

# Fortgeschrittenenhausarbeit: Blankes Vertrauen\*

Von Wiss. Mitarbeiter **Julian Stegerer**, Köln\*\*

*Diese schwierige Hausarbeit behandelt examensrelevante Probleme des Bürgschaftsrechts und des BGB AT mit Bezügen zum Handelsrecht. Es werden vertiefte Kenntnisse der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung und eine saubere Anwendung der juristischen Methodik gefordert.*

## Sachverhalt

Die Eheleute R und J leben in Köln. R ist die einzige Gesellschafterin und die Geschäftsführerin der Z-GmbH.

Anfang Februar 2020 macht sich J als Kaufmann selbstständig. In diesem Zusammenhang wendet er sich an die B-Bank, die ihm, R und auch der Z-GmbH schon lange als Hausbank dient, um eine finanzielle Unterstützung zu erfragen. Die B-Bank ist bereit, J ein Darlehen i.H.v. 80.000 € mit einem Zinssatz von 3% p.a. zu gewähren, das dieser ein Jahr nach Valutierung zurückzahlen soll. Voraussetzung für die Auszahlung des Darlehens sei jedoch, dass sich R und die Z-GmbH bereit erklären, jeweils selbstschuldnerisch zu bürgen, damit für die B-Bank eine Sicherheit für den Fall des Ausfalls des J als Hauptschuldner besteht. J meint, dass dies überhaupt kein Problem wäre und er die erforderlichen Bürgschafts-erklärungen umgehend einholen werde.

Am folgenden Tag, an dem R in der B-Bank die Bürgschaftsvereinbarungen abschließen sollte, sind aufgrund eines Versehens der B-Bank die Unterlagen für den Bürgschaftsvertrag mit der Z-GmbH noch nicht fertig. Die Mitarbeiterin der Bank, M, die R schon lange als Kundin der B-Bank betreut, meint, R könne dann ja zunächst ihren persönlichen Bürgschaftsvertrag abschließen. Gerade als M beginnen will, R die Einzelheiten des Bürgschaftsvertrages zu erläutern, klingelt das Telefon der R und es erreicht sie ein sehr dringender Anruf. Sie erklärt M daraufhin, dass sie, R, aufgrund eines Notfalls die Bank so schnell wie möglich verlassen und nach Hause müsse. R meint, sie würde sämtliche Unterlagen mitnehmen, ausfüllen, unterzeichnen und der B-Bank in den folgenden Tagen zukommen lassen. Zu Hause angekommen unterschreibt R hastig die Unterlagen und bittet J, die Einzelheiten auszufüllen und insbesondere auch die Höhe der Bürgschaftssumme einzutragen. J füllt die Unterlagen gewissenhaft aus und setzt den Betrag von 80.000 € als Bürgschaftssumme ein. Am folgenden Tag überbringt J, der in einer anderen Angelegenheit sowieso die B-Bank aufsuchen musste, die Unterlagen der M.

Zwei Tage später ruft M die R an, um einen Termin für den Abschluss des Bürgschaftsvertrags mit der Z-GmbH zu vereinbaren. R meint, dass sie in den nächsten Tagen überhaupt keine Zeit habe, es aber dränge, die Bürgschaftsverträge unter Dach und Fach zu bekommen, damit J das Darlehen ausbezahlt bekäme. Sie erklärt deshalb M, dass die Z-GmbH

einen Bürgschaftsvertrag zu den gleichen Konditionen und mit demselben Betrag der Bürgschaft abschließen wolle, wie sie es bereits für sich persönlich getan habe. M erklärt ihr, dass sie das verstanden habe und so verfahren wolle. So geschieht es dann auch. Die B-Bank informiert J, dass nunmehr sämtliche Voraussetzungen für die Auszahlung des Darlehens vorliegen würden und jenes alsbald ausgezahlt werden kann. Infolgedessen wird J, der der B-Bank mitteilt, wie sehr er sich hierüber freut, eine Woche später das Darlehen ausgezahlt.

J hat geschäftlich allerdings überhaupt kein Glück und gerät schon nach verhältnismäßig kurzer Zeit in eine wirtschaftliche Schieflage. Nachdem er bereits im Dezember 2020 das ausgezahlte Darlehen vollständig aufgebraucht hat, ist er im März 2021 nicht in der Lage, das Darlehen zurückzubezahlen. Daraufhin wendet sich die B-Bank am 10.4.2021 an R und verlangt von ihr als Bürgin die Zahlung von 80.000 €.

R ist erbost und setzt sich mit Ihnen in Verbindung, um Rechtsrat zu erhalten. Dabei bringt sie Folgendes vor: Die B-Bank könne von ihr persönlich nicht die Zahlung des Betrages von 80.000 € verlangen, da sie, was zutrifft, gegenüber der B-Bank bereits die Anfechtung des Bürgschaftsvertrags erklärt habe. Sie habe sich in dem Umstand geirrt, dass jeder der Bürgen die Bürgschaft in Höhe des Betrages von 80.000 € abgeben musste. Die B-Bank habe ihr gegenüber dargetan, dass die Bank eine Sicherheit in Form von Bürgschaften in Höhe des Betrages benötige, die J als Darlehen eingeräumt werden solle. Da sich das Darlehen auf den Betrag von 80.000 € belaufen habe, sei bei ihr die Vorstellung erwachsen, dass die Z-GmbH und sie jeweils nur in Höhe von jeweils 40.000 € hätten bürgen müssen. Denn damit sei der Betrag von 80.000 € für die B-Bank gesichert gewesen. R erwähnt in diesem Zusammenhang auch, dass der Prokurist der Z-GmbH, P, dessen Bestellung seit dem November 2020 ordnungsgemäß im zuständigen Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht worden ist, aus demselben Grund bereits einige Tage zuvor die Anfechtung im Namen der Z-GmbH gegenüber der B-Bank erklärt habe.

Unabhängig davon könne es doch nicht richtig sein, dass die B-Bank die Bürgschaftszahlung von ihr als Verbraucherin verlangt, statt von der im Wirtschaftsverkehr versierten Z-GmbH.

Schließlich erklärt R, dass die B-Bank doch nicht von ihr als Ehefrau des J einen derart hohen Betrag verlangen könne. Wenn sie diesen nun bezahlen würde, hätte dies – was ebenfalls als zutreffend unterstellt werden darf – eine besonders schwerwiegende Beeinträchtigung der finanziellen Basis für die gemeinsame Ehe zur Folge. Das wäre ein nicht mehr hinzunehmender Eingriff in das grundgesetzlich geschützte Institut der Ehe, das auch eine auskömmliche finanzielle Basis für die Eheleute umfasse. Da die B-Bank die finanziellen Verhältnisse von ihr und von J seit langem genau kenne (auch das ist zutreffend), hätte die B-Bank gar nicht erst mit einem Wunsch nach Abschluss eines Bürgschaftsvertrages an R herantreten dürfen.

\* Der Sachverhalt wurde im Wintersemester 2021/22 als Hausarbeit für Fortgeschrittene im Zivilrecht gestellt.

