

Zwischenprüfungsklausur: Freundschaft und Vertrauen treffen auf (Vertrags-)Grenzen

Prof. Dr. Katharina Uffmann, Sophie Bachem,
Eva Maria Beckmann, Jan Hüchtebrock, Felix Klocke, Bochum*

Sachverhalt

Teil 1

Der 17-jährige M ist leidenschaftlicher Rennradfahrer. Er hat in der Vergangenheit schon einige Räder bei Händler H erworben, weshalb dieser dem M am Freitag zur Probe das neueste Modell der Marke S mit ebenso neuer Schaltgruppe leiht. M könne das Rad über das Wochenende testen und solle es am kommenden Montag zurückbringen. Es handelt sich um einen Dienst für treue Kunden, denn das Rad hat einen Wert von 9.800 €.

M ist begeistert und fährt direkt am Samstag mit dem neuen Rad in ein nahegelegenes Cycle Café. Dort fällt er bei den anderen Anwesenden sofort auf. Die Begeisterung der anderen Rennradfahrer ist so groß, dass K, der M für den Eigentümer des Rades hält, dem M anbietet, ihm das Rad für 10.000 € abzukaufen. M weiß zwar, dass sein Vorgehen nicht richtig ist, wegen des in Aussicht stehenden Geldes nimmt er aber umgehend an. Schon am Sonntag bringt K dem M 10.000 € in bar und darf dafür das Rad mitnehmen.

Als M das Rad am Montag nicht wie vereinbart an H zurückgeben kann, ist dieser entsetzt. M gesteht ihm alles, woraufhin H von ihm die Herausgabe der 10.000 € verlangt. M sieht das nicht ein. Er ist allenfalls bereit, H 9.800 € zu geben.

Frage 1

Was kann H von M verlangen?

Teil 2

Der mittlerweile volljährige M möchte seine neue Wohnung einrichten. Da er ein großer Fan von Luxusmöbeln ist, aber hierfür nicht das erforderliche Geld hat, fragt er im Januar 2023 seinen vermögenden Freund T, ob er ihm 10.000 € leihen könne. Da T weiß, dass M immer wieder in finanzielle Nöte gerät, erwidert er, dass er ihm nur das Geld gebe, wenn jemand dafür aufkomme, falls M die 10.000 € doch nicht zurückzahlen könne. M fragt kurzerhand seine Freundin F, die erst vor kurzem sehr viel Geld geerbt hat, ob sie dem Wunsch des T nachkommen könne. Diese willigt schwer verliebt ein und sagt M, dass er gerne ein Schreiben für sie aufsetzen könne, in welcher sie sich für die Rückzahlung des Geldes in der entsprechenden Höhe verpflichtet und er dieses dann T übermitteln solle, da sie nun in den Urlaub fahren werde. M setzt das Schreiben im Namen der F auf, übergibt dies in der Folge-

* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Recht der Familienunternehmen an der Ruhr-Universität Bochum; Sophie Bachem, Eva Maria Beckmann, Jan Hüchtebrock und Felix Klocke sind (ehemalige) Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl.

zeit T und beide vereinbaren, dass T dem M 10.000 € gewährt. Im Februar 2023 überweist T dem M sodann das Geld und M gibt es sofort für neue Einrichtungsgegenstände aus. Dabei verliert er jedoch im Laufe der Monate das Interesse an einer neu erworbenen Designer Lampe und fragt T im Dezember 2023, ob er die Lampe für einen Freundschaftspreis von 800 € kaufen wolle. T gefällt die Lampe sehr und willigt ein. Den Kaufpreis wollen sie später mit den 10.000 € „verrechnen“.

In der Folgezeit erfährt T, dass die Lampe eigentlich nur 600 € kostet und fühlt sich von M als Freund hintergangen. Wutentbrannt schreibt er M am 2.1.2024 einen Brief, in welchem er ihn auffordert, ihm das Geld bis zum 8.4.2024 zurückzuzahlen. Den Brief übergibt er noch am selben Tag der F, welche er zufällig auf der Straße trifft, und bittet sie, M den Brief auszuhändigen, da F mittlerweile zu M in die Wohnung gezogen ist. F vergisst jedoch zunächst, den Brief an M auszuhändigen, und holt dies erst am 10.1.2024 nach.

Als T am 9.4.2024 immer noch nichts von M gehört hat, sucht er zunächst F auf und verlangt die 10.000 € heraus, da er der Meinung ist, dass er über F eher sein Geld wiedersieht. Diese erwidert, dass sie nicht zahlen werde, da sie von einer bekannten Jurastudentin gehört habe, dass der Vertrag, den M in ihrem Namen abgeschlossen habe, gar nicht wirksam sei und sie daher nichts mit der Sache zu tun habe.

Als er sich anschließend an M wendet, entgegnet ihm dieser, dass er noch gar nicht zahlen müsse und wenn, dann würde er ihm nur 9.200 € wegen der verkauften Lampe geben. T entgegnet, dass der Kauf nicht gültig sei, da er nicht wusste, dass die Lampe eigentlich nur 600 € kosten würde. Er besteht weiterhin auf die 10.000 €.

Frage 2

Hat T gegen M einen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 €?

