

§§ 766, 776 BGB

## Eine gemäß § 776 BGB erloschene Bürgschaft lebt nicht wieder auf, wenn die Sicherheit zurückerworben wird

BGH, Urt. v. 04.06.2013 – XI ZR 505/11

### Fall

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Zahlung aus einem Bürgschaftsvertrag. Dem hält der Beklagte entgegen, er sei nach § 776 BGB frei geworden, soweit die Klägerin eine dieselbe Hauptschuld sichernde Grundschuld – vorübergehend – abgetreten habe.

Die Klägerin gewährte der L. KG (nachfolgend: Hauptschuldnerin) am 11.07.2008 ein Darlehen über 2 Mio. €. Der Beklagte übernahm schriftlich am selben Tag eine selbstschuldnerische Bürgschaft über 2 Mio. € für alle Verpflichtungen der Hauptschuldnerin aus diesem Darlehen. Bereits am 07.07.2008 hatte die Hauptschuldnerin der Klägerin zur Sicherung der Ansprüche aus diesem Darlehensvertrag eine erstrangige werthaltige Buchgrundschuld i.H.v. 2 Mio. € an ihrem Teileigentum am Handballeistungszentrum Z bestellt.

Hiervon trat die Klägerin am 09.03.2009 einen erstrangigen Teilbetrag i.H.v. 1,1 Mio. € mit Nebenleistungen und Zinsen i.H.v. 18% p.a. seit dem 11.07.2008 an die V. Bank eG A. (nachfolgend: Bank) zur Sicherung von zwei der S. GmbH & Co. KG, der Holdinggesellschaft der Klägerin, gewährten Darlehen ab. Insgesamt betrug der Wert der abgetretenen Grundschuld 1.694.000 €.

Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe sich nachträglich mündlich mit der Teilabtretung der Grundschuld einverstanden erklärt.

Am 30.09.2010 kündigte die Klägerin das der Hauptschuldnerin gewährte Darlehen wegen drohender Vermögensverschlechterung und forderte den Beklagten zur Zahlung der Bürgschaftssumme auf. Die Hauptschuldnerin, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, befand sich mit mehreren Zinszahlungen und einer Tilgungsrate in Rückstand. Der Verkehrswert der belasteten Immobilie betrug 2 Mio. €. Am 01.08.2011 wurde die Grundschuld an die Klägerin zurückabgetreten.

Die Klägerin verlangte von dem Beklagten die Zahlung von 2 Mio. €. Der Beklagte zahlte 306.000 €. Die Zahlung der Differenz von 1.694.000 € verweigert der Beklagte, da er der Ansicht ist, die Bürgschaft sei in dieser Höhe infolge der Abtretung der Grundschuld im März 2009 erloschen.

Hat die Klägerin gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von 1.694.000 €?

### Entscheidung

Ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Zahlung von 1.694.000 € kann sich aus § 765 Abs. 1 BGB ergeben.

**I.** Die Parteien haben am 11.07.2008 einen Bürgschaftsvertrag geschlossen. Da der Beklagte die Bürgschaft schriftlich übernommen hat, ist die Form des § 766 BGB gewahrt.

**II.** Die Bürgschaft ist gemäß § 767 Abs. 1 BGB vom jeweiligen Bestand der Hauptschuld abhängig. Es muss daher eine wirksame Hauptschuld i.H.v. 2 Mio. €

### Leitsätze

1. Eine Bürgschaft erlischt nach § 776 BGB durch Aufgabe einer weiteren für dieselbe Hauptforderung bestehenden Sicherheit. Anders als ein Leistungsverweigerungsrecht entfällt diese Rechtsfolge des § 776 BGB nicht dadurch, dass der Gläubiger die zunächst aufgegebene Sicherheit später zurückerwirbt oder neu begründet.

2. Ein Verzicht des Bürgen, mit dem das Erlöschen der Bürgschaft rückgängig gemacht werden soll, unterliegt als Neubegründung dieses Schuldverhältnisses der Form des § 766 BGB.

bestanden haben. Aus dem Darlehensvertrag war der Beklagte zur Rückzahlung von 2 Mio. € zuzüglich Zinsen verpflichtet. Auch wenn die Beklagte wahrscheinlich Tilgungsraten geleistet hat, bestehen nach dem Sachverhalt keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass die mit der Bürgschaft gesicherten Verpflichtungen der Hauptschuldnerin insgesamt weniger als 2 Mio. € betragen.