\*\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Europäisches Wirtschaftsrecht (Prof. Dr. Ulrich Ehricke, LL.M. [London], M.A.) der Universität zu Köln.

**Frage 1**

Kann die B-Bank von R die Zahlung von 80.000 € nebst Zinsen verlangen?

**Frage 2**

Kann die B-Bank von der Z-GmbH die Zahlung von 80.000 € nebst Zinsen verlangen?

**Bearbeitungsvermerk**

Auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ist – ggf. in einem Hilfsgutachten – einzugehen. Für die Bearbeitung der Frage 1 ist davon auszugehen, dass der Bürgschaftsvertrag mit der Z-GmbH wirksam zustande gekommen ist.

**Lösungsvorschlag**

**Frage 1: Zahlungsanspruch der B-Bank gegen R**

**I. Anspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. §§ 765 Abs. 1, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB**

Die B-Bank könnte gegen R einen Anspruch gerichtet auf Zahlung von 80.000 € nebst Zinsen gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. §§ 765 Abs. 1, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB haben.

*1. Forderung der B-Bank gegen J*

Die Bürgschaft ist ein akzessorisches<sup>1</sup> Sicherungsmittel, sodass ein Anspruch gem. § 765 Abs. 1 BGB das Bestehen der gesicherten Forderung voraussetzt. Es kommt insofern ein Rückzahlungsanspruch der B-Bank gegen J aus dem vereinbarten Darlehensvertrag gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht.

*a) Einigung*

Dies setzt voraus, dass ein Darlehensvertrag wirksam abgeschlossen wurde. Die B-Bank hat J ein Angebot über den Abschluss eines Darlehensvertrages unterbreitet, § 145 BGB. Jenes wurde durch J, indem dieser erklärt hat, dass „dies kein Problem wäre und er die erforderlichen Bürgschaftserklärungen einholen würde“ zumindest konkludent angenommen, §§ 147 ff. BGB. Folglich haben die B-Bank und J einen wirksamen Darlehensvertrag abgeschlossen.

*b) Abgrenzung zum Verbraucherdarlehensvertrag, §§ 491 ff. BGB*

Dieser bedarf gem. § 492 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m § 126 Abs. 1 BGB der Schriftform, wenn es sich um einen Verbraucherdarlehensvertrag i.S.d. §§ 491 ff. BGB handelt. Gem. § 491 Abs. 2 S. 1 BGB liegt ein Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag vor, wenn ein entgeltlicher Darlehensvertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen wurde. Nach § 14 Abs. 1 BGB ist Unternehmer jede natürliche oder juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Sowohl die B-Bank als auch J, der das Darlehen zur Finanzierung seiner kaufmännischen Tätigkeit (§ 1 HGB) auf-

nimmt, handeln im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit. Folglich sind die B-Bank und J Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB, sodass kein Verbraucherdarlehensvertrag vorliegt und das Schriftformerfordernis des § 492 Abs. 1 S. 1 BGB nicht eingehalten werden muss.

*Anmerkung:* Besonders aufmerksame Bearbeiter könnten an dieser Stelle noch prüfen, ob der Vertrag gem. § 513 BGB i.V.m. § 492 Abs. 1 S. 1 BGB dem Schriftformerfordernis unterliegt. Allerdings übersteigt der Nettodarlehensvertrag 75.000 €, sodass § 513 BGB nicht einschlägig ist.

*c) Auszahlung des Darlehens*

Aus dem Wortlaut des § 488 Abs. 1 S. 2 BGB („[...] das zur Verfügung gestellte [...]“) ergibt sich, dass weitere Voraussetzung des Rückzahlungsanspruchs ist, dass das Darlehen ausgezahlt wurde, der Darlehensgeber somit die Pflicht aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt hat. Die B-Bank hat das Darlehen im Februar 2020 valutiert, sodass sie ihre Pflicht aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt hat.

*d) Zwischenergebnis*

Somit hat die B-Bank gegen J einen Anspruch auf Rückzahlung von 80.000 € nebst Zinsen gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB.

*2. Bürgschaftsvertrag, § 765 Abs. 1 BGB*

Es müsste ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen der B-Bank und R bestehen.

*a) Einigung*

Dies setzt eine wirksame Einigung zwischen R und der B-Bank über den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages voraus, §§ 145 ff. BGB.

M könnte, in Vertretung der B-Bank gem. § 164 Abs. 1 BGB, mit der Übergabe der Unterlagen an R ein Angebot gerichtet auf Abschluss eines Bürgschaftsvertrags zur Sicherung der Forderung aus dem Darlehensvertrag<sup>2</sup> abgegeben haben, § 145 BGB.

*Anmerkung:* Ebenfalls vertretbar wäre es, hierin eine bloße invitatio ad offerendum zu sehen. Dann müsste allerdings die Unterzeichnung und Übersendung des Bürgschaftsvertrags durch R als Angebot (§ 145 BGB) eingeordnet und sodann geprüft werden, ob eine wirksame Annahme der B-Bank (vertreten durch M) vorliegt. Diesbezüglich wäre zu erörtern, ob eine Annahme gem. § 151 S. 1 Alt. 1 BGB ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden vorliegt. Der BGH nimmt dies für den Fall der Entgegennahme einer persönlich übergebenen oder des bloßen Behaltens einer übersandten Bürgschaftsurkunde an.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Da die Forderung in ihrem Entstehungstatbestand bereits begründet war, handelt es sich nicht um eine künftige Forderung i.S.d. § 765 Abs. 2 BGB, siehe hierzu, *Habersack* (Fn. 1), § 765 Rn. 71.

<sup>3</sup> BGH ZIP 1997, 1151.

<sup>1</sup> BGH NJW 2016, 3158 (3159 f.); *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 765 Rn. 64.

Problematisch scheint, dass die Bürgschaftsurkunde zu diesem Zeitpunkt noch nicht ausgefüllt war. Insbesondere wurde die Höhe des Betrags erst später durch J eingetragen. Jene ist wesentlicher Vertragsbestandteil eines Bürgschaftsvertrags<sup>4</sup>, sodass die fehlende Eintragung der Annahme eines Angebots entgegenstehen könnte. Zu beachten ist jedoch, dass es insoweit genügt, wenn die Höhe der Bürgschaftssumme unter Berücksichtigung der gesicherten Hauptforderung bestimmbar ist.<sup>5</sup> Die gesicherte Forderung besteht i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen. Somit kann, trotz fehlender Angabe einer konkreten Höhe der Bürgschaft, davon ausgegangen werden, dass sich die Erklärung der B-Bank auf den Abschluss eines Bürgschaftsvertrags i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen bezieht.

Das Angebot hat R mit der Unterzeichnung des Bürgschaftsvertrags und der Übergabe der Urkunde an M durch J angenommen, §§ 147 ff. BGB.

#### b) Formerfordernis, § 766 S. 1 BGB

Allerdings könnte der zwischen der B-Bank und R geschlossene Bürgschaftsvertrag gem. § 766 S. 1 BGB i.V.m. § 125 S. 1 BGB nichtig sein. Nach § 766 S. 1 BGB muss die Bürgschaftserklärung schriftlich (§ 126 Abs. 1 BGB) erfolgen.