Frage 3

Hat T gegen F einen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 €?

Bearbeitungsvermerk

Alle Fragen sind ggf. hilfsgutachtlich zu lösen. (Bearbeitungszeit: 180 Minuten)

Lösungsvorschlag

Frage 1: Was kann H von M verlangen?.....	1203
I. Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB	1203
1. Entgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten.....	1203
2. Wirksamkeit der Verfügung gegenüber dem Berechtigten	1203
a) Kraft Gesetzes.....	1203
aa) Berechtigter	1204
bb) Wirksame Verfügung gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB.....	1204
(1) Einigung und Übergabe.....	1204
(2) Übergabe.....	1204

(3) Verfügungsbefugnis und gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB	1204
(a) Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts und Legitimation kraft Rechtsschein	1205
(b) Kein Abhandenkommen	1205
(c) Keine Bösgläubigkeit	1205
(d) Zwischenergebnis	1206
b) Kraft Genehmigung	1206
c) Zwischenergebnis	1206
3. Umfang des Anspruchs	1206
II. Ergebnis	1207
Frage 2: Hat T gegen M einen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 €?	1207
I. Anspruch entstanden	1207
1. Wirksamer Darlehensvertrag, § 488 BGB	1207
2. Valutierung	1207
3. Fälligkeit	1207
a) Wirksame Kündigung durch T	1208
aa) Kündigungserklärung	1208
bb) Zugang	1208
b) Kündigungsfrist	1209
4. Zwischenergebnis	1209
II. Anspruch untergegangen	1209
1. Aufrechnungserklärung	1209
2. Aufrechnungslage	1210
a) Gegenseitigkeit	1210
aa) Hauptforderung	1210
bb) Gegenforderung	1210
(1) Kaufvertrag, § 433 BGB	1210
(2) Ex tunc Nichtigkeit wegen Anfechtung, § 142 Abs. 1 BGB	1210
(a) Anfechtungserklärung	1210
(b) Anfechtungsgrund	1211
cc) Zwischenergebnis	1211
b) Gleichartigkeit der Forderungen	1211
c) Fälligkeit der Gegenforderung, Erfüllbarkeit der Hauptforderung, Aufrechnungsverbot	1212

d) Zwischenergebnis.....	1212
III. Endergebnis	1212
Frage 3: Hat T gegen F einen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 €?.....	1212
I. Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB	1212
1. Wirksamer Bürgschaftsvertrag	1212
a) Angebot seitens der F (Bürgschaftserklärung)	1212
aa) Eigene Willenserklärung in fremdem Namen	1213
bb) Vertretungsmacht	1213
2. Zwischenergebnis	1214
II. Ergebnis	1214

Frage 1: Was kann H von M verlangen?

I. Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

H könnte gegen M einen Anspruch auf Zahlung von 10.000 € aus § 816 Abs. 1 BGB haben. Dafür müsste M als Nichtberechtigter unentgeltlich über einen Gegenstand verfügt haben und diese Verfügung gegenüber H als Berechtigten wirksam sein.

1. Entgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten

M müsste als Nichtberechtigter entgeltlich über einen Gegenstand verfügt haben. Die Verfügung ist jedes Rechtsgeschäft, das unmittelbar auf die Aufhebung, Übertragung, Belastung oder Veränderung eines bestehenden Rechts gerichtet ist.¹ Eine Verfügung ist entgeltlich, wenn der Erwerber eine Gegenleistung erbracht hat oder erbringen sollte.² M gab K das Rad mit. Er wollte ihm hiermit das Eigentum übertragen. Außerdem vereinbarten M und K einen Kaufpreis von 10.000 € als Gegenleistung. Es liegt also eine entgeltliche Verfügung vor. Diese müsste durch einen Nichtberechtigten getroffen worden sein. M war weder Eigentümer ohne Verfügungsbeschränkung, noch verfügungsberechtigter Nichteigentümer und somit Nichtberechtigter.³ M hat also als Nichtberechtigter über einen Gegenstand verfügt.

2. Wirksamkeit der Verfügung gegenüber dem Berechtigten

a) Kraft Gesetzes

Die Verfügung könnte dem Berechtigten gegenüber zunächst gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB kraft Gesetzes wirksam sein.

¹ Medicus/Petersen, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 12. Aufl. 2024, § 3 Rn. 13.

² Wendehorst, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 816 Rn. 9.

³ Vgl. Wendehorst, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 816 Rn. 10.

aa) Berechtigter

Ursprünglicher Eigentümer des Rennrads und somit Inhaber desjenigen Rechts, über das verfügt wurde, war H. Er ist Berechtigter i.S.d. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.⁴

bb) Wirksame Verfügung gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB

K könnte das Eigentum an dem Rad durch Verfügung des M gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB erworben haben.

(1) Einigung und Übergabe

Voraussetzung dafür ist zunächst eine Einigung darüber, dass das Eigentum übergehen soll. Diese Einigung ist ein Rechtsgeschäft⁵ und kommt durch zwei inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen zustande.⁶ In der Mitnahme des Rads durch K liegt eine konkludente, auf die Übereignung des Gegenstands gerichtete Erklärung.

