmatik*, in: *RECHTSTHEORIE* 39 (2008), S. 1 ff.; eine äußerst lesenswerte Replik auf *Hassemer* und weiterführende Hinweise zum aktuellen Diskurs finden sich bei *Rüthers* (FN 1), S. 253 ff. u. FN 2.

<sup>66</sup> Eine solche Metapher benutzte bereits *Philipp Heck*, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in: *AcP* 112 (1914), S. 1, 62 u. FN 87, um die Gefahren der sog. objektiven Auslegung darzustellen.

<sup>67</sup> Für einen Überblick zur früheren Linie des BVerfG *Rüthers/Fischer/Birk* (FN 1), Rn. 799 f.

der Rechtsanwendung und -fortbildung, um die verfassungsrechtlich vorgegebene Gewaltenteilung vollends zu respektieren.<sup>68</sup> Keineswegs ist damit gemeint, die Gesetzesbindung sei i.S.e. Buchstabengehorsams zu verstehen;<sup>69</sup> vielmehr ist der „Wille des Gesetzgebers“ auch bei der Überschreitung einer zu starren Wortlautgrenze zu berücksichtigen. Daher wird an dieser Stelle gemeinsam mit den Vertretern der sog. subjektiven Auslegung für die Einhaltung der Gewaltenteilung plädiert und damit nicht nach einem „Willen des Gesetzes“ gesucht, sondern vielmehr der „Wille des Gesetzgebers“ berücksichtigt.<sup>70</sup> Denn nur so können verfassungsrechtliche Vorgaben im Rahmen der Rechtsmethodologie vollumfänglich berücksichtigt werden.<sup>71</sup> Mit dem hier vertretenen Verständnis wäre folglich jede weitere Untersuchung unvereinbar, welche den gesetzgeberischen Willen außen vor ließe. Daher gilt es im Folgenden zu eruieren, ob sich ein Wille des Gesetzgebers für die gegenständlich zu untersuchende Konstellation aus den Gesetzesmaterialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch ableiten lässt.

---

<sup>68</sup> So bspw. jüngst BVerfG Beschl. v. 25.01.2011 – 1 BvR 918/10, Rn. 52 (= NJW 2011, S. 836 [837]); äußerst lesenswert zu diesem Urteil *Bernd Rütters*, Klartext zu den Grenzen des Richterrechts, in: NJW 2011, S. 1856 ff.; siehe auch *Clemens Höpfner*, in: NJW 15/2012, Editorial. Die umstrittene Interpretationspraxis dieser Entscheidung wird an dieser Stelle nicht verkannt, die sich nicht zuletzt an der Vielzahl der hierzu veröffentlichten Aufsätze, Besprechungen und Anmerkungen zeigt. Herausgegriffen wurden *Rütters* und *Höpfner* jedoch bewusst, um zu signalisieren, dass hier ihrer zutreffenden Lesart der Entscheidung gefolgt wird.

<sup>69</sup> Den Buchstabengehorsam i.S.d. Andeutungstheorie als einen Trugschluss zu entlarven, war der Verdienst von *Heck* (FN 66), insb. S. 258; lesenswert hierzu *Rütters* (FN 1), S. 261 f. An dieser Stelle bedarf es der Konkretisierung dessen, was mit dem *Willen* des Gesetzgebers gemeint ist. Denn es ist weder ein Buchstabengehorsam noch ein objektiver Sinn des Gesetzestextes gemeint: Es geht hierbei um den „normativen Willen“, mithin um die durch den Gesetzgeber vorgenommene Wertung (Interessenabwägung) bezogen auf die jeweils gegenständliche Normierung, hierzu ausführlicher *Heck* (FN 66), S. 57; lesenswert hierzu *María José García Salgado*, Rechtliche versus gesellschaftliche Interessen?, in: Manuel Atienza et al. (Hrsg.), *Theorie des Rechts und der Gesellschaft: Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag*, Berlin 2003, S. 613 – 633, insb. 626.

<sup>70</sup> Näher *Rütters/Fischer/Birk* (FN 1), Rn. 796; *Zippelius* (FN 62), S. 17 nimmt nach eigenen Angaben eine überspitzte Version in Bezug, die auf die persönliche Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen abstellen möchte. Diese extreme Position wird hier nicht vertreten.

<sup>71</sup> *Hassemer* (FN 65), S. 1 ff. scheint zu bestreiten, dass diese Auseinandersetzung eine verfassungsrechtliche Dimension hat. Jedenfalls verneint *Hassemer* die Verfassungswidrigkeit der sog. objektiven Auslegung und versucht, eine vermittelnde Rolle zwischen den Positionen einzunehmen. Dem widerspricht *Rütters* (FN 1), 253 ff. nicht nur vehement, sondern stellt zu Recht klar, dass es hierbei um eine verfassungsrechtliche Frage geht, die sog. objektive Auslegung gegen verfassungsrechtliche Vorgaben verstößt und bereits vor mehr als 100 Jahren abgelehnt wurde. Zu diesem Methodenstreit bei der Rechtsanalogie *Antonis Chanos*, Begriff und Geltungsgrundlagen der Rechtsanalogie im heutigen juristischen Methodenstreit, Köln: Böhlau 1994, passim, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsanalogie als Spielfigur judikativer Entscheidungsgewinnung (S. 108 ff.) steigert.



## **(b) Auslegung der Gesetzesmaterialien zum BGB**

Immanent wichtig für das Herausfinden eines gesetzgeberischen Plans sind die Gesetzesmaterialien. Interessanterweise hat *Oettel*, der als einer der Ersten die umfassende analoge Anwendung befürwortet hat, versucht, seine Argumentation durch die Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich abzusichern.<sup>72</sup> Insoweit werden hier Gedanken zur Planwidrigkeit vertieft, die schon seit über 100 Jahren auf eine nähere Auseinandersetzung warten mussten. Tatsächlich wird oftmals die Stelle „Mot. II 663“ zitiert, die aber nur ausschließt, dass der Bürge selbst ein Gestaltungsrecht des Hauptschuldners ausübt<sup>73, 74</sup>. Vor dem Hintergrund, dass der erste Entwurf (mit den entsprechenden Motiven) keinerlei auf die Gestaltungsmöglichkeiten des Hauptschuldners beruhenden Einreden des Bürgen vorsah,<sup>75</sup> ist dieser Äußerung nicht zu viel Gewicht beizumessen. Im Rahmen der sachlichen Beratungen der 2. Kommission stellte *Gustav von Mandry*<sup>76</sup> mehrere Anträge, die die vorliegende Problematik behandelten. So beantragte er, dem § 671 Abs. 1 des Entwurfes folgende Bestimmung hinzuzufügen: „Solange dem Hauptschuldner ein Anfechtungsrecht zusteht, kann der Bürge die Erfüllung der Bürgschaftsverbindlichkeit verweigern.“ Dieser Antrag wurde angenommen<sup>77</sup> und war die Grundlage für den späteren § 770 Abs. 1 BGB. Während dieser Antrag noch keine „Unbilligkeit gegenüber dem

---

<sup>72</sup> *Oettel* (FN 19), S. 31: „Dieser Widerspruch lässt sich leicht lösen, wenn wir [...] den § 770 analog anwenden und im Falle des Rücktritts Wandlung, Minderung und Wahl, dem Bürgen ein Leistungsverweigerungsrecht zugestehen, solange diese Ansprüche bestehen. Den Motiven widerspricht dies in keiner Weise, denn sie verneinen nur eine Selbstaübung, ohne eine analoge Anwendung irgendwie zu bejahen noch zu verneinen.“

<sup>73</sup> „Wenn der Hauptschuldner eine Einwendung gegen die Forderung durch einen Willensakt zu erzeugen in der Lage ist, wie bei der Anfechtung und bei der Kompensation, so ist der Bürge weder befugt, jenen Willensakt an Stelle des Schuldners vorzunehmen, noch sich auf die Anfechtbarkeit oder Kompensabilität vor Abgabe der entscheidenden Erklärung des Schuldners zu berufen. Dies ergibt sich unmittelbar aus den einschlagenden Vorschriften (§§ 112, 113, 281, 282 BGB a.F.). Ebenso ist klar, daß der Bürge an Stelle des Schuldners diejenigen Dispositionen über den Inhalt der Schuld nicht ausüben kann, welche von einer einseitigen Erklärung des Schuldners abhängen, wie Wahl, Rücktritt vom Verträge, Wandelung, Minderung, wenn auch im Falle einer alternativen Verbindlichkeit die Annahme der einen von dem Bürgen bewirkten Leistung seitens des Gläubigers als Erfüllung wirken kann.“

<sup>74</sup> So auch *Oettel* (FN 19), S. 31.

<sup>75</sup> Mot. II 663.

<sup>76</sup> Zum Gesetzgebungsverfahren *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Recht der Schuldverhältnisse, Bd. III, Berlin 1983, S. 476; hierzu auch überblicksartig *Hans-Peter Haferkamp*, in: Joachim Rückert/Frank L. Schäfer (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III/2, Tübingen 2013, §§ 765-778 Rn. 50.