##### aa) Keine Ausnahme gem. § 350 HGB

Eine Ausnahme vom Schriftformerfordernis des § 766 S. 1 BGB würde gem. § 350 HGB gelten, wenn die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft (§ 343 HGB) darstellt. Allerdings erklärt R in diesem Fall persönlich, d.h. im Privatbereich, für die Forderung gegen J bürgen zu wollen, sodass es sich nicht um das Geschäft eines Kaufmanns im Rahmen dessen Handelsgewerbes handelt.

Folglich liegt kein Handelsgeschäft vor, sodass die Ausnahme nach § 350 HGB nicht einschlägig ist.

##### bb) Unterzeichnung durch R

Das Schriftformerfordernis könnte durch die Unterzeichnung der Urkunde durch R gewahrt sein. Problematisch ist, dass R den Vertrag unterzeichnet hat, bevor die Höhe der Bürgschaft eingetragen wurde. Dies könnte der Wahrung des Schriftformerfordernisses entgegenstehen. Normzweck des § 766 S. 1 BGB ist es, den Erklärenden vor einer möglichen Haftung zu warnen.<sup>6</sup> Das Schriftformerfordernis soll dazu führen, dass dem Bürgen das zu übernehmende Risiko vor Augen geführt wird.<sup>7</sup> Hieraus ergibt sich, dass das Schriftformerfordernis nur gewahrt ist, wenn sich aus der unterzeichneten Erklärung außer dem Willen, für eine fremde Schuld einzustehen, auch die Bezeichnung des Gläubigers, des Hauptschuldners und der verbürgten Forderung ergibt.<sup>8</sup> Infolgedessen ist dem Schrift-

formerfordernis des § 766 S. 1 BGB durch die Unterzeichnung des Blankoformulars durch R nicht Genüge getan.

##### cc) Ausfüllen der unterzeichneten Urkunde durch J

Eine formwirksame Bürgschaftserklärung i.S.d. § 766 S. 1 BGB könnte jedoch dadurch zustande gekommen sein, dass R den J gebeten hat, die von R unterzeichnete unvollständige Urkunde (sog. Blankobürgschaft<sup>9</sup>) später zu vervollständigen und dieser die erforderlichen Angaben sodann eingetragen hat. Dies setzt voraus, dass eine solche spätere Vervollständigung nach § 766 S. 1 BGB möglich und R zurechenbar ist.

Aus § 766 S. 1 BGB lässt sich nicht entnehmen, dass die zwingenden inhaltlichen Angaben eigenhändig durch den Bürgen geleistet werden müssen.<sup>10</sup> Folglich kann sich der Bürge zur Abgabe der Bürgschaftserklärung eines Vertreters bedienen oder die Unterschrift blanko leisten und einen anderen zur Vervollständigung ermächtigen (sog. Ausfüllungsermächtigung).<sup>11</sup>

R müsste das Ausfüllen der Blankourkunde gegen sich gelten lassen, wenn J die R wirksam gem. § 164 Abs. 1 BGB vertreten hat. Voraussetzung der Stellvertretung nach § 164 Abs. 1 BGB ist jedoch, dass der Vertreter eine eigene Willenserklärung im fremden Namen abgibt. Derjenige, der eine unterzeichnete Blankourkunde ausfüllt, vervollständigt lediglich die Erklärung eines Dritten<sup>12</sup>, sodass keine Stellvertretung vorliegt. Folglich kann das Ausfüllen durch J der R nicht gem. § 164 Abs. 1 BGB zugerechnet werden.

Jedoch ist in der Rechtsprechung<sup>13</sup> und Literatur<sup>14</sup> anerkannt, dass die Vervollständigung einer Blanketterklärung dem Aussteller zuzurechnen ist, wenn dieser dem Ausfüllenden eine Ausfüllungsermächtigung zur Ergänzung des Blanketts erteilt hat. In diesem Fall wird die Erklärung wirksam, wenn der Dritte in Übereinstimmung mit dem Willen des Ausstellers alles einträgt, was für das Vorliegen einer vollständigen Bürgschaftserklärung notwendig ist.<sup>15</sup>

Allerdings ist fraglich, ob eine solche Ermächtigung mündlich erfolgen kann. Gibt der Bürge seine Erklärung nicht in vollem Umfang selbst ab, wird die Warnfunktion des § 766 S. 1 BGB nur erreicht, wenn für die Ausfüllungsermächtigung Schriftform verlangt wird. Demzufolge bedarf die Ausfüllungsermächtigung selbst der Schriftform, wenn dem Blankett wesentliche Elemente einer Bürgschaftserklärung fehlen.<sup>16</sup>

R hat J nur mündlich ermächtigt, die Bürgschaftsurkunde zu vervollständigen. Somit wurde das Schriftformerfordernis

<sup>4</sup> BGH NJW 1988, 907; *Habersack* (Fn. 1), § 765 Rn. 72.

<sup>5</sup> BGH NJW 1957, 1873; BGH NJW 1988, 907; *Nobbe*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch*, 5. Aufl. 2017, § 91 Rn. 172, 176.

<sup>6</sup> *Habersack* (Fn. 1), § 766 Rn. 1.

<sup>7</sup> BGH NJW 1989, 1484.

<sup>8</sup> BGH NJW 1996, 1467 (1468); *Stürner*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2022, § 766 Rn. 18.

<sup>9</sup> *Stürner* (Fn. 8), § 766 Rn. 43.

<sup>10</sup> BGH NJW 1996, 1467 (1468).

<sup>11</sup> BGH NJW 1996, 1467 (1468).

<sup>12</sup> *Keim*, NJW 1996, 2774.

<sup>13</sup> RG BeckRS 1932, 100393 Rn. 7 f.; BGH NJW 1996, 1467 (1468); BGH NJW 1984, 798.

<sup>14</sup> *Beckmann*, in: *Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Kommentar*, 4. Aufl. 2021, § 766 Rn. 11; *Stürner* (Fn. 8), § 766 Rn. 44.

<sup>15</sup> *Stürner* (Fn. 8), § 766 Rn. 43.

<sup>16</sup> *Schubert*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 9. Aufl. 2021, § 167 Rn. 30.

des § 766 S. 1 BGB nicht gewährt. Infolgedessen ist die Bürgschaftserklärung gem. § 125 S. 1 BGB nichtig.

*c) Rechtsfolge*

Ist die Bürgschaftserklärung nichtig, hat dies gem. § 139 Hs. 1 BGB grundsätzlich zur Folge, dass der gesamte Bürgschaftsvertrag nichtig ist<sup>17</sup>, sodass zwischen der B-Bank und R kein wirksamer Vertrag besteht.

*3. Ergebnis*

Somit hat die B-Bank gegen R keinen Anspruch auf Zahlung von 80.000 € nebst Zinsen gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. §§ 765 Abs. 1, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

*Anmerkung:* Teils wird das Vorliegen eines Anspruchs infolge einer Rechtsscheinhaftung gem. § 172 Abs. 2 BGB analog auch im Rahmen eines möglichen Anspruchs aus dem Bürgschaftsvertrags geprüft.<sup>18</sup> Dem wird vorliegend nicht gefolgt, weil mangels wirksamen Bürgschaftsvertrages – selbst bei Vorliegen einer Rechtsscheinhaftung – kein Anspruch entsprechend des Obersatzes zu I. besteht.