**III.** Auf die Einrede der Vorausklage aus § 771 BGB hat der Beklagte verzichtet, da er sich selbstschuldnerisch verbürgt hat (§ 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

**IV.** Die Bürgschaft kann gemäß **§ 776 BGB** infolge der Abtretung der die Hauptschuld zusätzlich sichernden Grundschild am 09.03.2009 erloschen sein.

**1.** Nach seinem Wortlaut greift § 776 BGB nur ein, wenn der Gläubiger die dort genannten akzessorischen Sicherungsrechte aufgibt. Die **Grundschild** ist in § 776 BGB nicht aufgeführt.

**§ 776 BGB gilt entsprechend für nicht akzessorische Sicherheiten, soweit der Gläubiger schuldrechtlich zu deren Übertragung verpflichtet ist.** Der Gläubiger der Hauptschuld ist **analog §§ 774, 412, 401 BGB** schuldrechtlich zur Übertragung einer Sicherungsgrundschild auf den zahlenden Bürgen verpflichtet (BGH NJW 2000, 2580). § 776 BGB gilt daher für die Aufgabe einer Sicherungsgrundschild entsprechend.

**2.** Der Beklagte müsste die Grundschild **aufgeben** haben. Er hat nicht die Aufhebung der Grundschild gemäß § 875 BGB erklärt, sondern die Grundschild **abgetreten**.

*„[13] a) Die von der Klägerin am 9. März 2009 in Höhe von 1.100.000 € abgetretene Sicherungsgrundschild ist ein selbstständiges Sicherungsrecht im Sinne von § 776 BGB (...). Dieses hat die Klägerin gemäß § 776 Satz 1 BGB aufgegeben; dafür muss entgegen der Ansicht der Revision kein Verzicht zugunsten desjenigen vorliegen, der diese Sicherheit bestellt hat.*

*[14] aa) Der Wortlaut von § 776 Satz 1 BGB enthält keine derartige Beschränkung. ‚Aufgeben‘ ist vielmehr jede gewollte Handlung (...), durch die der Gläubiger auf eine Verwertungsmöglichkeit der Sicherheit verzichtet oder ansonsten bewusst deren wirtschaftlichen Wert beseitigt (...). Danach erfasst § 776 BGB auch den Fall, dass der Gläubiger das Sicherungsrecht einem Dritten überlässt (...).*

*[15] bb) Dass die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Sicherungsrechtes auf einen Dritten als Aufgabe dieser Sicherheit im Sinne von § 776 Satz 1 BGB anzusehen ist, entspricht zudem Sinn und Zweck der Vorschrift. Der Bürge, der mit seinem gesamten Vermögen für die Erfüllung der Verpflichtungen aus der Bürgschaft einzustehen hat, soll vor einer Vereitelung seiner Rückgriffsrechte aus § 774 BGB geschützt werden, die eintreten würde, wenn der Gläubiger zu Lasten des Bürgen weitere für dieselbe Hauptschuld bestellte Sicherungsrechte einseitig aufgeben könnte (...). Dieses Schutzes durch § 776 Satz 1 BGB bedarf der Bürge unabhängig davon, ob ein seinen künftigen Regress gemäß § 774 Abs. 1 Satz 1, §§ 412, 401 BGB sicherndes Recht dem ursprünglichen Sicherungsgeber oder einem Dritten übertragen wird, da sein Rückgriffsanspruch in beiden Fällen in gleicher Weise beeinträchtigt ist.“*

**3.** Als **Rechtsfolge** bestimmt § 776 BGB, dass der Bürge insoweit **frei** wird, als er gemäß § 774 BGB hätte Ersatz verlangen können.

**a)** Das „Freiwerden“ des Bürgen kann bedeuten, dass die Bürgschaft erlischt. Es kann aber auch bedeuten, dass nur eine Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen besteht. Erlischt die Bürgschaft, lebt sie durch die Rückabtretung der Grundschild nicht wieder auf. Besteht aber nur ein Leistungsverweigerungsrecht, endet dieses mit der Rückabtretung der Grundschild.

Die entsprechende Anwendung des § 776 BGB auf die Sicherungsgrundschild ist völlig unstrittig. Da sie aus dem Gesetz nicht herzuleiten ist, ist diese Information und ihre Begründung ein wichtiger Merkposten.