<sup>77</sup> Prot. II 464.

Gläubiger“<sup>78</sup> darstellte, wurde der Zusatzantrag „in dem vorstehenden Antrage hinter ‚Anfechtungsrecht‘ einzuschalten ‚oder ein Rücktrittsrecht“<sup>79</sup> zurückgezogen, „nachdem darauf hingewiesen wurde, daß der Gläubiger dadurch zu sehr in seinem Rechte gehemmt werden würde.“<sup>80</sup> Hierdurch hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, er wolle die Interessen des Gläubigers in dieser Dreieckskonstellation ebenfalls und hinreichend schützen. Mit dieser Aussage ist folglich eine Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers offengelegt worden: Der Bürge soll geschützt werden, solange man dem Hauptschuldner, dessen Verhalten in der Risikosphäre des Bürgen anzusiedeln ist, kein „schuldhaftes Zögern“ im Rahmen der Ausübung eines Gestaltungsrechts im Valutaverhältnis vorwerfen kann. Im Übrigen soll das Interesse des Gläubigers an einer ungestörten Anspruchsdurchsetzung geschützt werden. Darüber hinaus wurde Aspekten der Billigkeit<sup>81</sup> gezielt weniger Platz eingeräumt als Erwägungen zur unnötigen Belastung des Gläubigers. Der Gesetzgeber hatte vorrangig den Plan, den Gläubiger nicht zu stark durch Gewährung von Einreden für den Bürgen zu belasten. Als eine solche Belastung wurde – plangemäß – die Einrede des Bürgen bei Vorliegen eines Rücktrittsrechts im Valutaverhältnis angesehen. Daraus ergibt sich folgerichtig, dass der Gesetzgeber sich bewusst gegen die Aufnahme anderer Gestaltungsrechte entschieden hat.<sup>82</sup> Der „erkennbare Wille des Gesetzgebers“ spricht somit gegen die analoge Anwendung auf den Rücktritt.<sup>83</sup> Dies gilt

---

<sup>78</sup> Prot. II 466.

<sup>79</sup> Prot. II 464.

<sup>80</sup> Prot. II 466. Ob ein solches Zurückziehen eines Antrags ausreicht, um von einem „beredten Schweigen des Gesetzgebers“ (vgl. dazu *Rüthers/Fischer/Birk* [FN 1], Rn. 838; *Olaf Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, München 2011, S. 147) ausgehen zu können, ist unklar. Das Ergebnis – das Nichtvorliegen einer planwidrigen Regelungslücke – würde sich jedoch dadurch nicht ändern.

<sup>81</sup> Im Rahmen des Fortschritts der Entwürfe steht in der Denkschrift auf S. 89 f. (abgedruckt in *Mugdan* [FN 31], S. 1262): „Nur der Hauptschuldner selbst hat aber darüber zu befinden, ob er von diesem Rechte Gebrauch machen will. Andererseits kann, so lange das Anfechtungsrecht besteht, dem Bürgen billigerweise nicht zugemuthet werden, die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen, da er im Falle nachträglicher Anfechtung berechtigt sein würde, das Geleistete nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zurückzufordern. Der Entw. giebt ihm deshalb bis zum Erlöschen des Anfechtungsrechtes die Befugniß, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern.“

<sup>82</sup> So auch die Schlussfolgerung bei *Schreiber* (FN 22), S. 733; *Pecher* (FN 23), § 770 Rn. 5, die die analoge Anwendung ablehnen, jedoch ohne im Einzelnen auf die Analogievoraussetzungen einzugehen, sondern nur auf Prot. II 466 verweisen.

<sup>83</sup> *Kreß* (FN 24), S. 254 mit Verweis auf Mot. II 663, Prot. II 466 für alle anderen Aufhebungsrechte; ebenso deutlich gegen die Anwendung bei Rücktritt *Zieger* (FN 23), S. 21;

sowohl für den Rücktritt aus dem Allgemeinen Teil des Schuldrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches als auch für den Rücktritt aus dem Gewährleistungsrecht.<sup>84</sup> Für das Rücktrittsrecht liegt keine Planwidrigkeit vor. Ein so klares Ergebnis können die Materialien für das Widerrufsrecht schon nicht liefern, da ein solches Recht erst später im deutschen Zivilrecht eingeführt wurde. Daher lässt sich nicht ohne Weiteres feststellen, ob der Gesetzgeber in Kenntnis um Widerrufsrechte diese mit dem Anfechtungs- oder dem Rücktrittsrecht gleichgesetzt hätte. Es muss also erörtert werden, ob das Widerrufsrecht dem Anfechtungs- oder doch eher dem Rücktrittsrecht näher ist. Für eine Nähe zum Anfechtungsrecht sprechen die jeweils kürzesten Fristen dieser beiden Gestaltungsrechte. Sowohl das Anfechtungsrecht (vgl. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB)<sup>85</sup> als auch das Widerrufsrecht (§ 355 Abs. 2 S. 1 BGB) müssen innerhalb weniger Tage ausgeübt werden. Demzufolge ließe sich annehmen, dass der Gesetzgeber bei Kenntnis um das Widerrufsrecht die Ansicht vertreten hätte, der Bürge solle ein Verteidigungsmittel haben, da sich die Frage um das Gestaltungsrecht aus dem Valutaverhältnis innerhalb kürzester Zeit klären ließe. Folglich könnte es in der Konsequenz dazu kommen, dass eine analoge Anwendung des § 770 Abs. 1 BGB auf das Widerrufsrecht durchaus angebracht wäre. Eine solche Sichtweise vermag jedoch nicht vollumfänglich zu überzeugen. Die kurze Frist der Ausübung dieser beiden Instrumentarien fußt auf unterschiedlichen Erwägungen. Im Rahmen des Anfechtungsrechts wird dem Gestaltungsrechtsinhaber bei Unterlassung ein Schuldvorwurf gemacht (arg. ex § 121 Abs. 1 BGB: „schuldhaftes Zögern“). Beim Widerrufsrecht geht es dagegen um eine Überlegungszeit, die kurz gewählt ist, weil und wenn der andere Teil seinen Informationspflichten nachgekommen ist. Während also das Anfechtungsrecht das Risiko der kurzen

---

vgl. auch *Nissen*, Rechtsstellung des Kaufpreisbürgen bei mit Gewährsmängeln behafteter Kaufsache, in: JW 1902, S. 460, 461.

<sup>84</sup> Bis zur Schuldrechtsreform war der heutige Rücktritt aus dem Gewährleistungsrecht als Anspruch ausgestaltet, vgl. § 462 BGB a.F.; § 634 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. Dadurch, dass nun (nur noch) ein Gestaltungsrecht gewährt wird, zeigt sich die gesetzgeberische Wertung in Bezug auf ein Scheitern an der Planwidrigkeit noch deutlicher. Da sich die verschiedenen Rücktrittsrechte – in den hier relevanten Aspekten – nicht entscheidend voneinander abgrenzen lassen, muss die Planwidrigkeit auch für die Rücktrittsrechte aus dem Gewährleistungsrecht abzulehnen sein.

<sup>85</sup> Unberücksichtigt soll die längere Frist des § 124 BGB bleiben, weil sich diese auf die Konstellation in § 123 BGB bezieht. Insofern ist die Wertung eine andere als im Zusammenhang mit §§ 119 f. BGB.

Zeit in die Sphäre des Rechtsinhabers verlagert, wird das Risiko der Fristverlängerung im Rahmen des Widerrufsrechts mit dem Postulat der Informationspflicht in der Sphäre des Rechtsgegners verortet. Wenn also der Informationspflichtige (= Gläubiger) seiner Informationspflicht nachkommt, würde es gegen den Willen des Gesetzgebers (Schutz der Interessen des Gläubigers) sprechen, wenn man dem Bürgen ein Verteidigungsmittel in analoger Anwendung des § 770 Abs. 1 BGB zuspräche. Dieser Umstand spricht bereits gegen eine Unterscheidung dieser Rechtsmittel. Darüber hinaus ist das Widerrufsrecht sowohl in der systematischen Stellung als auch auf Rechtsfolgenseite<sup>86</sup> dem Rücktrittsrecht näher als der Anfechtung. Diese Erwägungen sprechen dafür, dass der historische Gesetzgeber, wenn es früher Widerrufsrechte gegeben hätte, diese bzgl. der Einreden wie den Rücktritt behandelt hätte. Zudem muss von Befürwortern einer Analogie positiv hergeleitet werden, dass der Gesetzgebungsplan unzureichend realisiert wurde, um eine Planwidrigkeit begründen zu können. Dies freilich ist generell schwierig<sup>87</sup> und in Bezug auf Widerrufsrechte kaum möglich.