**II. Gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 172 Abs. 2 BGB (analog)**

Die B-Bank könnte jedoch gegen R einen Anspruch auf Befriedigung der gegenüber J bestehenden Forderung (§ 488 Abs. 1 S. 2 BGB) gem. § 172 Abs. 2 BGB (analog) infolge einer Rechtsscheinhaftung haben.

*1. Forderung der B-Bank gegen J*

Die B-Bank hat gegen J eine fällige Forderung i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen aus dem Darlehensvertrag gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB (siehe oben).

*2. Rechtsscheinhaftung, § 172 Abs. 2 BGB (analog)*

Das Ausstellen der Blanketturkunde könnte dazu führen, dass R nach Rechtsscheingrundsätzen haftet. Die Rechtsscheinhaftung stellt einen speziellen Anwendungsfall des Verbots widersprüchlichen Verhaltens („venire contra factum proprium“) dar<sup>19</sup> und könnte sich aus § 172 Abs. 2 BGB (analog) ergeben.

*a) Direkte Anwendung*

§ 172 Abs. 2 BGB ist in unmittelbarer Anwendung nur dann einschlägig, wenn eine Vollmacht (§ 167 Abs. 1 BGB) erteilt, diese aber weder zurückgegeben noch für kraftlos erklärt wurde. Allerdings unterscheidet sich die Ausfüllungsermächtigung

von einer Vollmacht i.S.d. § 167 Abs. 1 BGB dadurch, dass der Ausfüllende nicht im eigenen, sondern im fremden Namen eine Erklärung abgibt.<sup>20</sup> Folglich ist § 172 Abs. 2 BGB nicht direkt anwendbar.

*b) Analoge Anwendung*

Allerdings könnte die von J ausgefüllte Erklärung R gem. § 172 Abs. 2 BGB analog zuzurechnen sein. Dies setzt eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus.

Durch die Erteilung einer Vollmacht wird gem. § 172 Abs. 2 BGB eine Rechtsscheinhaftung begründet. Eine entsprechende Regelung für die Ausfüllungsermächtigung fehlt. Hinweise darauf, dass es sich hierbei um eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung handelt, liegen nicht vor. Folglich besteht eine planwidrige Regelungslücke.

In beiden Fällen wird jedoch durch denjenigen, der die Vollmacht oder die Ausfüllungsermächtigung erteilt, zurechenbar ein Rechtsschein begründet. Auch bei der Erteilung einer Ausfüllungsermächtigung darf sich der Geschäftspartner auf den Rechtsschein verlassen, dass es sich um eine rechtlich wirksame Erklärung des Bürgen handelt.<sup>21</sup> Somit liegt eine vergleichbare Interessenlage vor.

Folglich ist § 172 Abs. 2 BGB analog anwendbar, wenn der Blankettaussteller eine unvollständige Urkunde aus der Hand gibt und diese später durch einen Dritten vervollständigt wird.<sup>22</sup>

*c) Voraussetzungen der Rechtsscheinhaftung*

Das Vertrauen des Rechtsverkehrs wird grundsätzlich geschützt, wenn derjenige, zu dessen Lasten der Rechtsscheintatbestand wirkt, zurechenbar einen Rechtsschein gesetzt hat, der Dritte gutgläubig ist und jener aufgrund des Vertrauens in die Richtigkeit des Rechtsscheins gehandelt hat und ihm deswegen Nachteile drohen.<sup>23</sup>

Indem R die Urkunde unterzeichnet und zur Vervollständigung an J übergeben hat, hat sie zurechenbar einen Rechtsschein begründet. Die B-Bank, der eine etwaige Kenntnis der M gem. § 166 Abs. 1 BGB analog zuzurechnen wäre, ist mangels entsprechender Kenntnis der M bezüglich der Übergabe der Blanketturkunde der R an J, gutgläubig. Aufgrund des berechtigten Vertrauens der B-Bank auf den Rechtsschein hat diese das Darlehen an J ausgezahlt und droht infolgedessen Nachteile zu erleiden, da der Rückzahlungsanspruch nicht durch einen wirksamen Bürgschaftsvertrag gesichert ist. Damit liegen die Voraussetzungen einer Rechtsscheinhaftung gem. § 172 Abs. 2 BGB analog vor.

<sup>17</sup> Zetsche, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 766 Rn. 10.

<sup>18</sup> So etwa, Werner/Saenger, Fälle für Fortgeschrittene im Bürgerlichen Recht, 7. Aufl. 2019, S. 112, die aber auf die Möglichkeit, die Prüfung eines Anspruchs gem. § 765 Abs. 1 BGB abzubrechen, ausdrücklich hinweisen.

<sup>19</sup> Sutschet, in: Beck'scher Online Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 242 Rn. 131.

<sup>20</sup> Schubert (Fn. 16), § 167 Rn. 30.

<sup>21</sup> BGH NJW 1996, 1467 (1469).

<sup>22</sup> BGH NJW 1996, 1467 (1469); kritisch Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1981, S. 98 f.; Binder, AcP 207 (2007), 155 (195 f.).

<sup>23</sup> Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1538 ff.; Ott, JuS 2019, 745.

*d) Rechtsfolge des § 172 Abs. 2 BGB analog*

Folglich ist der Vertrauende so zu stellen, als bestünde die von ihm angenommene Rechtslage.<sup>24</sup> Derjenige, der eine Blankett-erklärung abgibt, muss somit den Inhalt der Urkunde gegen sich als Erklärung gelten<sup>25</sup> und sich so behandeln lassen, als hätte er wirksam eine Bürgschaft übernommen.<sup>26</sup> Der Blankettaussteller haftet demnach aufgrund des veranlassten Rechts Scheins (§§ 172 Abs. 2, 173 BGB analog), obwohl keine wirksame Bürgschaft besteht.<sup>27</sup>

Folglich haftet R gem. § 172 Abs. 2 BGB analog, als ob sie die Bürgschaftserklärung formwirksam abgegeben hätte.

*e) Reichweite der Rechtsscheinhaftung gem. § 172 Abs. 2 BGB analog*

Unklar ist, ob die Rechtsscheinhaftung der R gem. § 172 Abs. 2 BGB analog auch dann anzunehmen ist, wenn das beabsichtigte Rechtsgeschäft auch bei Wahrung des Schriftformerfordernisses des § 766 S. 1 BGB i.V.m. § 125 S. 1 BGB nichtig gewesen wäre.