„[16] b) Das Berufungsgericht geht weiter zutreffend davon aus, dass nach § 776 BGB eine **Bürgschaft durch Aufgabe einer weiteren für dieselbe Hauptforderung bestehenden Sicherheit erlischt**. § 776 BGB begründet in einem solchen Fall – entgegen der Auffassung der Revision – nicht nur ein Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen. Ebenso entfällt das Merkmal einer Aufgabe der Sicherheit in § 776 BGB nicht nachträglich dadurch, dass der Gläubiger die zunächst aufgebene Sicherheit später zurückerwirbt oder neu begründet.

[17] aa) Die Rechtsprechung geht davon aus, dass der Bürge mit Aufgabe der weiteren Sicherheit durch den Gläubiger insoweit von seiner Verpflichtung befreit wird (...). Diese Auffassung entspricht dem Willen des Gesetzgebers (...) und findet auch in der Literatur ganz überwiegend Zustimmung (...).

[18] bb) Bereits der **Wortlaut des § 776 BGB** beschränkt den Bürgen nicht auf eine bis zur Wiedererlangung der aufgegebenen Sicherheit bestehende Einrede, sondern spricht vom Freiwerden des Bürgen, d.h. von einer Beendigung seiner Haftung. Dem entspricht – wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt – die Formulierung in § 777 Abs. 1 Satz 1 BGB, der sowohl der Bundesgerichtshof (...) als auch die Literatur (...) ein Erlöschen der Verpflichtung des Bürgen entnehmen.

[19] cc) Zudem widerspräche es dem **Gebot der Rechtssicherheit**, die Haftung des Bürgen nach Aufgabe einer weiteren Sicherheit durch den Gläubiger in der Schwebe zu halten. Der Bürge soll zur Wahrung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit alsbald wissen, ob und in welchem Umfang er von der Haftung aus der Bürgschaft aufgrund der ihn privilegierenden Vorschrift des § 776 BGB frei geworden ist (...). Dem wäre nicht Genüge getan, ließe man diese Frage bis zu einem endgültigen Untergang der Sicherheit unbeantwortet bzw. gestattete man – die Auffassung der Revision konsequent fortgedacht – dem Gläubiger die spätere Stellung einer gleichwertigen Sicherheit. Aus diesem Grund sieht das Gesetz nach Sicherheitenaufgabe durch den Gläubiger **keine Möglichkeit zur Rückgängigmachung der eingetretenen Enthftung des Bürgen** vor. Dem entspricht, dass – worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist – nach Übernahme der Bürgschaft hinzutretende Sicherungsmittel gemäß § 776 Satz 2 BGB ebenfalls dem Bürgen zugute kommen und bei ihrer Aufgabe einen eigenen Erlöschenstatbestand nach § 776 Satz 1 BGB begründen. Die Rückübertragung einer einmal aufgegebenen Sicherheit kompensiert damit nicht deren zunächst eingetretenen Verlust, sondern begünstigt den Bürgen zusätzlich.“

**b)** Die Bürgschaft erlischt damit in der Höhe, in der der Beklagte aus einer ihm abgetretenen Grundschuld hätte Ersatz verlangen können. Der Wert der abgetretenen Grundschuld betrug 1.694.000 €. Durch die Abtretung der Grundschuld reduzierte sich die Bürgschaft um diesen Betrag.

**4.** Nach der Behauptung der Klägerin hat sich der Beklagte nachträglich mündlich mit der Abtretung der Grundschuld einverstanden erklärt. Damit hat der Beklagte nicht auf sein Recht aus § 776 BGB verzichtet. Zum Wiederaufleben der gemäß § 776 BGB erloschenen Bürgschaft wäre eine formgerechte Neubegründung der Bürgschaft erforderlich.