Zwar hat sich der Gesetzgeber nicht ausdrücklich gegen die Einbeziehung der Minderung gewandt.<sup>88</sup> Je ähnlicher das Minderungsrecht dem Rücktrittsrecht ist, desto mehr sprechen die Umstände dafür, dass eine Anwendung im Rahmen von § 770 Abs. 1 BGB zu einer übermäßigen Belastung des Gläubigers führen würde. Gerade dies wollte der Gesetzgeber jedoch vermeiden. Es wurde bereits dargestellt, dass die Minderungsmöglichkeit grundsätzlich nur dann besteht, wenn ein Rücktrittsrecht vorliegt (arg. ex § 441 Abs. 1 S. 1 BGB; § 638 Abs. 1 S. 1 BGB). Dies spricht für eine Gleichbehandlung im gegenständlichen Kontext.<sup>89</sup> Gegen eine übermäßige Belastung des Gläubigers könnte aber sprechen, dass der Bürge nur den Teil seiner Verpflichtung zurückhält, um den gemindert werden kann. Auch kann dieser Teil einen sehr geringen Geldwert haben, wodurch der Gläubiger kaum

---

<sup>86</sup> Vgl. insb. §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 BGB.

<sup>87</sup> *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 10. Aufl., Berlin 2009, S. 389.

<sup>88</sup> Auch für die Minderung wählte man zunächst die Variante der Statuierung eines Anspruchs, vgl. § 462 BGB a.F.; § 634 Abs. 1 S. 3 BGB a.F.

<sup>89</sup> Zudem besteht die Gefahr, dass durch die Bejahung einer analogen Anwendung von § 770 Abs. 1 BGB auf Minderungsrechte die fehlende Planwidrigkeit bei Rücktrittsrechten konterkariert werden würde.

belastet werden würde.<sup>90</sup> Demgegenüber kann die extreme Gegenposition ebenfalls vorliegen: Es kann eine Minderung auf Null stattfinden, sodass der Gläubiger – wie bei einem Rücktritt – keinen Anspruch auf Zahlung hätte. Eine Aufspaltung der Planwidrigkeit, ausgerichtet an der Höhe des zurückbehaltenen Wertes, ist dogmatisch nicht haltbar; insbesondere mit Blick auf Rechtssicherheitsaspekte im Rahmen einer Rechtsfortbildung. Solche Unterscheidungen müssen dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Folglich ist eine überbordende Belastung des Gläubigers nicht auszuschließen, wenn man dem Bürgen eine Einrede in Fällen einräumt, in denen der Hauptschuldner ein Minderungsrecht hat. Durch eine analoge Anwendung würde man gegen den Plan des Gesetzgebers verstoßen, die Interessen des Gläubigers im Rahmen des § 770 Abs. 1 BGB zu schützen. Mithin liegt für das Minderungsrecht keine Planwidrigkeit vor.

Die Zusammenschau der Gesetzesmaterialien und ihre Gegenüberstellung und systematische Auslegung lässt also erkennen, dass die Regelungslücken im Rahmen von § 770 Abs. 1 BGB bezogen auf Rücktritts-, Minderungs- und Widerrufsrechte nicht planwidrig sind.

### **cc) Zwischenergebnis**

Festzuhalten bleibt folglich: Im Bürgschaftsrecht fehlt eine Regelung für den Fall einer Belastung des Valutaverhältnisses mit einem „sonstigen“ Gestaltungsrecht des Hauptschuldners, woraus der Bürge gegenüber dem Gläubiger eine Einrede ableiten könnte. Eine nähere Untersuchung der Gesetzesmaterialien bringt den „Willen des Gesetzgebers“ ans Licht, sich im vollen Bewusstsein gegen die Aufnahme anderer Gestaltungsrechte in § 770 Abs. 1 BGB entschlossen zu haben. Mithin liegen die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 770 Abs. 1 BGB auf andere Gestaltungsrechte nicht vor.

### **3. Unzulässigkeit sonstiger Rechtsfortbildungen**

Zu begutachten ist zusätzlich, ob eventuell nur die Bezeichnung „Analogie“ fehlerhaft ist, aber die Voraussetzungen einer anderen Rechtsfortbildung gegeben

---

<sup>90</sup> Im Rahmen einer möglichen Interessenabwägung wäre hier aber auch das Interesse des Bürgen an einer Zurückbehaltung geringer.

sind. Denn die folgende Untersuchung kann den eigenen Anforderungen an eine methodenehrliche Lösung nur dann gerecht werden, wenn der methodologische Blick ausgeweitet wird.<sup>91</sup>

### **a) Teleologische Extension**

In Betracht kommt zuvorderst eine teleologische Extension<sup>92</sup> des § 770 Abs. 1 BGB. Im Gegensatz zur extensiven Auslegung, darf mit genanntem Instrument die Wortlautgrenze überschritten werden.

Die Darstellung des Hauptunterschiedes zwischen teleologischer Extension und Analogie ist (in Bezug auf die theoretische Begründungsstruktur)<sup>93</sup> zunächst einfach: Bei der Analogie wird mit der Vergleichbarkeit und Ähnlichkeit von Tatbeständen argumentiert. Diese Ähnlichkeit ist bei der teleologischen Extension nicht von Belang. Wie der Name schon vermuten lässt, steht hierbei der Telos im Vordergrund. Die bestehende Wertentscheidung des Gesetzgebers wurde hierbei nicht hinreichend in der Norm zum Ausdruck gebracht.<sup>94</sup> Dies kann auch daran liegen, dass sich der Gesetzgeber durch falsche Überlegungen (aber der Wertentscheidung eigentlich bewusst) für einen „falschen“ Wortlaut entschieden hat. Allein dieser ureigene Telos der Norm ist, wenn er im Wortlaut der Norm nicht<sup>95</sup> zum Ausdruck kommt, der Anlass dafür, die Norm teleologisch zu extendieren.<sup>96</sup> Eine teleologische Extension kommt

---

<sup>91</sup> Es darf schließlich nicht vergessen werden, dass es „bekannt ist, daß Nichtjuristen sehr viel stärker zu einer ‚buchstabengetreuen‘, engen und oft wenig sinnvollen Auslegung von Vorschriften neigen als ein dogmatisch geschulter Jurist“ (so ausdrücklich *Larenz/Canaris* [FN 25], S. 52).

<sup>92</sup> Es wird teilweise davon ausgegangen, dass eine eigenständige Daseinsberechtigung der teleologischen Extension neben der Analogie nicht besteht, vgl. etwa *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 1991, S. 475; *Rolf Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl., München 2011, S. 44; *Rüthers/Fischer/Birk* (FN 1), Rn. 904. *Hans-Martin Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., Heidelberg 1999, Rn. 500, geht davon aus, dass eine unterschiedliche Bezeichnung teils nur auf der Wahl unterschiedlichen Stils beruhe und demnach die teleologische Extension nur einen Unterfall der Analogie darstelle.

<sup>93</sup> Mit Hinweis darauf, dass die Anwendung beider Methoden ähnliche Auswirkungen hat *Dirk Looschelders/Wolfgang Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, Berlin 1996, S. 271; *Larenz* (FN 25), S. 398.

<sup>94</sup> *Looschelders/Roth* (FN 93), S. 267.

<sup>95</sup> Teilweise wird davon ausgegangen, der Zweck müsse zumindest „ungenügend“ im Wortlaut ausgedrückt werden, vgl. *Thorsten Ingo Schmidt*, Grundlagen rechtswissenschaftlichen Arbeitens, Teil 2, in: *JuS* 2003, 649, 651; auch wird teils ein „in sich widerspruchsvoll[er] Wortlaut“ verlangt, so *Larenz* (FN 25), S. 397.

<sup>96</sup> *Canaris* (FN 26), S. 90; *Looschelders/Roth* (FN 93), S. 267; *Peter Koller*, Theorie des Rechts, 2. Aufl., Wien 1997, S. 228; *Würdinger* (FN 29, zweite Fundstelle), S. 963; vgl. auch *Bitter/Rauhut* (FN 27), S. 295.

also nur bei Umsetzungslücken und die Analogie nur bei anderen (normativen) Regelungslücken in Betracht.<sup>97</sup> Die gesetzgeberische Entscheidung, den Gläubiger nicht durch übermäßige Gewährung von Einreden des Bürgen zu belasten, ist sehr deutlich im Gesetzeswortlaut verankert. Es liegt demnach schon keine Umsetzungslücke vor. Eine teleologische Extension von § 770 Abs. 1 BGB ist nicht möglich.