*aa) Begrenzung des Vertrauensschutzes auf die Abgabe einer formwirksamen Bürgschaftserklärung*

Ausgangspunkt dessen ist die Überlegung, dass eine Rechtsscheinhaftung nach § 172 Abs. 2 BGB analog damit begründet wird, dass das Vertrauen des Erklärungsempfängers auf die formwirksame Abgabe der Bürgschaftserklärung geschützt werden soll.<sup>28</sup>

Dies scheint problematisch, wenn der Vertrag infolge einer gesetzlichen Nichtigkeitsanordnung auch bei einer formwirksamen Erklärung des Bürgen nicht wirksam zustande gekommen wäre. Würde auch in diesem Fall eine Rechtsscheinhaftung gem. § 172 Abs. 2 BGB analog angenommen werden, stünde der Gläubiger infolge der Rechtsscheinhaftung besser als bei einer tatsächlich formwirksam abgegebenen Erklärung des Vertragspartners. Insoweit würde nämlich nicht nur das Vertrauen in die formwirksame Abgabe einer Bürgschaftserklärung, sondern überhaupt in die Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrags und damit in das Fehlen eines gesetzlichen Nichtigkeitsgrundes geschützt werden. Damit würde zugleich die gesetzgeberische Entscheidung, bestimmte Rechtsgeschäfte dem Nichtigkeitsverdikt des § 134 BGB oder des § 138 BGB zu unterziehen, ausgehöhlt. Die Rechtsscheinhaftung kann allerdings niemals weitergehen, als der erzeugte Rechtsschein reicht.<sup>29</sup> Infolgedessen ist zu prüfen, ob der Vertrag rechtliche Geltung erlangt hätte, wenn das Vertrauen der B-Bank in die formwirksame Abgabe einer Bürgschaftserklärung berechtigt wäre.

Hätte R die Bürgschaftserklärung formwirksam abgegeben, wäre der Bürgschaftsvertrag möglicherweise gem. § 138

Abs. 2 BGB nichtig. Aus dem Wortlaut des § 138 Abs. 2 BGB („[...] für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt [...]“) folgt jedoch, dass dieser auf die Kontrolle von Austauschverhältnissen zugeschnitten ist.<sup>30</sup> Der Bürgschaftsvertrag stellt dem entgegen einen einseitig verpflichtenden Vertrag dar, sodass die Anwendung des § 138 Abs. 2 BGB ausscheidet.<sup>31</sup> Das hat zur Folge, dass der Vertrag bei unterstellter formwirksamer Abgabe der Bürgschaftserklärung nicht gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig wäre.

Der Bürgschaftsvertrag wäre gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn dieser gegen die guten Sitten, das heißt gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, verstößt.<sup>32</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist eine Inhaltskontrolle eines Bürgschaftsvertrages am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB erforderlich, wenn eine Partei ungewöhnlich stark belastet wird und der Vertrag das Ergebnis ungleicher Verhandlungsstärke ist.<sup>33</sup> Dahingehend werden insbesondere solche Bürgschaftsverträge einer Kontrolle unterworfen, in denen ein naher Angehöriger des Hauptschuldners sich für eine Verbindlichkeit verbürgt, welche den Bürgen krass finanziell überfordert.<sup>34</sup> Ist dies der Fall, wird aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung widerlegbar vermutet, dass der Bürge das Bürgschaftsversprechen nur aufgrund der emotionalen Verbundenheit zum Hauptschuldner abgegeben hat und der Gläubiger dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat.<sup>35</sup>

Ein solches Näherverhältnis folgt aus einer Ehe (§§ 1353 ff. BGB)<sup>36</sup>, sodass R als Ehegattin eine nahestehende Person des J als Hauptschuldner ist.

Fraglich ist, ob eine krasse finanzielle Überforderung der R anzunehmen wäre. Die Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie erlaubt es dem Individuum, besonders risikoreiche Geschäfte abzuschließen und sich zu Leistungen zu verpflichten, welche nur im Falle besonders günstiger Bedingungen erbracht werden können.<sup>37</sup> Die Bürgschaft stellt insoweit ein risikoreiches, einseitig den Bürgen verpflichtendes Geschäft dar.<sup>38</sup> Der Gläubiger eines Bürgschaftsvertrags kann grundsätzlich davon ausgehen, dass derjenige, der ein Bürgschaftsversprechen abgibt, die Tragweite seines Handelns absehen kann und sein Risiko abschätzt.<sup>39</sup> Das hat zur Folge, dass nur in besonders gravierenden Fällen von einer krassen finanziellen Überforderung des Bürgen auszugehen ist. Von einer solchen Überforderung ist nach der Rechtsprechung des BGH auszugehen, wenn der Bürge „mit an Sicherheit grenzender

<sup>24</sup> *Canaris* (Fn. 22), S. 37; *Müller*, AcP 181 (1981), 515 (536).

<sup>25</sup> BGH NJW 1963, 1971; *Leptien*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1998, § 172 Rn. 6.

<sup>26</sup> BGH NJW 1996, 1467 (1469); *Musielak*, JA 2015, 161 (163).

<sup>27</sup> *Nobbe* (Fn. 5), § 91 Rn. 74.

<sup>28</sup> BGH NJW 1996, 1467 (1469).

<sup>29</sup> *Ott*, JuS 2019, 745.

<sup>30</sup> *Habersack* (Fn. 1), § 765 Rn. 17.

<sup>31</sup> BGH NJW 1991, 2015 (2017); BGH NJW 1988, 2599 (2602).

<sup>32</sup> St. Rspr., RGZ 48, 114 (124); BGH NJW 2004, 2668 (2670).

<sup>33</sup> BVerfGE 89, 214.

<sup>34</sup> Siehe zur Bürgschaft eines Ehegattens oder Lebenspartners etwa, BGH NJW 1999, 58; BGH NJW 1997, 3372.

<sup>35</sup> BGH NJW 2013, 1534; BGH NJW 2009, 2671 (2672).

<sup>36</sup> *Habersack* (Fn. 1), § 765 Rn. 24.

<sup>37</sup> BGH NJW 1989, 1276.

<sup>38</sup> BGH NJW 1989, 830 (831).

<sup>39</sup> BGH NJW 1989, 830 (831).

Wahrscheinlichkeit nicht einmal in der Lage ist, die vertraglich geschuldeten Zinsen aufzubringen“.<sup>40</sup>

Eine Inanspruchnahme der R hätte eine schwerwiegende Beeinträchtigung der finanziellen Basis der Ehe zur Folge. Allein hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass R nicht einmal in der Lage wäre, die Zinsen, welche sich nach Ablauf eines Jahres auf 2.400 € beschränken, zu bezahlen und infolgedessen eine krasse finanzielle Überforderung der R besteht. Die Abgabe einer formwirksamen Bürgschaftserklärung durch R wäre vielmehr als Ausübung der Privatautonomie zu verstehen, die auch das risikoreiche Geschäft, auf eine „auskömmliche finanzielle Basis der Ehe“ zu verzichten, umfasst. Infolgedessen kann nicht angenommen werden, dass der Inhalt des Bürgschaftsvertrags gegen die guten Sitten verstoßen hätte.