Ebenso bringt M durch das Überlassen des Rads an K schlüssig seinen auf den Übergang des Eigentums gerichteten Willen zum Ausdruck. M ist als Minderjähriger allerdings gem. § 106 BGB nach Maßgabe der §§ 107–113 BGB in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt, sodass seine Erklärung nichtig sein könnte. Die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters ist gem. § 107 BGB jedoch bei einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, nicht erforderlich. M hat über einen Gegenstand verfügt, der nicht in seinem Eigentum stand. Aus dem Geschäft ist ihm weder ein rechtlicher Vorteil noch ein rechtlicher Nachteil erwachsen. Sein Vermögen blieb vielmehr unverändert. Obwohl diese Konstellation nicht vom Wortlaut des § 107 BGB umfasst ist, ist die Willenserklärung in einem solchen Fall des sog. neutralen Geschäfts trotzdem wirksam, da der Minderjährige hier ebenfalls nicht schutzbedürftig ist. Eine entsprechende Wertung hat der Gesetzgeber in § 165 BGB, wonach ein beschränkt Geschäftsfähiger Stellvertreter sein kann, ausdrücklich vorgenommen.⁷ Im Ergebnis liegen also zwei inhaltlich übereinstimmende, auf den Übergang des Eigentums an dem Fahrrad gerichtete Willenserklärungen, mithin eine dingliche Einigung vor.

(2) Übergabe

Dadurch, dass M dem K das Fahrrad überlassen hat, hat Veräußerer M jeden Besitz an der Sache aufgegeben, Erwerber K auf Veranlassung des Veräußerers unmittelbaren Eigenbesitz an der Sache erlangt und der Gewahrsam an der Sache ist gewechselt.⁸ Die Sache wurde übergeben.

(3) Verfügungsbefugnis und gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB

M war jedoch nicht berechtigt, über das Eigentum an dem Rennrad zu verfügen. K könnte aber dennoch gem. § 932 Abs. 1 S. 1 BGB im Wege des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten das Eigentum an dem Rad erlangt haben.

⁴ Vgl. *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 816 Rn. 11.

⁵ *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 23.

⁶ *H.-W. Eckert*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 145 Rn. 2.

⁷ Statt vieler *Spickhoff*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 107 Rn. 54; Uneinigkeit besteht darüber, ob § 107 BGB in diesem Fall teleologisch reduziert oder analog angewendet wird.

⁸ Vgl. *Klinck*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2024, § 929 Rn. 69; ob das Gewahrsam an der Sache wirklich wechseln muss, ist umstritten, gegen eine derartige Publizität *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 59 m.w.N.

(a) Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts und Legitimation kraft Rechtsschein

Die Verfügung des Nichtberechtigten M stellt ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts dar, da Veräußerer M und Erwerber K nicht nur formal, sondern auch wirtschaftlich personenverschieden waren.⁹ Indem M im Besitz des Rennrads war, war er als Verfügender kraft Rechtsschein legitimiert.¹⁰

(b) Kein Abhandenkommen

Ferner dürfte das Rad nicht gem. § 935 Abs. 1 BGB abhandengekommen sein. Dies setzt voraus, dass der unmittelbare Besitzer den Besitz ohne seinen Willen verloren hat.¹¹ H hat M das Rennrad freiwillig zum Zwecke einer Probefahrt überlassen. Zu diesem Zeitpunkt hatte M auch tatsächlich vor, das Rad nur für die Probefahrt zu verwenden. Eine etwaige Unfreiwilligkeit des Besitzverlustes aufgrund einer Täuschung über die wahren Absichten des M kommt also nicht in Betracht.¹² Das Rennrad ist also nicht gem. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB abhandengekommen.

(c) Keine Bösgläubigkeit

K dürfte zum Zeitpunkt des etwaigen Eigentumserwerbs nicht bösgläubig gewesen sein. Gem. § 932 Abs. 2 BGB ist der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. K hat M für den Eigentümer des Rads gehalten. Er war gemäß dem Wortlaut des § 932 Abs. 2 BGB gutgläubig. K würde also das Eigentum an dem Rennrad erwerben. Es ist jedoch zu beachten, dass K an die Eigentümerstellung des M glaubt, einen Umstand, der bei tatsächlichem Vorliegen dazu führen würde, dass die Übereignung kein neutrales Geschäft, sondern rechtlich nachteilhaft für M wäre, sodass dessen Erklärung mangels Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters gem. § 107 BGB nichtig wäre. Wenn der minderjährige M also tatsächlich der Eigentümer des Rads wäre, könnte K das Eigentum an diesem schon deshalb nicht erwerben. Teilweise werden die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb aus diesem Grund bei neutralen Geschäften derart teleologisch reduziert, dass das Eigentum nicht erworben werden kann. Die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb würden den Erwerber nur so stellen wollen, wie er bei Richtigkeit seiner Vorstellungen stünde. Der Schutz des bisherigen Eigentümers könne nicht hinter dem Schutz des Erwerbers, der auch bei Richtigkeit seiner Vorstellungen nicht hätte erwerben können, zurücktreten.¹³ Dem kann aber entgegengehalten werden, dass sich bei diesem Ansatz der Minderjährigenschutz nicht zugunsten des Minderjährigen, der hier nicht schutzbedürftig ist, sondern zugunsten des Eigentümers auswirken würde. Dies ist nicht der Zweck des Minderjährigenschutzes. Wie weit der Eigentümer im Falle der Veräußerung seines Eigentums durch einen Nichtberechtigten geschützt werden soll, ist vielmehr in den §§ 932 ff. BGB geregelt.¹⁴

⁹ Vgl. *Kindl*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 932 Rn. 3; a.A. *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 932 Rn. 36.