### **b) Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung**

In sehr engen Grenzen kann eine Rechtsfortbildung auch dann möglich sein, wenn keine Planwidrigkeit vorliegt.<sup>98</sup> Insbesondere wegen der Gefahr der Verletzung der Gewaltenteilung, die sich aus einer verfassungswidrigen Rechtsfortbildung ergeben kann,<sup>99</sup> muss eine solche Rechtsanwendung absoluten Ausnahmefällen vorbehalten werden. Da der Rechtsverkehr auch ohne die Einrede des Bürgen funktionsfähig ist und sich nur Fragen der Zweckmäßigkeit und Billigkeit stellen, kann nicht von einem unabweisbaren Bedürfnis des Rechtsverkehrs<sup>100</sup> für eine Anwendung des § 770 Abs. 1 BGB auf andere Gestaltungsrechte gesprochen werden. Auch ein anderweitiger Verstoß gegen die „Natur der Sache“ oder rechtsethische Prinzipien<sup>101</sup> liegt hier nicht vor. Zudem ist nicht ersichtlich, dass sich tatsächliche Grundlagen seit der Einführung des Gesetzes hinreichend geändert haben, die Regelungsziele der Gesetzgebung entfallen sind oder geltende Wertvorstellungen sich grundlegend verändert haben.<sup>102</sup> Eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung ist mithin keine adäquate Lösung für das gegenständliche Problem.

## **4. Zwischenergebnis**

Eine analoge Anwendung des § 770 Abs. 1 BGB auf andere Gestaltungsrechte scheitert bei der Wahl schon an einem notwendigen vergleichbaren Tatbestand,

---

<sup>97</sup> Looschelders/Roth (FN 93), S. 268.

<sup>98</sup> Larenz/Canaris (FN 25), S. 232. Da – wie oben festgestellt wurde – auch der BGH davon ausgeht, § 770 Abs. 1 BGB solle auf andere Gestaltungsrechte Anwendung finden, wäre eine Voraussetzung dahingehend erfüllt, dass die hier behandelte Rechtsfortbildung den obersten Gerichten vorbehalten ist (näher zu diesem Vorbehalt Schwacke [FN 41], S. 145).

<sup>99</sup> Dazu aus jüngerer Vergangenheit eindringlich BVerfG Beschl. v. 25.01.2011 – 1 BvR 918/10, Rn. 52 f. (= NJW 2011, S. 836 [837 f.]).

<sup>100</sup> Zu dieser Möglichkeit einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung Larenz/Canaris (FN 25), S. 233 ff.; Schwacke (FN 41), S. 145.

<sup>101</sup> Dazu Larenz/Canaris (FN 25), S. 240 ff.; Schwacke (FN 41), S. 145.

<sup>102</sup> Näher zu diesen Voraussetzungen Rüthers (FN 1), S. 868.

bei der Herabsetzbarkeit der Vertragsstrafe an der fehlenden Gesetzeslücke und beim Rücktritts-, Minderungs- und Widerrufsrecht am Fehlen der Planwidrigkeit der Gesetzeslücke. Der hier zugrundeliegenden Maxime einer verfassungskonformen Methodenlehre folgend sind die Voraussetzungen für andere Rechtsfortbildungen (teleologische Extension und gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung) nicht gegeben. Mit anderen Worten: Es existiert keine Möglichkeit – methodologisch einwandfrei unter Einhaltung rechtsstaatlich-demokratiethoretischer Prinzipien – dem Bürgen bei rechtsvernichtenden Einwendungen des Hauptschuldners eine Einrede zuzugestehen.

### **III. Die Auswirkungen der Unzulässigkeit einer Rechtsfortbildung**

Aus dem Vorstehenden folgt also die Unzulässigkeit einer Rechtsfortbildung des § 770 Abs. 1 BGB im Hinblick auf alle „sonstigen“ Gestaltungsrechte. Damit fragt sich freilich, ob in diesem Bereich etwaige Wertungswidersprüche im Risikoverteilungssystem des Bürgschaftsrechts entstehen, die eine gesetzgeberische Nachbesserung erforderlich machen würden. Demnach müssen nun die Folgen einer solchen Ablehnung in den Blick genommen werden, um etwaige Wertungswidersprüche und Systembrüche<sup>103</sup> aufdecken zu können. Auch wenn ein Regressanspruch besteht, stellt dies naturgemäß kein vollwertiges Äquivalent zu einem Zurückbehaltungsrecht dar. Freilich könnte ein solches Ergebnis gerade mit der Wertung des Risikoverteilungssystems des Bürgschaftsrechts in Einklang stehen, folglich die Frage nach der Systemfremdheit des § 770 Abs. 1 BGB nach sich ziehen.

#### **1. Regressmöglichkeiten des Bürgen**

Für das Herausarbeiten der bestehenden Wertungen ist es unerlässlich, zu erörtern, welche Regressmöglichkeiten der Bürge hat, wenn er den Gläubiger

---

<sup>103</sup> Äußerst instruktiv zum Begriff des Systembruchs *Lars Klöhn*, Das System der aktien- und umwandlungsrechtlichen Abfindungsansprüche, Tübingen 2009, S. 18 ff., insb. S. 22 ff.; näher hierzu *Rüthers/Fischer/Birk* (FN 1), Rn. 145 ff.; vgl. auch *Claus-Wilhelm Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., Berlin 1983, passim.



befriedigt,<sup>104</sup> obgleich das Valutaverhältnis mit einem Gestaltungsrecht des Hauptschuldners behaftet war.

### **a) Regressansprüche gegenüber dem Hauptschuldner**

#### **aa) Das Innenverhältnis**

Zunächst einmal kann ein Regressanspruch des Bürgen aus dem zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Innenverhältnis entstehen. Dieser Regressanspruch ist im Vergleich zur *cessio legis* gem. § 774 Abs. 1 S. 1 BGB (dazu sogleich) nach dem Rechtsgedanken des § 774 Abs. 1 S. 3 BGB vorrangig zu behandeln.<sup>105</sup> Ob sich das Innenverhältnis durch einen Auftrag (§§ 662 ff. BGB), eine berechtigte GoA (§§ 677 ff. BGB) oder einen Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) begründet,<sup>106</sup> kann hier dahinstehen. Ein Regressanspruch des Bürgen ergibt sich nämlich bei einem Auftrag aus § 662 i.V.m. § 670 BGB, bei der berechtigten GoA aus § 683 S. 1 i.V.m. §§ 677, 670 BGB und schließlich bei einem Geschäftsbesorgungsvertrag aus § 675 mit Verweis auf § 670 BGB.<sup>107</sup> Ein Regressanspruch des Bürgen besteht gegenüber dem Hauptschuldner also nur dann, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 670 BGB erfüllt sind. Folglich müsste die Leistung<sup>108</sup> des Bürgen an den Gläubiger im Innenverhältnis eine Aufwendung darstellen, „die [der Bürge] den Umständen nach für erforderlich halten“ durfte, § 670 BGB. Aufwendungen i.S.d. § 670 BGB sind dabei solche

---

<sup>104</sup> Hierbei wird von der häufigsten Form der Bürgschaft ausgegangen, nämlich der selbstschuldnerischen Bürgschaft. Zwar kann es unter Umständen feine Wertungsunterschiede der selbstschuldnerischen Bürgschaft im Vergleich zur Bürgschaft auf erstes Anfordern oder zur regulären Bürgschaft mit der Möglichkeit der Geltendmachung der Vorausklage geben. Doch diese feine Differenzierung würde den Rahmen der gegenständlichen Untersuchung sprengen und muss daher andernorts vorgenommen werden.

<sup>105</sup> *Horn* (FN 17), § 774 Rn. 6; *Reinicke/Tiedtke* (FN 15), Rn. 112 ff., 376, 401; *Schlinker* (FN 17), S. 404; *Coester-Waltjen* (FN 17), S. 747; *Schmolke* (FN 17), S. 785.

<sup>106</sup> Zu diesen möglichen Rechtsverhältnissen instruktiv *Lorenz* (FN 17), S. 1147 mit dem korrekten Hinweis darauf, dass bei der tatsächlichen Übernahme der Bürgschaft eine bloße Gefälligkeit ohne Rechtsbindungswillen im Regelfall zu verneinen sein wird; ausführlicher *Oetker/Maultzsch* (FN 17), S. 771 ff.

<sup>107</sup> *Dieter Medicus/Stephan Lorenz*, Schuldrecht II, 16. Aufl., München 2012, Rn. 1020; *Bülow* (FN 15), Rn. 1014; *Weber/Weber* (FN 15), S. 71; *Reinicke/Tiedtke* (FN 15), Rn. 401.

<sup>108</sup> In diesem Verhältnis handelt es sich um eine bereicherungsrechtliche Leistung im technischen Sinne, da aus dem Empfängerhorizont eine Vermehrung des Gläubigervermögens bewusst und zweckgerichtet durch den Bürgen in Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit (scil. § 765 Abs. 1 BGB) vorgenommen wurde; prägnant hierzu *Lorenz* (FN 17), S. 1150.