*Anmerkung:* Parallel zur Prüfung der § 138 Abs. 2 und Abs. 1 BGB könnte des Weiteren problematisiert werden, ob der Bürgschaftsvertrag, wenn dieser unter Einhaltung des Schriftformerfordernisses zustande gekommen wäre, angefochten werden könnte. Hätte R die Urkunde selbst ausgefüllt, ist jedoch davon auszugehen, dass diese eine Höhe von 40.000 € angegeben hätte. In diesem Fall wäre es folglich nicht zu einer Erklärung, i.H.v. 80.000 € bürgen zu wollen, gekommen.

#### bb) Zwischenergebnis

Das hat zur Folge, dass die Rechtsscheinhaftung des § 172 Abs. 2 BGB analog vorliegend nicht einzuschränken ist.

#### f) Anfechtung, § 142 Abs. 1 BGB

Einer Inanspruchnahme der R durch die B-Bank gem. § 172 Abs. 2 BGB analog könnte jedoch die von R erklärte Anfechtung entgegenstehen.

#### aa) Anfechtbares Rechtsgeschäft

Diesbezüglich ist unsicher, ob ein anfechtbares Rechtsgeschäft vorliegt. Die Bürgschaftserklärung der R ist gem. § 766 S. 1 BGB i.V.m. § 125 S. 1 BGB nichtig, sodass auch der Bürgschaftsvertrag gem. § 139 Hs. 1 BGB nichtig ist.

Problematisch ist, ob der durch eine Blanketterklärung begründete Rechtsschein gem. § 142 Abs. 1 BGB anfechtbar ist. Dagegen könnte bereits der Wortlaut des § 142 Abs. 1 BGB sprechen. Die Rechtsscheinhaftung des § 172 Abs. 2 BGB analog begründet gerade kein Rechtsgeschäft, sondern tritt an die Stelle eines mangels Einhaltung der gesetzlichen Form nicht zustande gekommenen Rechtsgeschäfts. Zudem würde die Möglichkeit einer Anfechtung in Widerspruch mit der Haftung des Blankettausstellers gem. § 172 Abs. 2 BGB analog stehen.<sup>41</sup> Wird die Rechtsscheinhaftung damit begründet, dass der Blankettaussteller selbst das Risiko tragen muss, welches durch das Ausstellen einer auszufüllenden Bürgschaftserklärung entsteht, würde diese Risikozuweisung aus-

gehöhlt, wenn sich der Erklärende durch eine spätere Anfechtung dem zurechenbar begründeten Rechtsschein entledigen könnte. Der Rechtsschein kann infolgedessen nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft beseitigt werden.<sup>42</sup>

#### bb) Rechtsfolge

Das hat zur Folge, dass eine Anfechtung gem. § 142 Abs. 1 BGB mangels anfechtbaren Rechtsgeschäfts ausscheidet. Somit haftet R gem. § 172 Abs. 2 BGB analog i.V.m. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB aufgrund des zurechenbar begründeten Rechtsscheins.

#### 3. Durchsetzbarkeit

Fraglich ist, ob die Forderung der B-Bank gegen R durchsetzbar ist.

#### a) Vorherige Inanspruchnahme der Z-GmbH?

Unsicher ist, ob eine Inanspruchnahme der R voraussetzt, dass die B-Bank die Z-GmbH zunächst in Anspruch nimmt. Es ist zu prüfen, ob sich eine solche Pflicht aus dem Gesetz ableiten lässt.

Haften mehrere Bürgen für eine Verbindlichkeit, hat dies grundsätzlich zur Folge, dass diese gem. § 769 BGB i.V.m. §§ 421 ff. BGB Gesamtschuldner sind. Es besteht zwischen den gleichrangig haftenden Bürgen eine Gleichstufigkeit<sup>43</sup>, sodass der Gläubiger im Außenverhältnis jeden Gesamtschuldner in voller Höhe in Anspruch nehmen kann.<sup>44</sup> Daraus folgt, dass zumindest in dem Fall, dass mehrere Bürgen gleichrangig für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners haften, keine Pflicht zu einer vorrangigen Inanspruchnahme von wirtschaftlich versierten bzw. unternehmerisch tätigen Bürgen besteht.

Problematisch ist, ob dies auch gilt, wenn neben einem Bürgen, hier der Z-GmbH, eine andere Person, hier R, infolge einer Rechtsscheinhaftung gem. § 172 Abs. 2 BGB analog für die gesicherte Verbindlichkeit einzustehen hat. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob in diesem Fall § 769 BGB analog anzuwenden ist.

Der Fall, dass neben einem Bürgen ein Dritter gem. § 172 Abs. 2 BGB analog haftet ist gesetzlich nicht geregelt. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass es sich hierbei nicht um eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung handelt. Folglich liegt eine planwidrige Regelungslücke vor.

Wird im Falle einer Blankobürgschaft durch § 172 Abs. 2 BGB analog eine Rechtsscheinhaftung dergestalt begründet, dass der Blankettaussteller so haftet, wie wenn dessen Willenserklärung wirksam abgegeben wurde<sup>45</sup>, führt dies dazu, dass auch der nach § 172 Abs. 2 BGB analog Haftende wie ein Bürge in Anspruch genommen werden können muss. Infolgedessen liegt eine vergleichbare Interessenlage vor.

<sup>42</sup> Leptien (Fn. 25), § 167 Rn. 22.

<sup>43</sup> Rohe, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 769 Rn. 3; Staudinger, in: Schulze, Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 769 Rn. 1.

<sup>44</sup> Habersack (Fn. 1), § 769 Rn. 1.

<sup>45</sup> BGH NJW 1996, 1467 (1469); Musielak, JA 2015, 161 (163).

<sup>40</sup> BGH NJW 1999, 2584 (2586).

<sup>41</sup> Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 59; Leptien (Fn. 25), § 167 Rn. 22.

Damit ist § 769 BGB analog anwendbar.<sup>46</sup> Das führt dazu, dass zwischen der Z-GmbH und R, welche bei formwirksamem Abschluss des Bürgschaftsvertrags wie die Z-GmbH selbstschuldnerisch als Bürgin haften würde, eine Gesamtschuld i.S.d. § 421 S. 1 BGB besteht. Infolgedessen kann die B-Bank – ohne vorherige Inanspruchnahme der Z-GmbH – R im Außenverhältnis in Anspruch nehmen, § 421 S. 1 BGB.

*b) Einrede der fehlenden Fälligkeit, § 768 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 271 Abs. 1 BGB*

Möglicherweise könnte R gem. § 768 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 271 Abs. 1 BGB die fehlende Fälligkeit der gesicherten Forderung der B-Bank gegen J geltend machen.

Dies setzt voraus, dass der Anspruch der B-Bank gegen J noch nicht fällig ist. Die B-Bank und J haben sich darüber geeinigt, dass das Darlehen nach einem Jahr nach Valutierung zurückzuzahlen ist. Das Darlehen wurde im Februar 2020 durch die B-Bank ausgezahlt. Das hat zur Folge, dass der Rückzahlungsanspruch zumindest zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme der R am 10.4.2021 fällig ist.

Somit kann sich R nicht auf die fehlende Fälligkeit der gesicherten Forderung gem. § 768 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 271 Abs. 1 BGB berufen.