¹⁰ Vgl. BGH NJW 1971, 1453 (1454).

¹¹ RG BeckRS 1909, 100257; BGH NJW 2014, 1524 (1525) m.w.N.

¹² Auch bei einer solchen Täuschung würde die Freiwilligkeit nicht entfallen, siehe nur BGH NJW 2020, 3711.

¹³ *Medicus/Petersen*, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 12. Aufl. 2024, Rn. 542; *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 932 Rn. 11 verneint in diesen Fällen schon das Vorliegen eines neutralen Geschäfts.

¹⁴ *Duden*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2024, § 107 Rn. 87; *Spickhoff*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 107 Rn. 54; v. *Olshausen*, AcP 189 (1989), 223 (232 ff.).

(d) Zwischenergebnis

Ob hier ein Erwerb vom Nichtberechtigten nach § 932 Abs. 1 S. 1 BGB möglich ist, kann indes dahinstehen, wenn ein Eigentumserwerb kraft Genehmigung stattgefunden hat.

b) Kraft Genehmigung

Die Verfügung des nichtberechtigten M wird gem. § 185 Abs. 1 Var. 1 BGB wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt. Eine Genehmigung ist gem. § 184 Abs. 1 BGB die nachträgliche Zustimmung. Ausdrücklich liegt eine solche nicht vor. H hat jedoch von M die Herausgabe der 10.000 € verlangt, die M als Gegenleistung für die Übereignung des Rennrads erhalten hat. Gem. §§ 133, 157 BGB kann dies dahingehend verstanden werden, dass H damit die Verfügung genehmigen möchte, damit diese H gegenüber wirksam wird und das durch die Verfügung Erlangte gem. § 816 Abs. 1 S.1 BGB herausverlangt werden kann. Folglich liegt eine konkludente Genehmigung der Verfügung gem. § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB vor.

c) Zwischenergebnis

Die entgeltliche Verfügung über das Eigentum an dem Rennrad durch den nichtberechtigten M ist H gegenüber gem. § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB wirksam.

3. Umfang des Anspruchs

Fraglich ist, was genau mit dem „Erlangten“ gemeint ist, das H herausverlangen kann. Überwiegend wird darunter die Gegenleistung, die der Verfügende von dem Erwerber erhalten hat, verstanden.¹⁵ M hat von K als Gegenleistung für die Verfügung über das Eigentum an dem Rennrad 10.000 € erhalten. Dies könnte H nach der herrschenden Auffassung herausverlangen. Dafür streitet zum einen der Wortlaut des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB, der von dem „durch die Verfügung Erlangten“ und nicht etwa von dem „durch die Verfügung Erlangten Gegenstand“ spricht.¹⁶

Andere legen das „Erlangte“ i.S.d. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB dahingehend aus, dass nur der objektive Verkehrswert der Sache, über die verfügt wurde, herausverlangt werden kann.¹⁷ Das Rad hat einen Wert von 9.800 €. Diesen könnte H demnach herausverlangen. Begründet wird dies damit, dass der Veräußerer schließlich nur die Befreiung von der gegen ihn gerichteten Forderung durch seine Verfügung erlange. Da dieser Wert nicht herausgegeben werden könne, müsse der Verkäufer den Wert nach § 818 Abs. 2 BGB ersetzen. Dieser Wert bestimme sich nach dem objektiven Verkehrswert des Gegenstandes.¹⁸

Im Ergebnis überzeugt aber die erstgenannte Auffassung nicht zuletzt dadurch, dass demnach der über dem objektiven Wert liegende Mehrerlös der Veräußerung des Gegenstands als Teil der Gegenleistung herausverlangt werden kann. Zwar ist der höhere Kaufpreis regelmäßig auf die besondere Geschäftstüchtigkeit des Verfügenden zurückzuführen, jedoch handelt es sich dabei letztlich um die Verfügung über fremde Rechte, sodass es unbillig ist, diesen Erlös dem Veräußerer zuzusprechen.¹⁹

¹⁵ Statt vieler *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 816 Rn. 16.

¹⁶ BeckRS 1959, 31198289; *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 816 Rn. 17.

¹⁷ *Medicus/Petersen*, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 12. Aufl. 2024, Rn. 723; *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 816 Rn. 45.

¹⁸ *Medicus/Petersen*, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 12. Aufl. 2024, Rn. 723.

¹⁹ *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1975, S. 130.

Folglich kann H von M die Zahlung von 10.000 € als Herausgabe des Erlangten i.S.d. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB verlangen.²⁰

II. Ergebnis

H hat gegen M einen Anspruch auf Zahlung von 10.000 € gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.

Frage 2: Hat T gegen M einen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 €?