Vermögensopfer, die freiwillig zur Erreichung eines bestimmten Zweckes im Interesse des Geschäftsherrn erbracht werden.<sup>109</sup>

Die Zahlung des Bürgen an den Gläubiger hat eine negative Auswirkung auf die Vermögenslage des Bürgen. Damit handelt es sich bei ihr um ein Vermögensopfer. Die Freiwilligkeit dieses Vermögensopfers ergibt sich aus dem Umstand, dass der Bürge den Bürgschaftsvertrag im Wege der Ausübung seiner Privatautonomie, damit ohne äußeren Einfluss (i.e., kein *vis absoluta* oder *vis compulsiva*), abgeschlossen hat. Dies ist zwingend notwendig, da ansonsten bereits die Leistungsverpflichtung im Verhältnis zum Gläubiger nicht bestand, mit der Folge, dass der Bürge ohne *causa* an den Gläubiger geleistet, folglich einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB (ggf. i.V.m. § 813 Abs. 1 BGB) (*condictio indebiti*) gegenüber dem Gläubiger hätte.<sup>110</sup> Zudem müsste das Vermögensopfer des Bürgen sowohl zur Erreichung eines bestimmten Zweckes als auch im Interesse des Geschäftsherrn erfolgt sein. Hinsichtlich der Erreichung eines bestimmten Zweckes im Innenverhältnis könnte man Zweifel haben, wenn man bedenkt, dass der Bürge eine eigene Verbindlichkeit aus dem Bürgschaftsvertrag getilgt hat. Hätte der Bürge mit der Befriedigung des Gläubigers lediglich eigene Zwecke verfolgt, wäre der Aufwendungsersatzanspruch ausgeschlossen.<sup>111</sup> Doch eine solche Sichtweise ist im Zusammenhang mit der Bürgschaftsschuld nicht befriedigend: Man muss berücksichtigen, dass der oftmals altruistische Bürgschaftsvertrag bereits nur abgeschlossen wurde, um der Rechtsbeziehung im Innenverhältnis – unabhängig von der exakten Einordnung – zu dienen. Mit der Erfüllung der Bürgschaftspflicht verfolgt der Bürge also zum einen den Zweck, die eigene Verbindlichkeit zu tilgen. Zum anderen erfüllt der Bürge mit dieser Tilgung zugleich den Zweck aus dem Innenverhältnis.<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> Näher zu den Einzelheiten des Aufwendungsbegriffes i.S.d. § 670 BGB *Michael Martinek*, in: Julius von Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB, Berlin 2006, § 670 Rn. 7 ff.; *Klaus Peter Berger*, in: Walter Erman (Begr.), Harm Peter Westermann/Georg Maier-Reimer (Hrsg.), Handkommentar – BGB, Bd. I, 13. Aufl., Köln 2011, § 670 Rn. 7 f.; *Sprau* (FN 19), § 670 Rn. 3 ff.; *Schlinder* (FN 17), S. 405.

<sup>110</sup> Hierzu näher *Lorenz* (FN 17), S. 1151.

<sup>111</sup> Vgl. hierzu nur *Berger* (FN 109), § 670 Rn. 13.

<sup>112</sup> Eine solche doppelte Zweckerreichung ist für die gegenständliche Konstellation nicht schädlich, wie das OLG Frankfurt NJW-RR 1996, S. 889 ff. im Zusammenhang mit der Aufgabenerfüllung einer Reiseagentur festgestellt hat.

Das Merkmal der Erforderlichkeit umfasst das Interesse des Geschäftsherrn, sodass diese Merkmale zusammen untersucht werden können. Die Erforderlichkeit i.S.d. § 670 BGB besteht aus einer objektiven und einer subjektiven Komponente. Die objektive Seite erfordert eine rein funktionale Betrachtung der Aufwendung im Zeitpunkt ihrer Vornahme: Die Geschäftsbesorgung muss zwangsläufig von der Aufwendung abgehängt haben.<sup>113</sup> Die subjektive Seite hingegen hängt von einer *ex ante* Sicht des Geschäftsführers ab: Der Geschäftsführer muss die Aufwendung den Umständen nach für erforderlich halten dürfen.<sup>114</sup> Im gegenständlichen Zusammenhang wird regelmäßig die subjektive Komponente Schwierigkeiten bereiten, da der Bürge nur dann an den Gläubiger zahlen muss, wenn seine Prüfung der Sach- und Rechtslage zu dem Ergebnis führt, dass die Hauptschuld begründet ist.<sup>115</sup> Eine solche Begründetheit der Hauptschuld kann indessen lediglich angenommen werden, sofern der Bürge den Hauptschuldner über die Zahlungsaufforderung des Gläubigers in Kenntnis setzt; hierdurch soll der Hauptschuldner die Gelegenheit erhalten, Einwendungen im Valutaverhältnis geltend zu machen.<sup>116</sup> Der Bürge hat mithin eine doppelte Informationspflicht: Der Hauptschuldner muss über die Forderungsgeltendmachung des Gläubigers in Kenntnis gesetzt werden; zudem muss dieser Vorgang dem Gläubiger mitgeteilt werden.<sup>117</sup> Erfüllt der Bürge also seine – u.U. bestehenden – Informationspflichten, hat er einen Regressanspruch gegenüber dem Hauptschuldner. Sollte der Bürge jedoch bestehende Informationspflichten verletzen, so fehlt es an der Erforderlichkeit der Leistung gegenüber dem Gläubiger, sodass der Regressanspruch gegenüber dem Hauptschuldner ausscheidet.

#### **bb) Die *cessio legis* gem. § 774 Abs. 1 S. 1 BGB**

Neben den vorstehenden Regressanspruch aus dem Innenverhältnis tritt die *cessio legis* i.S.d. § 774 Abs. 1 BGB. Im Falle der Befriedigung des Gläubigers

---

<sup>113</sup> *Schlinder* (FN 17), S. 406.

<sup>114</sup> *Schlinder* (FN 17), S. 406.

<sup>115</sup> *Nobbe* (FN 16), § 91 Rn. 387; vgl. für einige Beispiele aus der Rspr. bzgl. der Erforderlichkeit i.S.d. § 670 BGB im Zusammenhang mit Regressansprüchen von Bürgen *Schlinder* (FN 17), S. 406.

<sup>116</sup> *Nobbe* (FN 16), § 91 Rn. 387.

<sup>117</sup> *Ebd.*

durch den Bürgen geht die Forderung des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner *ipso iure* auf den Bürgen über. Zu beachten ist hierbei, dass die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner aufgrund der Akzessorietät in der Form auf den Bürgen übergeht, in der sie beim Gläubiger bestand.<sup>118</sup> Der Anspruch begründet sich folglich aus § 774 Abs. 1 BGB i.V.m. der gesicherten Hauptforderung. In diesem Verhältnis findet die Abtretungsvorschrift des § 412 BGB Anwendung.<sup>119</sup> Somit stehen dem Hauptschuldner die Einwendungen aus dem Valutaverhältnis nach §§ 412, 404 BGB nunmehr auch gegen die Forderung des Bürgen zu.<sup>120</sup> Dabei umfasst der Begriff der Einwendung in § 404 BGB alle Arten von Einreden.<sup>121</sup> Für die gegenständlich zu untersuchende Konstellation ergibt sich nunmehr folgendes Bild: Der Bürge hat den Gläubiger befriedigt und durfte sich infolge der Ablehnung der Analogiefähigkeit des § 770 Abs. 1 BGB nicht auf die sonstigen Gestaltungsrechte des Hauptschuldners aus dem Valutaverhältnis berufen. Nun hat der Bürge einen Anspruch aus § 774 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. der gesicherten Hauptforderung gegenüber dem Hauptschuldner. Der Hauptschuldner kann sich seinerseits gem. §§ 412, 404 BGB auf das im Valutaverhältnis bestehende Gestaltungsrecht berufen. Damit läuft der Regressanspruch des Bürgen aus § 774 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. der gesicherten Hauptforderung ins Leere. Beruft sich der Hauptschuldner hingegen nicht auf das Gestaltungsrecht, so kann der Bürge die Forderung gegenüber dem Hauptschuldner geltend machen.

### **b) Regressanspruch gegenüber dem Gläubiger**

Des Weiteren ist zu untersuchen, ob der Bürge im Falle der Leistungsverweigerung durch den Hauptschuldner einen Regressanspruch gegenüber dem Gläubiger haben kann. Für den Fall, dass der Hauptschuldner

---

<sup>118</sup> Habersack (FN 17), § 768 Rn. 1 f., 4 ff.; Horn (FN 17), § 768 Rn. 1, 10 ff.; Rohe (FN 19), § 768 Rn. 2 ff.; Herrmann (FN 19), § 768 Rn. 1 u. 4; Reinicke/Tiedtke (FN 15), Rn. 301 ff.; Schlinker (FN 17), S. 405; Coester-Waltjen (FN 17), S. 745 f.

<sup>119</sup> BGHZ 35, 172 (174); Habersack (FN 17), § 774 Rn. 21; Horn (FN 17), § 774 Rn. 36; Oetker/Maultzsch (FN 17), S. 773; Bülow (FN 15), Rn. 1016; Schmolke (FN 17), S. 785.

<sup>120</sup> Horn (FN 17), § 774 Rn. 36; Rohe (FN 19), § 774 Rn. 8; Bülow (FN 15), Rn. 1016; Schmolke (FN 17), S. 785; Schlinker (FN 17), S. 405.