*c) Einrede der Vorausklage, § 771 S. 1 BGB (analog)*

Der Durchsetzbarkeit der Forderung könnte jedoch die sog. Einrede der Vorausklage gem. § 771 S. 1 BGB (analog) entgegenstehen. Unabhängig davon, ob R die Einrede erhoben hat, könnte die Einrede aufgrund des vertraglichen Verzichts jedoch ausgeschlossen sein. Zwar findet § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB mangels wirksamen Zustandekommens des Bürgschaftsvertrags keine direkte Anwendung, allerdings muss sich im Rahmen der Rechtsscheinhaftung nach § 172 Abs. 2 BGB analog derjenige, gegen den der Rechtschein wirkt, so behandeln lassen, als wäre die nichtige Bürgschaftserklärung formwirksam abgegeben worden.<sup>47</sup> Das hat zur Folge, dass R auch den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage i.S.d. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB gegen sich gelten lassen muss. Folglich kann R die Einrede der Vorausklage nicht erheben.

*d) Zwischenergebnis*

Das hat zur Folge, dass die Forderung der B-Bank gegen R gem. § 172 Abs. 2 BGB analog i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen durchsetzbar ist.

#### IV. Ergebnis

Die B-Bank hat gegen R einen durchsetzbaren Anspruch auf Zahlung von 80.000 € nebst Zinsen gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 172 Abs. 2 BGB analog.

#### V. Gesamtergebnis zur Frage 1

Die B-Bank kann von R infolge der Rechtsscheinhaftung gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 172 Abs. 2 BGB analog Zahlung i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen verlangen.

#### Frage 2: Zahlungsanspruch der B-Bank gegen die Z-GmbH

##### I. Anspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. §§ 765 Abs. 1, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB

Die B-Bank könnte gegen die gem. § 13 Abs. 1 Hs. 1 GmbHG rechtsfähige Z-GmbH einen Anspruch gerichtet auf Zahlung von 80.000 € nebst Zinsen gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. §§ 765 Abs. 1, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB haben.

##### 1. Forderung der B-Bank gegen J

Ein Zahlungsanspruch der B-Bank gegen J gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen besteht (siehe oben).

##### 2. Bürgschaftsvertrag, § 765 Abs. 1 BGB

Zu prüfen ist, ob ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen der B-Bank und der gem. § 13 Abs. 1 Hs. 1 GmbHG rechtsfähigen Z-GmbH vorliegt.

##### a) Einigung

Die Z-GmbH, vertreten durch die Geschäftsführerin R (§ 164 Abs. 1, Abs. 3 BGB i.V.m. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG), und die B-Bank, vertreten durch M (§ 164 Abs. 1, Abs. 3 BGB i.V.m. § 167 Abs. 1 BGB), müssten sich über den Abschluss eines Bürgschaftsvertrags geeinigt haben.

Die Erklärung der R, die Z-GmbH wolle einen Bürgschaftsvertrag zu den gleichen Konditionen und mit demselben Betrag der Bürgschaft abschließen, wie sie es bereits für sich persönlich getan habe, ist gem. §§ 133, 157 BGB so auszulegen, dass die Z-GmbH der B-Bank ein Angebot (§ 145 BGB) über den Abschluss eines Bürgschaftsvertrags mit einer Bürgschaftssumme i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen machen wolle. Jenes Angebot wurde durch M in Vertretung der B-Bank (§ 164 Abs. 1, Abs. 3 BGB i.V.m. § 167 Abs. 1 BGB) entgegen- und angenommen, §§ 147 ff. BGB. Folglich liegt eine Einigung über den Abschluss eines Bürgschaftsvertrags zwischen der B-Bank und der Z-GmbH vor.

##### b) Formerfordernis, § 766 S. 1 BGB

Fraglich ist, ob der Vertrag formwirksam zustande gekommen ist.

##### aa) Nichtigkeit gem. § 766 S. 1 BGB i.V.m. § 125 S. 1 BGB

Die Bürgschaftserklärung der Z-GmbH könnte mangels Schriftform (§ 766 S. 1 BGB i.V.m. § 126 Abs. 1 BGB) gem. § 125 S. 1 BGB nichtig sein. Die Erklärung wurde durch die Geschäftsführerin R nur telefonisch abgegeben, sodass es an der Wahrung des Schriftformerfordernisses fehlt. Dies hat grundsätzlich zur Folge, dass der Vertrag gem. § 125 S. 1 BGB nichtig ist.

<sup>46</sup> Eine analoge Anwendung des § 769 BGB für den Fall des Zusammentreffens einer Bürgschaft und eines Schuldbeitritts annehmend, OLG Hamm BeckRS 2009, 13600.

<sup>47</sup> BGH NJW 1996, 1467 (1469); Musielak, JA 2015, 161 (163).

*bb) Ausnahme vom Schriftformerfordernis gem. § 350 HGB*

Etwas anderes gilt, wenn § 766 S. 1 BGB infolge des § 350 HGB nicht anwendbar ist. § 350 HGB ist nach dessen Wortlaut auf die Bürgschaftserklärung sachlich anwendbar. Daneben ist Voraussetzung, dass die Bürgschaft ein Handelsgeschäft i.S.d. § 343 HGB darstellt.<sup>48</sup> Eine GmbH ist gem. § 13 Abs. 3 GmbHG i.V.m. § 6 Abs. 2 HGB Formkaufmann<sup>49</sup>, sodass die Z-GmbH Kaufmann ist.

Problematisch ist, ob die Abgabe der Bürgschaftserklärung ein betriebszugehöriges Geschäft der Z-GmbH darstellt. Dies könnte vor dem Hintergrund, dass eine geschäftliche Beziehung zwischen J und der Z-GmbH nicht erkennbar ist, zweifelhaft sein. Zu beachten ist, dass es bei Personenhandels- und Kapitalgesellschaften keinen privaten Rechtsbereich gibt, sodass sämtliche von einer GmbH vorgenommene Außengeschäfte Handelsgeschäfte darstellen und folglich betriebsbezogen sind.<sup>50</sup> Infolgedessen ist das Geschäft der Z-GmbH betriebsbezogen i.S.d. § 343 HGB.

Somit liegt ein Handelsgeschäft i.S.d. § 343 HGB vor. Das hat zur Folge, dass § 350 HGB einschlägig ist, sodass die Formvorschrift des § 766 S. 1 BGB nicht anwendbar ist.

*c) Zwischenergebnis*

Es ist ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen der Z-GmbH und der B-Bank gem. §§ 765 Abs. 1, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB zustande gekommen.

*3. Nichtigkeit, § 142 Abs. 1 BGB*

Der Bürgschaftsvertrag könnte gem. § 142 Abs. 1 BGB ex tunc nichtig sein, wenn dieser wirksam angefochten wurde.

*a) Anfechtbares Rechtsgeschäft*

Der Bürgschaftsvertrag stellt ein anfechtbares Rechtsgeschäft i.S.d. § 142 Abs. 1 BGB dar.

*b) Anfechtungserklärung, § 143 Abs. 1 BGB*

Der Prokurist P hat gegenüber der B-Bank die Anfechtung des Bürgschaftsvertrags erklärt. Unsicher ist aber, ob diese Erklärung der Z-GmbH zugerechnet werden kann. Dies könnte sich aus § 164 Abs. 1 BGB i.V.m. § 48 HGB ergeben.