I. Anspruch entstanden

T könnte einen Anspruch gegen M auf Rückzahlung der 10.000 € aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB haben.

1. Wirksamer Darlehensvertrag, § 488 BGB

Dies setzt zunächst voraus, dass ein wirksamer Darlehensvertrag zwischen T und M geschlossen wurde. Ein Darlehensvertrag besteht als Konsensualvertrag²¹ aus zwei korrespondierenden Willenserklärungen, Angebot und Annahme (§§ 145 ff. BGB).²² Bei einem Darlehensvertrag ist hierfür gem. § 488 Abs. 1 BGB erforderlich, dass der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag zur Verfügung stellt und der Darlehensnehmer zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet ist. T und M haben sich auf die Auszahlung eines zinslosen Darlehens i.H.v. 10.000 € geeinigt. Ein wirksamer Darlehensvertrag liegt mithin vor.

2. Valutierung

Für den Anspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB müsste das Darlehen auch valuiert, ergo zur Verfügung gestellt worden sein.²³ Eingeschlossen sind dabei alle Formen der Auszahlung, wie etwa die Übergabe von Bargeld oder die Bereitstellung durch bargeldlosen Zahlungsverkehr.²⁴ Im vorliegenden Fall hat T dem M das Geld im Februar 2023 überwiesen. Damit wurde das Darlehen auch valuiert.

3. Fälligkeit

Schließlich müsste die Darlehensvaluta auch zur Rückzahlung fällig sein. Bei Darlehen mit bestimmter Laufzeit ist dies dann der Fall, wenn die Laufzeit zu Ende ist; anderenfalls, wenn eine der Vertrags-

²⁰ Wenngleich die überzeugenderen Argumente klar für die Auffassung der h.M. sprechen, spielt es zu diesem Zeitpunkt der Prüfung keine Rolle mehr, wenn Studierende mit überzeugender Argumentation eine andere Auffassung vertreten.

²¹ Die frühere Lehre vom sog. Realvertrag ist durch die Regelungen des § 488 BGB zum Darlehensvertrag überholt, vgl. *Berger*, in: *Jauernig, Kommentar zum BGB*, 19. Aufl. 2023, § 488 Rn. 5; zur früher vertretenen Realvertragstheorie *Milbert*, *AcP* 192 (1992), 447 (449).

²² Daher finden die allgemeinen Vorschriften der §§ 130 ff., 145 ff. BGB Anwendung. Ein Darlehensvertrag kann somit nicht nur durch ausdrückliche Willenserklärungen, sondern auch durch schlüssiges Verhalten, wie die Auszahlung und Nutzung der Darlehenssumme, zustande kommen, vgl. *K.P. Berger*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, § 488 Rn. 2.

²³ Diese Voraussetzung ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift („[...] das zur Verfügung gestellte Darlehen“), näher hierzu *K.P. Berger*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, § 488 Rn. 25 ff.

²⁴ *Rohe*, in: *BeckOK BGB*, Stand: 1.8.2024, § 488 Rn. 15; siehe auch *Begr. GE, BT-Drs.* 14/6040, S. 253.

parteien den Darlehensvertrag kündigt, § 488 Abs. 3 S. 1 BGB. Ein Laufzeitende wurde vorliegend nicht vereinbart, sodass die Fälligkeit von der Kündigung abhängt.

a) Wirksame Kündigung durch T

aa) Kündigungserklärung

Fraglich ist, ob T den Darlehensvertrag wirksam gekündigt hat. Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige, bedingungsfeindliche Willenserklärung.²⁵ Demnach kann sie auch stillschweigend erklärt werden, solange sich aus der Erklärung der Wille des Kündigenden ergibt, das Rechtsverhältnis zu beenden.²⁶ Hieraus folgt, dass für eine wirksame Kündigungserklärung das Verlangen einer Partei genügt, dass die Darlehenssumme nunmehr zurückgezahlt werden müsse.²⁷ T schrieb M einen Brief, in welchem er ihn auffordert, ihm das Geld bis zum 8.4.2024 zurückzuzahlen. Hieraus geht das Rückzahlungsverlangen des T eindeutig hervor. Eine entsprechende Kündigungserklärung liegt mithin vor.

bb) Zugang

Diese Kündigungserklärung müsste allerdings auch zugegangen sein, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Zugang einer Willenserklärung ist dann anzunehmen, wenn die Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass für den Empfänger unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht.²⁸ Unter Abwesenden gelangt die Willenserklärung in den Machtbereich des Adressaten, wenn sie dessen Empfangseinrichtung erreicht, der Brief etwa in den Briefkasten eingeworfen oder in das Postfach gelegt wird. Ausreichend ist auch, wenn die Erklärung auf andere Weise in den Machtbereich des Empfängers gelangt, etwa der Brief unter der Haustür in die Wohnung des Empfängers geschoben wird.²⁹

M wurde der Brief erst am 10.1.2023 durch F ausgehändigt. Ein zeitlich vorgelagerter Zugang läge nur dann vor, wenn F als Empfangsbotin des M anzusehen wäre, wodurch der Brief bereits mit der Übergabe an F in den Machtbereich des M gelangt wäre. Der Empfangsbote hat die Funktion einer personifizierten Empfangseinrichtung. Daher ist Zugang anzunehmen, wenn nach den gewöhnlichen Umständen mit der Weitergabe des Schriftstücks vom Empfangsboten an den Empfänger gerechnet werden kann.³⁰