<sup>121</sup> Jan Busche, in: Julius von Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB, Berlin 2012, § 404 Rn. 12, 25 ff.; Günter H. Roth, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl., München 2012, § 404 Rn. 5; Schlinker (FN 17), S. 405.

die Leistung im Wege der Ausübung eines Rechts nach §§ 412, 404 BGB verweigert, könnte ein Anspruch des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB (*condictio ob causam finitam*) in Betracht kommen. Hierfür müsste die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts des Hauptschuldners im Verhältnis zum Bürgen zugleich eine Gestaltungsrechtserklärung gegenüber dem Gläubiger darstellen. Wäre dies anzunehmen, würde sich das Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Gläubiger in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandeln, sodass der materielle Bürgschaftsfall nicht bestanden hätte (vgl. § 767 Abs. 1 S. 1 BGB). Allerdings muss die Rücktrittserklärung gem. § 349 BGB gegenüber dem „anderen Teil“ erfolgen. Anderer Teil i.d.S. ist im gegenständlichen Zusammenhang der Gläubiger, sodass die Erklärung des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen keine rechtsgestaltende Wirkung entfaltet.<sup>122</sup> Auf das Widerrufsrecht findet § 349 BGB nach § 357 Abs. 1 S. 1 BGB entsprechend Anwendung. Nichts anderes gilt für die Erklärung der Minderung i.S.d. § 441 Abs. 1 S. 1 BGB: Dritten – Vertragsunbeteiligten – gegenüber kann die Minderung nicht erklärt werden<sup>123</sup>. Es ergeben sich damit keine Unterschiede zwischen Rücktritts-, Minderungs- oder Widerrufsrecht. In allen Fällen entfaltet die Erklärung des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen keine rechtsgestaltende Wirkung im Hinblick auf das Valutaverhältnis.

Schwer ist die Situation zu beurteilen, wenn sich der Hauptschuldner im Zeitfenster nach der Leistung des Bürgen an den Gläubiger dazu entscheidet, sein Gestaltungsrecht auszuüben. Eine solche Situation kann beispielsweise dann entstehen, wenn der Hauptschuldner vom Bürgen über die Leistungsaufforderung des Gläubigers informiert wird, jedoch zu diesem Zeitpunkt das Gestaltungsrecht noch nicht ausüben möchte. Hieran wird man zunächst nichts auszusetzen haben, insbesondere wenn es sich beim Gestaltungsrecht um ein Widerrufsrecht handeln sollte. Diese Konstellation

---

<sup>122</sup> Zur Unzulässigkeit einer Gestaltungsrechtserklärung gegenüber Dritten *Reinhard Gaier*, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl., München 2012, § 349 Rn. 6; *Kaiser* (FN 56), § 349 Rn. 21; *Johannes Hager*, in: Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen (Hrsg.), Nomos-Kommentar BGB, Bd. 2, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, § 349 Rn. 6.

<sup>123</sup> Vgl. nur *Annemarie Matusche-Beckmann*, in: Julius von Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB, Berlin 2004, § 441 Rn. 5 f.

ähnelt der Bürgschaft auf erstes Anfordern<sup>124</sup>: Der Bürge ist in diesen Fällen zur sofortigen Zahlung unter Vorbehalt verpflichtet.<sup>125</sup> In dieser Konstellation muss eruiert werden, was passiert, wenn sich der Bürge nicht unmittelbar an den Hauptschuldner mit seinen Ansprüchen aus § 670 BGB bzw. § 774 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. der Hauptforderung wendet und in einem hier entstehenden Zeitfenster der Hauptschuldner sich dazu entscheidet, sein Gestaltungsrecht gegenüber dem Gläubiger geltend zu machen. Zweifellos entsteht nach der Ausübung des Gestaltungsrechts ein Rückgewährschuldverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger. Der Bürge hat in einem solchen Falle seinerseits sowohl seinen Aufwendungsersatzanspruch im Innenverhältnis (§ 670 BGB)<sup>126</sup> als auch einen bereicherungsrechtlichen Anspruch gegenüber dem Gläubiger.<sup>127</sup> Im Gegensatz zur Anspruchsgrundlage im Rahmen der Bürgschaft auf erstes Anfordern<sup>128</sup> muss der bereicherungsrechtliche Anspruch im gegenständlichen Zusammenhang auf § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB (*condictio ob causam finitam*) gestützt werden, weil nach der hier vertretenen Lösung der Bürge die „sonstigen“ Gestaltungsrechte des Hauptschuldners gegenüber dem Gläubiger nicht hätte geltend machen können. Damit bestand zum Zeitpunkt der Leistung des Bürgen die Leistungsverpflichtung, die erst mit der Gestaltungsrechtsausübung des Hauptschuldners nachträglich entfallen ist.

### **c) Zwischenergebnis und Konkurrenzen**

Im Verhältnis zum Hauptschuldner hat der Bürge neben einem Anspruch im Innenverhältnis zugleich eine Regressmöglichkeit über die *cessio legis*. In diesem Verhältnis besteht eine Anspruchskonkurrenz, sodass sich der Bürge

---

<sup>124</sup> Die Ähnlichkeit der Bürgschaft auf erstes Anfordern mit der hier zu untersuchenden Konstellation folgt aus dem Umstand, dass in beiden Fällen die gegenständliche Einwendung aus dem Valutaverhältnis vom Bürgen nicht der Forderung des Gläubigers entgegen gehalten werden kann. Erst wenn nach der Zahlung des Bürgen das Valutaverhältnis umgestaltet wird, kann auch der Bürge in etwaige Rückabwicklungsverhältnisse einbezogen werden.

<sup>125</sup> BGHZ 74, 244 (247 f.); *Nobbe* (FN 16), § 91 Rn. 478; *Habersack* (FN 17), § 765 Rn. 98; *Schlinder* (FN 17), S. 407.

<sup>126</sup> Der Anspruch aus § 774 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. der Hauptforderung besteht in diesem Falle nicht (siehe § 767 Abs. 1 S. 1 BGB), vgl. etwa *Sprau* (FN 19), § 774 Rn. 6.

<sup>127</sup> Für diese Konsequenz bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern bspw. BGHZ 74, 244 (247 f.); 140, 49 (52); 152, 246 (252); *Nobbe* (FN 16), § 91 Rn. 507; *Reinicke/Tiedtke* (FN 15), Rn. 366; *Schlinder* (FN 17), S. 407; a.A. etwa *Habersack* (FN 17), § 765 Rn. 104, der die Grundlage für den Rückforderungsanspruch im Bürgschaftsvertrag selbst verortet.

<sup>128</sup> § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB (*condictio indebiti*).

grundsätzlich auf zwei Wege, aber nicht doppelt befriedigen könnte.<sup>129</sup> Ausnahmen hiervon bestehen einerseits dann, wenn die Bürgschaft schenkweise übernommen oder die Bürgschaftsschuld mit Mitteln des Hauptschuldners getilgt wurde: Der Bürge hat in diesen Fällen aus dem Innenverhältnis keinen Regressanspruch gegenüber dem Hauptschuldner; zudem ergibt sich aus dem Rechtsgedanken des § 774 Abs. 1 S. 3 BGB (Vorrang des Innenverhältnisses) ein Ausschluss der Geltendmachung der übergegangenen Forderung.<sup>130</sup>

Im Rahmen eines möglichen Regressanspruches gegenüber dem Gläubiger spitzt sich die Konkurrenzfrage insofern zu, als der Bürge unter besonderen Umständen sowohl den Hauptschuldner als auch den Gläubiger in Anspruch nehmen kann. Daher ist zu fragen, ob sich der Bürge nun vorrangig an den Gläubiger halten muss und damit zunächst dessen Insolvenzrisiko zu tragen hat. Der Hauptschuldner und der Gläubiger stehen dem Bürgen gem. § 421 BGB als Gesamtschuldner gegenüber,<sup>131</sup> weil sie gleichstufig und aus demselben Grunde dem Bürgen gegenüber verpflichtet sind. Mithin kann also der Bürge selbst entscheiden, an wen er sich wenden möchte.<sup>132</sup> Auch ist es möglich, beide Parteien zu verklagen.<sup>133</sup>

## **2. Untersuchung im Hinblick auf Wertungswidersprüche**

Die hier vorgeschlagene Lösung der Ablehnung einer Rechtsfortbildung des § 770 Abs. 1 BGB auf „sonstige“ Gestaltungsrechte führt also zu dem Ergebnis, dass eine Anspruchskonkurrenz der Ansprüche aus § 670 BGB<sup>134</sup> und der *cessio legis* gem. § 774 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. der Hauptforderung entsteht. Damit würde der Bürge das Leistungserbringungs- und Insolvenzrisiko des Hauptschuldners tragen, wenn er (der Bürge) den Gläubiger befriedigt, obgleich das Valutaverhältnis mit einem „sonstigen“ Gestaltungsrecht behaftet ist.