*aa) Eigene Erklärung in fremdem Namen*

P hat die Anfechtung für die Z-GmbH erklärt und damit eine eigene Willenserklärung in fremdem Namen abgegeben.

*bb) Vertretungsmacht*

P müsste mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Mangels anderweitiger Sachverhaltsangaben ist davon auszugehen, dass P die Prokura wirksam erteilt wurde (§ 48 Abs. 1 HGB). Unsicher ist, ob die Anfechtungserklärung vom Umfang der Prokura (§ 49 HGB) gedeckt ist. Die Abgabe der Anfechtungserklärung stellt kein Rechtsgeschäft i.S.d. § 49 Abs. 2 HGB dar. Fraglich ist, ob jene als Rechtshandlung im Zusammenhang mit dem Betrieb des Handelsgewerbes der Z-GmbH steht. Diesbezüglich ist – entsprechend der obigen Ausführungen – zu berücksichtigen, dass die Geschäfte von Handelsgesellschaften stets deren Handelsgewerbe zuzuordnen sind.<sup>51</sup> Folglich liegt auch hier eine Betriebszugehörigkeit vor. Das hat zur Folge, dass P mit Vertretungsmacht gehandelt hat.

Somit liegen die Voraussetzungen der § 164 Abs. 1 BGB i.V.m. § 48 HGB vor, sodass P in Vertretung der Z-GmbH wirksam eine Anfechtungserklärung i.S.d. § 143 Abs. 1 BGB gegenüber der B-Bank abgegeben hat.

*c) Anfechtungsgrund*

Als möglicher Anfechtungsgrund kommt allein ein Inhaltsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB in Betracht. Diesbezüglich ist zu prüfen, ob R bei der Abgabe der Bürgschaftserklärung einem rechtserheblichen Irrtum über den Inhalt ihrer Erklärung unterlag, welcher der Z-GmbH gem. § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen ist.

R hat in Vertretung der Z-GmbH gem. § 164 Abs. 1 BGB i.V.m. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG gegenüber der B-Bank erklärt, die Z-GmbH wolle eine Bürgschaft für die Verbindlichkeit der B-Bank gegen J zu den Konditionen, zu denen R persönlich eine Bürgschaft übernommen hat, stellen. Entsprechend der obigen Ausführungen durfte die B-Bank die Erklärung der R (in Vertretung der Z-GmbH gem. § 164 Abs. 1 BGB i.V.m. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG) so verstehen, dass die Z-GmbH eine Bürgschaft i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen übernehmen wolle.

Tatsächlich glaubte R zu erklären, dass sie in Vertretung der Z-GmbH deutlich macht, einen Bürgschaftsvertrag i.H.v. 40.000 € abschließen zu wollen. Folglich fällt der Bedeutungsgehalt der Erklärung, wie er durch die B-Bank verstanden werden durfte, und der eigentliche Wille der R auseinander.

Fraglich ist, ob es sich hierbei um einen nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB erfassten Irrtum handelt. Dies wäre nicht der Fall, wenn es sich um einen grundsätzlich<sup>52</sup> unbeachtlichen Motivirrtum handelt. Ein solcher stellt einen Irrtum bei der Willensbildung dar und ist gegeben, wenn der Erklärende bereits in dem der Willenserklärung vorgelagerten Stadium

<sup>48</sup> Hakenberg, in: Ebenroth u.a., Kommentar zum HGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 350 Rn. 10.

<sup>49</sup> Fest, in: Ebenroth u.a., Kommentar zum HGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 343 Rn. 27.

<sup>50</sup> OLG Köln BeckRS 1998, 11897 Rn. 5; Fest (Fn. 49), § 343 Rn. 49; anders BGH NJW 2011, 3435 (3436); BGH NZG 2009, 273 (274), der das Vorliegen einer Betriebszugehörigkeit bei einer GmbH mit der Vermutung des § 344 HGB begründet.

<sup>51</sup> Meyer, in: Beck'scher Online-Kommentar zum HGB, Stand: 15.4.2022, § 49 Rn. 2.

<sup>52</sup> Ein Motivirrtum kann ausnahmsweise zur Anfechtung berechtigen, so etwa im Falle des Eigenschaftsirrtums gem. § 119 Abs. 2 BGB oder bei letztwilligen Verfügungen gem. §§ 2078 Abs. 1, 2079, 2281 Abs. 1 BGB, siehe hierzu etwa, Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 41 Rn. 5.

der Willensbildung irrtümlich von einem falschen Umstand ausgeht, welcher für den Geschäftswillen bedeutsam ist.<sup>53</sup>

Das Auseinanderfallen von Erklärung und Wille ist Folge dessen, dass R bei der Erklärung der Übernahme einer persönlichen Bürgschaft der Fehlvorstellung unterlag, dass sie und die Z-GmbH jeweils nur i.H.v. 40.000 € haften sollen. Dieser Irrtum, welcher der Abgabe der Bürgschaftserklärung in Vertretung der Z-GmbH vorgelagert war, führte erst zum Auseinanderfallen des objektiven Bedeutungsgehalts der Erklärung und dem tatsächlichen Willen. Das bedeutet, die Fehlvorstellung der R ist allein daraus erwachsen, dass R glaubte, dass im Bürgschaftsvertrag zwischen der B-Bank und R eine Bürgschaftssumme von 40.000 € vereinbart wurde. Sie ging mithin im Rahmen der vorgelagerten Willensbildung von einem falschen Umstand aus, sodass ein unbeachtlicher Motivirrtum vorliegt.

Folglich ist kein Inhaltsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB gegeben.

*Anmerkung:* Eine a.A. ist gut vertretbar. Insoweit könnte insbesondere darauf abgestellt werden, dass die Fehlvorstellung der R gerade zum Zeitpunkt der Willenserklärung besteht. Dann müsste das Vorliegen eines Inhaltsirrtums gem. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB angenommen werden, sodass die fristgemäße Anfechtungserklärung zur ex-tunc-Nichtigkeit der Erklärung führen würde, § 142 Abs. 1 BGB.

#### d) Zwischenergebnis

Mangels Anfechtungsgrundes wurde der Bürgschaftsvertrag infolge der Erklärung des P nicht wirksam angefochten. Somit besteht ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen der B-Bank und der Z-GmbH i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen.

#### 4. Durchsetzbarkeit

Im Bürgschaftsvertrag hat die Z-GmbH mit der B-Bank vereinbart, als selbstschuldnerische Bürgin zu haften. Das hat zur Folge, dass gem. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) wirksam ausgeschlossen ist. Folglich ist die Forderung auch durchsetzbar.

## II. Ergebnis

Die B-Bank hat gegen die Z-GmbH einen durchsetzbaren Anspruch auf Zahlung von 80.000 € nebst Zinsen gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 765 Abs. 1 BGB.

---

<sup>53</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 45. Aufl. 2021, § 18 Rn. 11; Neuner (Fn. 52), § 41 Rn. 52.