Fraglich ist demgemäß, ob F als Empfangsbotin zu qualifizieren ist. Empfangsbote ist, wer entweder vom Empfänger zur Entgegennahme von Erklärungen ermächtigt worden ist oder wer nach der Verkehrsauffassung als ermächtigt anzusehen ist, Erklärungen mit Wirkung für den Erklärungsempfänger entgegenzunehmen und zur Übermittlung an den Empfänger geeignet und bereit ist.³¹ Im privaten Bereich ordnet die Verkehrsanschauung Eheleute,³² aber auch eingetragene Lebenspartner sowie die Beteiligten nichtehelicher und nichtpartnerschaftlicher Lebensgemeinschaften als

²⁵ Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 488 Rn. 27.

²⁶ BGH WM 1965, 767 (768).

²⁷ K.P. Berger, in: MüKo-BGB, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, § 488 Rn. 229; so auch OLG Dresden WM 2015, 1191 (1992).

²⁸ Vgl. Einsele, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 16.

²⁹ Vgl. Dörner, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 12. Aufl. 2024, § 130 Rn. 3 f.; BGH NJW 2003, 3270; ArbG Hagen DB 1976, 1159.

³⁰ Vgl. BGH NJW 1965, 965 (966); BGH NJW-RR 1989, 757 (758); BAG NJW 2011, 2604; vgl. auch Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2024, Rn. 285; Einsele, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 25.

³¹ Gomille, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2022, § 130 Rn. 104; Köhler, BGB, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2024, § 6 Rn. 16.

³² BGH NJW 1994, 2613 (2614).

wechselseitige Empfangsboten ein.³³ F ist als feste Partnerin von M, mit dem sie in einer häuslichen Lebensgemeinschaft lebt, als Empfangsbotin zu qualifizieren. Unter Zugrundelegung gewöhnlicher Umstände ist zudem davon auszugehen, dass F den ihr am 2.1.2024 ausgehändigten Brief spätestens am Folgetag an M übergeben würde. Somit ist die Kündigungserklärung M am 3.1.2024 zugegangen.

b) Kündigungsfrist

Darüber hinaus müsste T die gesetzlich vorgeschriebene Kündigungsfrist eingehalten haben. Gem. § 488 Abs. 3 S. 2 BGB beträgt die Kündigungsfrist drei Monate. Maßgeblich ist insoweit der Zugang der Kündigung.³⁴ Geht man demnach von einem Zugang am 3.1.2024 aus, beginnt die Frist am 4.1.2024 um 0:00 Uhr zu laufen, vgl. § 187 Abs. 1 BGB. Die Frist endet gem. § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB am 3.4.2024 um 24:00 Uhr. Damit ist das Rückforderungsverlangen ab dem 9.4.2024 fristgerecht.

4. Zwischenergebnis

Der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB ist entstanden.

II. Anspruch untergegangen

Damit der Anspruch fortbesteht, dürfte die Verbindlichkeit aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB nicht erloschen sein. Allerdings könnte der Anspruch durch eine Aufrechnung seitens M gem. § 389 BGB teilweise untergegangen sein. Die Aufrechnung wirkt gem. § 389 BGB rückwirkend auf den Zeitpunkt, zu dem die zur Aufrechnung gestellten Forderungen erstmals aufrechenbar einander gegenüberstanden.

1. Aufrechnungserklärung

Fraglich ist zunächst, ob M die Aufrechnung erklärt hat. Die Aufrechnung als einseitiges Rechtsgeschäft bedarf einer Aufrechnungserklärung, § 388 S. 1 BGB.³⁵ Dies ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die den Aufrechnungswillen des Erklärenden klar zum Ausdruck bringen muss.³⁶ Eine ausdrückliche Erklärung ist jedoch nicht erforderlich; auch das Wort „Aufrechnen“ muss nicht notwendig verwendet werden.³⁷ M erklärte gegenüber T eine „Verrechnung“ der Ansprüche. Dies ist nach §§ 133, 157 BGB anhand des maßgeblichen objektiven Empfängerhorizontes auszulegen und lässt den Aufrechnungswillen deutlich werden. Eine Aufrechnungserklärung liegt demnach vor.

³³ BAG NJW 2011, 2604; BAG NJW 2011, 2604 f. Dies wird mit der Lebenserfahrung begründet, dass in der Regel davon auszugehen ist, dass eine für einen Ehepartner bestimmte Erklärung durch die Übergabe an den anderen Partner in dessen Macht- und Zugriffsbereich gelangt, sodass dieser Kenntnis davon nehmen kann, vgl. auch *Gomille*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2022, § 130 Rn. 106.

³⁴ Vgl. *Rohe*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 488 Rn. 35 f.; *K.P. Berger*, in: MüKo-BGB, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, § 488 Rn. 222.