---

<sup>129</sup> Dietrich Reinicke/Klaus Tiedtke, Bürgschaftsrecht, 3. Aufl., Köln 2008, Rn. 363 f., 400; Nobbe (FN 16), § 91 Rn. 391 f.; Lorenz (FN 17), S. 1150.

<sup>130</sup> Nobbe (FN 16), § 91 Rn. 391; Schmolke (FN 17), S. 785; Coester-Waltjen (FN 17), S. 747 mit FN 65; Lorenz (FN 17), S. 1150; Mathias Habersack, Der Regreß bei akzessorischer Haftung, in: AcP 198 (1998), S. 152, 156.

<sup>131</sup> Schlöcker (FN 17), S. 408.

<sup>132</sup> Vgl. Habersack (FN 17), § 765 Rn. 105.

<sup>133</sup> Reinicke/Tiedtke (FN 15), Rn. 50.

<sup>134</sup> Jeweils i.V.m. den Normen, wonach sich das Innenverhältnis richtet, vgl. oben sub Gliederungspunkt III.1.a)aa).

Weiterhin hat der Bürge in einer oben dargestellten Sonderkonstellation sowohl einen Anspruch gegenüber dem Hauptschuldner als auch gegenüber dem Gläubiger. Entscheidet er sich für eine vorrangige Inanspruchnahme des Gläubigers, trägt er auf den ersten Blick dessen Insolvenzrisiko. Somit gilt es nunmehr zu erörtern, ob eine solche Lösung mit der Wertung des Risikoverteilungssystems des gesamten Bürgschaftsrechts<sup>135</sup> zu vereinbaren ist.

### **a) Wertungen im Rahmen der Regressansprüche gegenüber dem Hauptschuldner**

Mit dem grundsätzlich altruistischen Bürgschaftsvertrag geht eine einseitige Leistungsverpflichtung des Bürgen einher.<sup>136</sup> Daher kann der Bürge grundsätzlich nicht erwarten, eine an den Gläubiger erbrachte Leistung zurückerhalten zu können. Auch § 774 Abs. 1 BGB bringt eine gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck, wonach der Bürge das Insolvenzrisiko des Hauptschuldners tragen soll.<sup>137</sup> Mit dieser Wertung geht es einher, wenn der Bürge das Leistungserbringungs- und Insolvenzrisiko des Hauptschuldners übernimmt. Ferner lässt sich eine Wertung anhand der Ratio der Formvorschrift der Bürgschaft aus § 766 S. 1 BGB ableiten. In einigen Entscheidungen<sup>138</sup> hat der BGH judiziert, dass die Formvorschrift des § 766 S. 1 BGB „ausschließlich dem Schutzbedürfnis des Bürgen“<sup>139</sup> diene, weil er „damit zu größerer Vorsicht angehalten und vor nicht ausreichend überlegten Erklärungen gesichert werden“ solle.<sup>140</sup> Hinzu tritt, dass „dem mit der Schriftform bezweckten Schutz vor Übereilung und unzureichender Folgenabwägung bei Übernahme einer Bürgschaft [...] heute im Vergleich zur

---

<sup>135</sup> Instruktiv zu den wertungsjuristischen Grundlagen des Bürgschaftsrechts *Heyers* (FN 16), S. 81 ff.

<sup>136</sup> BGH NJW 1994, S. 1341 (1342): „Die Bürgschaft ist [...] strukturell nicht von einer angemessenen und im Grundsatz gleichwertigen Berücksichtigung gegenseitiger Interessen geprägt, sondern in ihrem rechtlichen Kern darauf angelegt, nur einer Seite Vorteile zu verschaffen.“

<sup>137</sup> *Rohe* (FN 19), § 774 Rn. 1.

<sup>138</sup> Der BGH hatte im Rahmen unterschiedlicher Zusammenhänge (z.B. Blankobürgschaft oder Faxbürgschaft) die Frage nach dem Formerfordernis der Bürgschaft gem. § 766 BGB zu entscheiden. Hierbei hat er jeweils auf den eigentlichen Sinn und Zweck der Norm abgestellt, der sodann als Grundlage für die Entscheidungsbegründung fungiert hat, so z.B. BGHZ 121, 224 ff.; 132, 119 ff.

<sup>139</sup> BGHZ 132, 119 (122).

<sup>140</sup> BGHZ 121, 224 (229); 132, 119 (122).



Zeit der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches gewiß keine geringere, sondern eher eine vermehrte Bedeutung“ zukommt.<sup>141</sup> Hieraus lässt sich ablesen, dass dem Bürgen nur solche Risiken aufgebürdet werden dürfen, die er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in seine Überlegungen einbeziehen konnte. Die hier vorgeschlagene Lösung orientiert sich ausschließlich am Gesetz. Der Bürge kann mit einem Blick in § 770 Abs. 1 BGB sehen, dass „sonstige“ Gestaltungsrechte des Hauptschuldners nicht zu seinen (des Bürgen) Gunsten zu einer Einrede führen. Damit würde die hier vorgeschlagene Lösung auch nicht im Wertungswiderspruch zum Risikoverteilungssystem der Formvorschrift des § 766 S. 1 BGB stehen. Schließlich lässt eine Gesamtbewertung des Bürgschaftsrechts die Zulässigkeit der hier vertretenen Lösung plausibel erscheinen. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass das BVerfG im Rahmen der Sittenwidrigkeit von Bürgschaftsverträgen zwar die Privatautonomie des sich Verbürgenden eingeschränkt hat,<sup>142</sup> jedoch mit dieser Entscheidung gleichzeitig die Position der Bürgen – jedenfalls in Nahbereichsverhältnissen – gestärkt hat. Daraus lässt sich ableiten, dass der Bürge eine Anzahl an Schutzmechanismen im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss genießt (Sozialschutz<sup>143</sup>). Dabei muss indessen zum einen erneut auf die gesetzgeberische Abwägungsentscheidung hingewiesen werden, wonach das Interesse des Gläubigers im gegenständlichen Zusammenhang als überwiegend schützenswert anzusehen ist.<sup>144</sup> Zum anderen darf die grundsätzlich liberale Ausrichtung des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht aus den Augen verloren werden: Während nämlich der Bürge auf der einen Seite eine Vielzahl an Schutzmechanismen zur Seite gestellt bekommt, wurde im Laufe der letzten Jahrzehnte der Schutz des Gläubigers entgegen dem Gesetzeswortlaut und dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers (!) vermehrt zurückgedrängt. Die hier vorgeschlagene Lösung führt also nicht zu etwaigen Wertungswidersprüchen, sondern im Gegenteil: Sie vermag das Gleichgewicht im Risikoverteilungssystem des Bürgschaftsrechts wieder herzustellen.

---

<sup>141</sup> BGHZ 121, 224 (230).

<sup>142</sup> BVerfGE 89, 214 ff.

<sup>143</sup> Zu diesem Begriff im Zusammenhang mit dem Bürgschaftsrecht *Heyers* (FN 16), S. 82 et passim.

<sup>144</sup> Hierzu nahe oben sub Gliederungspunkt II.2.b)bb)(b) mit FN 80.

## **b) Wertungen im Rahmen des Regressanspruches gegenüber dem Gläubiger**

Wie bereits erwähnt, ergibt sich aus dem Rechtsgedanken des § 774 Abs. 1 BGB, dass der Bürge nur das Insolvenzrisiko des Hauptschuldners tragen soll.<sup>145</sup> Auch bereicherungsrechtliche Grundprinzipien<sup>146</sup> könnten dagegen sprechen, dem Bürgen – mit Blick auf den meistens altruistischen Charakter des Bürgschaftsvertrages<sup>147</sup> – bei einer vorrangigen Inanspruchnahme des Gläubigers das Risiko bzgl. der Leistungserbringung und der Insolvenz des Gläubigers aufzuerlegen. Ein solches Ergebnis erscheint auf den ersten Blick problematisch zu sein, weil ein Wertungswiderspruch herbeigeführt werden könnte. Indessen hat der Bürge hier eine Entscheidungsfreiheit dahingehend, an wen er sich hinsichtlich seines Regressanspruches halten möchte. Wendet sich der Bürge gegen den Hauptschuldner, so bestehen keine Bedenken hinsichtlich der Wertungen der Risikoverteilung. Hierbei muss nämlich berücksichtigt werden, dass der Bürge mit der Entscheidung, den Gläubiger in Anspruch zu nehmen, von seinem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch macht. Zudem wird der Bürge diese Entscheidung nur dann fällen, wenn er den Gläubiger als solvent einschätzt. Ferner kann sich der Bürge nach erfolgloser Anspruchsgeltendmachung gegenüber dem Gläubiger immer noch an den Hauptschuldner halten: In diesem Falle kann der Bürge den Hauptschuldner in Anspruch nehmen, muss indessen Zug um Zug seinen bereicherungsrechtlichen Anspruch gegenüber dem Gläubiger an den Hauptschuldner abtreten (§ 667 BGB).<sup>148</sup> Somit trägt der Bürge – wenn überhaupt – ein Prozessrisiko, weil er sich entscheidet, zunächst gegen den Gläubiger vorzugehen. Doch diesem Risiko unterwirft sich der Bürge im Wege der Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts. Mithin ist auch diese Konstellation im Hinblick auf das Risikoverteilungssystem des Bürgschaftsrechts aus wertender Sicht unbedenklich.