„[24] aa) Die von der Revision in einem solchen Einverständnis des Bürgen gesehene Änderung des Bürgschaftsvertrags würde gegen die gesetzliche Form des § 766 BGB verstoßen. Wie die Revisionserwiderung zutreffend ausführt, unterwirft § 766 BGB nach seinem Schutzzweck alle den Bürgen belastenden Abreden der Schriftform (...). Formbedürftig sind auch die Haftung des Bürgen erweiternde Nebenabreden, die nach Übernahme der Bürgschaft getroffen werden (...). Eine – hier von der Revision behauptete – Vereinbarung zur Sicherheitenfreigabe, die zu einem Verlust der Rechte aus § 776 BGB führt, ist für den Bürgen ungünstig. Da sich die Klägerin lediglich auf eine mündliche Absprache beruft, die mangels Eingreifen

der Vorschrift des § 350 HGB nicht ausreicht, wäre eine darin liegende Änderung des Bürgschaftsvertrags nach § 125 Satz 1, § 766 BGB unwirksam.

[25] bb) Die Frage, ob die Haftung des Bürgen entgegen § 776 BGB bestehen bleibt, wenn er formlos in die Aufgabe der Sicherheit einwilligt (...), bedarf keiner Klärung, da nach dem – von der Revision wiederholten – Vortrag der Klägerin der Beklagte sein Einverständnis erst nach Abtretung der Grundsuld erklärt haben soll.

[26] cc) Das – hier auf § 776 Satz 1 BGB beruhende – Erlöschen einer Verpflichtung kann grundsätzlich nicht durch einen nachträglichen Verzicht des ursprünglich Verpflichteten rückgängig gemacht werden. Vielmehr bedarf es nach einem solchen Rechtsverlust einer – im vorliegenden Fall nach § 766 BGB – formbedürftigen Neubegründung des Schuldverhältnisses (...).“

5. Dem Beklagten könnte es gemäß **§ 242 BGB** verwehrt sein, sich auf das Erlöschen der Haftung gemäß § 776 BGB zu berufen, da die Grundsuld zurückabgetreten wurde. Die Klägerin könnte jetzt eine eventuell analog §§ 774, 412, 401 BGB noch bestehende schuldrechtliche Verpflichtung zur Übertragung der Grundsuld an den Beklagten wieder erfüllen.

„[22] c) Dem Beklagten ist es entgegen der Ansicht der Revision weiter nicht nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die von § 776 BGB angeordnete Befreiung von der Bürgenhaftung zu berufen (...). Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn beachtliche Interessen eines anderen verletzt werden, ohne dass ein schutzwürdiges Eigeninteresse des Rechtsinhabers besteht (...). Danach kommt eine Abweichung vom Gesetzeswortlaut nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht (...). Solche liegen hier nicht vor. Ein Gläubiger, der eine werthaltige Sicherheit unter Missachtung der Interessen des Bürgen aufgibt, ist nicht schutzwürdig (...). Erhält er die ursprünglich aufgegebenen Sicherheit zurück, kann er diese verwerten. Es besteht kein Anlass, zu seinen Gunsten darüber hinaus in Abweichung von § 776 BGB die erloschene Haftung des Bürgen über § 242 BGB wirtschaftlich wiederaufleben zu lassen und damit den Bürgen nicht nur mit der Unsicherheit zu belasten, ob es dem Gläubiger gelingt, bis zur Realisierung der Bürgenhaftung die zunächst aufgegebenen Sicherheit wiederzuerlangen, sondern auch mit dem Risiko einer Nichtverwertbarkeit der zunächst aufgegebenen Sicherheit.“

**Ergebnis:** Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung.

---

Die Falllösung erfordert ein vertieftes Verständnis des § 776 BGB – was wiederum ein Verständnis des Regresses bei akzessorischen Sicherungsrechten voraussetzt. Deswegen ist der Fall sehr examensrelevant. Schlüsselinformationen sind:

- § 776 BGB gilt entsprechend bei Aufgabe einer Grundsuld, weil der Gläubiger bei Zahlung des Bürgen analog §§ 774, 412, 401 BGB schuldrechtlich zur Übertragung der Grundsuld verpflichtet ist.
- Auch die Abtretung einer Grundsuld gilt als deren Aufgabe i.S.d. § 776 BGB, weil der Gläubiger nach der Abtretung seine schuldrechtliche Verpflichtung zur Übertragung der Grundsuld auf den zahlenden Bürgen nicht mehr erfüllen kann und dies die Rechte des Bürgen beeinträchtigt.
- Rechtsfolge des § 776 BGB ist das Erlöschen der Bürgschaft. Beim Rückwerb der Sicherheit lebt die Bürgschaft nicht wieder auf.

**Josef A. Alpmann**