³⁵ Die Aufrechnungserklärung ist als empfangsbedürftige Willenserklärung ein einseitiges Rechtsgeschäft mit rechtsgestaltender Wirkung und bedingungsfeindlich, vgl. § 388 Abs. 1 S. 2 BGB, hierzu *Stürmer*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 388 Rn. 1; *Schlüter*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 388 Rn. 3.

³⁶ Vgl. *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 388 Rn. 1. Der Wirksamkeit steht auch nicht entgegen, dass F die Aufrechnung mündlich erklärt hat, da die Aufrechnungserklärung grundsätzlich an keine Form gebunden ist, vgl. *Skamel*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2024, § 388 Rn. 8.

³⁷ Vgl. *Schlüter*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 388 Rn. 1 ff.

2. Aufrechnungslage

Zudem müsste eine Aufrechnungslage bestanden haben. Eine Aufrechnungslage ist gem. § 387 BGB gegeben, wenn zwei Personen einander Leistungen schulden (Gegenseitigkeit), die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind (Gleichartigkeit) und der Aufrechnende die ihm gebührende Leistung fordern (fällige und durchsetzbare Gegenforderung) und die ihm obliegende Leistung bewirken kann (erfüllbare Hauptforderung).

a) Gegenseitigkeit

Zunächst gilt also zu prüfen, ob gegenseitige Forderungen von T und M bestehen. Gegenseitigkeit der Forderungen bedeutet, dass sich die Parteien wechselseitig als Gläubiger und Schuldner gegenüberstehen.³⁸

aa) Hauptforderung

Es bestand – wie oben gezeigt – ein Anspruch auf Rückzahlung eines Darlehens des T gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB als Hauptforderung.

bb) Gegenforderung

(1) Kaufvertrag, § 433 BGB

Darüber hinaus müsste M auch eine Gegenforderung, mit der gegen die Hauptforderung aufgerechnet werden soll, zustehen. In Betracht kommt hierfür ausschließlich ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung gem. § 433 Abs. 2 Alt. 1 BGB. Dafür müssten sich die Parteien wirksam auf den Abschluss eines Kaufvertrages über die Lampe zu einem Kaufpreis von 800 € geeinigt haben. Voraussetzung für das Zustandekommen eines Kaufvertrages ist auch hier eine Einigung; ergo müssten zwei kongruente Willenserklärungen, Angebot und Annahme, §§ 145 ff. BGB, vorliegen.³⁹ Ein Angebot des M ergibt sich aus seiner an T gerichteten Frage im Dezember 2023, ob dieser die Lampe für einen Freundschaftspreis von 800 € kaufen wolle. Dieses Angebot hat T durch seine Mitteilung angenommen, dass ihm die Lampe sehr gefalle und er damit einverstanden sei.⁴⁰

(2) Ex-tunc-Nichtigkeit wegen Anfechtung, § 142 Abs. 1 BGB

T könnte den Vertragsschluss jedoch wirksam mit der Rechtsfolge angefochten haben, dass dieser als von Anfang an (ex tunc) nichtig anzusehen ist, § 142 Abs. 1 BGB.

(a) Anfechtungserklärung

Dafür müsste T die Anfechtung erklärt haben. Gem. § 143 Abs. 1 BGB erfolgt die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Auch insoweit gelten die allgemeinen Auslegungsregeln für

³⁸ Schlüter, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 387 Rn. 6; Stürner, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 387 Rn. 3 ff.

³⁹ Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 433 Rn. 3 f.

⁴⁰ Da an dieser Stelle der Schwerpunkt zweifellos nicht auf der Problematik des Zugangs gerichtet ist, wäre es nicht zuträglich, im Einzelnen auf die Abgabe und den Zugang der Willenserklärung einzugehen. Auch eine eingehendere Auseinandersetzung mit den Willenserklärungen von Angebot und Annahme war an dieser Stelle nicht erforderlich; gleichwohl wäre sie nicht negativ bewertet worden.

Willenserklärungen.⁴¹ Die Anfechtungserklärung muss auf Grund ihres objektiven Erklärungswerts erkennen lassen, dass der Anfechtungsberechtigte seine vorangehende Erklärung nicht gelten lassen will.⁴² Es ist unerheblich, ob der Begriff „anfechten“ verwendet wird. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die Willenserklärung in unmissverständlicher Weise erkennen lässt, dass ein Rechtsgeschäft aufgrund eines Fehlers, insbesondere eines Willensmangels, aufgehoben werden soll.⁴³ In der vorliegenden Konstellation führt T aus, dass der Kaufvertrag nicht gültig sei, da er nicht wusste, dass die Lampe tatsächlich nur 600 € kosten würde. Aus diesen Worten geht unmissverständlich hervor, dass er seine vorangehende Erklärung nicht gelten lassen will. Eine Anfechtungserklärung liegt mithin vor.