---

<sup>145</sup> Vgl. hierzu bereits oben FN 137.

<sup>146</sup> Vgl. hierzu z.B. *Hans Christoph Grigoleit/Marietta Auer*, Schuldrecht III : Bereicherungsrecht, München 2009, S. 1 ff.; *Manfred Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl., München 2012, S. 112 ff.

<sup>147</sup> Vgl. hierzu bereits oben FN 136.

<sup>148</sup> *Habersack* (FN 17), § 774 Rn. 19; *Schlinker* (FN 17), S. 408.

### **3. Zwischenergebnis**

Die Ablehnung der Analogiefähigkeit des § 770 Abs. 1 BGB auf sonstige Gestaltungsrechte führt zwar zunächst dazu, dass der Bürge an den Gläubiger zu leisten hat. Doch hat der Bürge in diesem Fall eine Vielzahl an Regressmöglichkeiten, die jeweils nebeneinander bestehen. Dem Bürgen würde hierbei kein wertungswidersprüchliches Risiko aufgebürdet. Im Gegenteil: Es wäre nur konsequent, wenn der Gläubiger im gegenständlichen Zusammenhang geschützt werden würde, um das Interessengleichgewicht im Bürgschaftsrecht im Einklang mit dem „normativen Willen“<sup>149</sup> des Gesetzgebers wieder herzustellen.<sup>150</sup> Insofern muss sogar die Frage aufgeworfen werden, ob § 770 Abs. 1 BGB eine systemfremde Norm darstellt, mithin der Gesetzgeber aufgerufen ist, diese Norm aufzuheben.<sup>151</sup>

### **IV. Thesen**

1. Eine Fruchtbarmachung etwaiger Gestaltungsrechte aus dem Valutaverhältnis über § 768 Abs. 1 BGB zugunsten des Bürgen ist nur in engen Grenzen möglich.
2. Die analoge Anwendung des § 770 Abs. 1 BGB auf „sonstige“ Gestaltungsrechte muss im Interesse einer methodologisch einwandfreien Rechtsanwendung – unter Einhaltung rechtsstaatlich-demokratiethoretischer Prinzipien – wegen des Fehlens eines ähnlichen Tatbestandes oder einer (planwidrigen) Regelungslücke unterbleiben.
3. Der „Wille des Gesetzgebers“ spricht im gegenständlichen Zusammenhang gegen weitere Rechtsfortbildungsmöglichkeiten.
4. Der Bürge kann sich regelmäßig in Fällen der gegenständlichen Art mit seinen Regressansprüchen an den Hauptschuldner halten.
5. Die Aufbürdung des Leistungserbringungs- und Insolvenzrisikos des Hauptschuldners auf den Bürgen ist mit der Wertung des Risikoverteilungssystems des Bürgschaftsrechts konform; darüber hinaus

---

<sup>149</sup> Vgl. zum Begriff des „normativen Willens“ oben FN 69.

<sup>150</sup> Erwägungen dahingehend, dass der Bürge ein Interesse daran hat, nicht an den Gläubiger zahlen zu müssen, wenn er das Geld bald wieder zurückfordern kann, können durch die teilweise langen Fristen zur Geltendmachung von Widerruf und Rücktritt entkräftet werden.

<sup>151</sup> S. hierzu oben FN 42.

entspricht eine solche Wiederherstellung der Interessengleichgewichte der liberalen Ausrichtung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

6. Weiterführende Untersuchungen sind erforderlich, um zu erörtern, ob § 770 Abs. 1 BGB eine systemfremde Norm darstellt, daher vom Gesetzgeber abzuschaffen ist.

7. Das Festhalten an dem – vorstehend herausgearbeiteten – „normativen Willen“ des Gesetzgebers ist verfassungsrechtlich unter Berücksichtigung des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips<sup>152</sup> in der Methodenlehre dringend geboten.

## V. Fazit

Die gegenständliche Untersuchung zeigt die Bedeutung der Methodenlehre nicht nur aus theoretischer, sondern vielmehr auch aus praktischer Sicht. Aus theoretischer Perspektive wurde im Rahmen einer „methodenehrlichen“ Anwendung des Gesetzes einerseits die Intention des Gesetzgebers offengelegt, mithin für künftige Fragen in diesem Bereich aktiviert. Andererseits wurde anhand dieses Beispiels die Brisanz eines der aktuellsten Diskurse im theoretischen Sektor, nämlich die Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Auslegung, illustriert. Aus praktischer Perspektive ist es bedeutend, dass eine methodenehrliche Anwendung des Gesetzes nicht zu einem den Bürgern, sondern nach dem ausdrücklichen „Willen des Gesetzgebers“ (!) den Gläubiger schützenden Ergebnis führt. Eine methodenehrliche Lösung verändert also die gesamte wirtschaftliche Dimension der gegenständlichen Konstellation und könnte weitreichende Folgen nach sich ziehen.

Die Kumulation der vorstehenden Thesen verdeutlicht den „normativen Willen“ des Gesetzgebers im Risikoverteilungssystem des Bürgschaftsrechts. Mithin sollten Einzelfragen bezogen auf vertragliche Risikosphären im bürgschaftsrechtlichen Zusammenhang einer Lösung zugeführt werden, die normative Vorgaben des gesetzgeberischen Willens berücksichtigt. Losgelöst

---

<sup>152</sup> Vgl. zu dieser anhaltenden Diskussion aus der aktuellen Literatur einen differenzierenden Ansatz bei *Waldhoff* (FN 1), passim; vgl. für einen Eindruck für die Diskussionsentwicklung *Hans-Joachim Strauch*, Theorie-Praxis-Bruch – aber wo liegt das Problem?, in: Werner Krawietz/Martin Morlok (Hrsg.), Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag – ein Bruch zwischen Theorie und Praxis?: Rechtstheorie Sonderheft – Juristische Methodenlehre, Berlin 2001, S. 197 [63] – 209 [75], insb. 200 f. [66 f.].

von diesem Einzelfall muss die Herausarbeitung des normativen Willens des Gesetzgebers im Rahmen der Rechtsfortbildung stets eine Maxime darstellen, damit die Methodenlehre rechtsstaatlich-demokratietheoretischen Prinzipien genügt.

Im Spiegel dieser Erkenntnisse lassen sich die eingangs aufgeworfenen Fragen nach der Bedeutung der Grundlagenfächer für die universitäre Juristenausbildung beantworten.<sup>153</sup> So muss zum einen festgehalten werden, dass die Behandlung von Grundlagenfächern kein „Luxus“ für – wissenschaftlich – interessierte Studierende sein darf. Die mit den Grundlagenfächern einhergehenden Implikationen des gesamten Rechts sind sowohl für die gesellschaftliche Entwicklung als auch für wirtschaftliche Mechanismen von großer Bedeutung. Daher dürfen sich die rechtswissenschaftlichen Fakultäten nicht ihrer Verantwortung entziehen, Juristen zu schulen, die im Stande sind, mittels präziser Methodik und theoretisch-geschichtlichem Vorverständnis das Recht im Lichte sozialer Gegebenheiten anzuwenden und ggf. fortzubilden. Zum anderen sollte festgehalten werden, dass mit der gegenständlichen Untersuchung Defizite im Grundlagenbereich offengelegt werden konnten, wodurch die Notwendigkeit einer Ausweitung dieser Kompetenzen nachgewiesen wurde. Es müssen daher Möglichkeiten geschaffen werden, um den rechtswissenschaftlichen Fakultäten einen fundamentalen Ansatz in der Lehre zu ermöglichen.

---

<sup>153</sup> Die gegenständliche Untersuchung hat anhand der näheren Untersuchung eines Beispiels den Versuch unternommen, die Folgen mangelnder Methodenkenntnisse darzulegen. Keineswegs wird jedoch ausschließlich im Lichte dieses Einzelbeispiels der Schluss gezogen, es herrsche ein Mangel an Methodenkompetenz. Diese – hier in der Tat vertretene – These wird mit Blick auf eine Gesamtbetrachtung der aktuellen, in der Einleitung skizzierten Diskussion aufgestellt; insgesamt zur „Grundlagenkrise“ in der Juristenausbildung äußerst lesenswert *Fischer* (FN 18), S. 397 ff.; grundlegend auch bereits *Werner Krawietz*, *Juristische Konstruktion, Kritik und Krise dogmatischer Rechtswissenschaft*, in: ders. (Hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt 1976, S. 1 – 10, insb. S. 9 f., der mit seinem Sammelband einem Teilaspekt dieser Krise entgegenzuwirken intendiert.