(b) Anfechtungsgrund

Weiterhin bedarf es eines tauglichen Anfechtungsgrundes. In Betracht kommt vorliegend ein Eigenschaftsirrthum gem. § 119 Abs. 2 BGB. Danach gilt als Irrtum über den Inhalt der Erklärung auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.⁴⁴ Verkehrswesentliche Eigenschaften eines Gegenstands sind gegenwärtige, prägende Merkmale tatsächlicher oder rechtlicher Art, die in der Person oder dem Gegenstand selbst begründet sind und eine gewisse Beständigkeit aufweisen.⁴⁵ Keine Eigenschaft hingegen ist der Preis (Wert); er enthält lediglich ein Werturteil, das auf Eigenschaften beruht.⁴⁶ Hier irrte der T indes über den Preis. Ein Anfechtungsgrund liegt mithin nicht vor.

cc) Zwischenergebnis

Der Kaufvertrag wurde mangels eines tauglichen Anfechtungsgrundes nicht angefochten; er besteht mithin fort. Damit stehen sich gegenseitige Forderungen in Gestalt eines Rückzahlungsanspruchs aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB (Hauptforderung) sowie einer Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 Alt. 1 BGB (Gegenforderung) gegenüber.

b) Gleichartigkeit der Forderungen

Weiterhin müssten die Forderungen auch gleichartig sein. Gleichartig sind die Forderungen, wenn der Leistungsgegenstand gleichartig ist.⁴⁷ Beide Forderungen sind auf die Zahlung einer Geldsumme gerichtet und somit gleichartig. Dabei ist unerheblich, dass die Geldsummen unterschiedlich hoch sind; dies gilt es einzig auf Rechtsfolgenseite zu berücksichtigen, vgl. § 389 BGB („soweit sie sich decken“).

⁴¹ Siehe hierzu oben unter II. 1. zur Aufrechnungserklärung; eingehend auch BGH NJW 1984, 2279 m. Anm. *Canaris*.

⁴² *Busche*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 143 Rn. 3.

⁴³ OLG Düsseldorf NJW-RR 2016, 1073 f.; BGH NJW 1984, 2279; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 41 Rn. 13; *Busche*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 143 Rn. 3.

⁴⁴ Es handelt sich insoweit um einen ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtum, vgl. *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 119 Rn. 23; *Lieder/Berneith*, JuS 2016, 673 (678).

⁴⁵ *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 119 Rn. 13. Ein Beispiel ist etwa das Alter eines Gebrauchtwagens oder Mähdreschers, vgl. BGHZ 78, 221; OLG Stuttgart NJW 1989, 2547.

⁴⁶ BGH BB 1963, 285.

⁴⁷ *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 387 Rn. 27 f.; *Stürner*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 387 Rn. 6.

c) Fälligkeit der Gegenforderung, Erfüllbarkeit der Hauptforderung, Aufrechnungsverbot

Die Gegenforderung von M ist auch gem. § 271 Abs. 1 Alt. 1 BGB fällig und die Hauptforderung von T gem. § 271 Abs. 1 Alt. 2 BGB erfüllbar, § 387 BGB a.E. Ein Aufrechnungsausschluss⁴⁸ ist zudem nicht ersichtlich.

d) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen der Aufrechnungslage liegen vor. Die Aufrechnung führt zum Erlöschen der Forderungen im Zeitpunkt der Entstehung der Aufrechnungslage. Die Forderungen erlöschen, soweit sie sich decken, § 389 BGB. Der Rückzahlungsanspruch i.H.v. 10.000 € ist damit durch Aufrechnung i.H.v. 800 € untergegangen.

III. Endergebnis

T hat gegen M einen Anspruch auf Rückzahlung i.H.v. 9.200 € aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB.

Frage 3: Hat T gegen F einen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 €?

I. Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB

T könnte gegen F einen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 € aus § 765 Abs. 1 BGB haben.

1. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

Voraussetzung dafür ist, dass zwischen T als Gläubiger der Hauptforderung und F als Bürgin ein wirksamer Bürgschaftsvertrag gem. § 765 Abs. 1 BGB besteht.⁴⁹

a) Angebot seitens der F (Bürgschaftserklärung)

Das durch M im Namen der F aufgesetzte Schreiben könnte ein Angebot gem. § 145 BGB darstellen. Dieses Schreiben enthält alle vertragswesentlichen Bestandteile eines Bürgschaftsvertrags und ist demnach ohne durch bloße Zustimmung annahmefähig.⁵⁰

F hat allerdings nicht selbst gehandelt. Das Schreiben wurde vielmehr durch M aufgesetzt. Die Erklärung könnte aber gem. § 164 Abs 1 S. 1 BGB für und gegen die F gelten.

⁴⁸ So begründet etwa § 392 BGB ein Aufrechnungshindernis bezüglich der beschlagnahmten Hauptforderung. Unter „Beschlagnahme“ ist die Pfändung einer Forderung durch einen Dritten zu verstehen. § 393 BGB schafft ein Aufrechnungshindernis hinsichtlich einer Forderung, die aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung resultiert. Diese Regelung dient dem Zweck, eine Privatrache gegenüber einem zahlungsunfähigen Schuldner zu verhindern. Von Bedeutung ist hierbei, dass ausschließlich vorsätzliches und nicht grob fahrlässiges Verhalten erfasst wird. Darüber hinaus bleibt eine Aufrechnung mit einer deliktischen Forderung grundsätzlich stets möglich, hierzu eingehend *Schlüter*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 393 Rn. 1 ff.

⁴⁹ Ein Bürgschaftsvertrag kann etwa auch gem. § 328 Abs. 1 BGB zwischen dem Bürgen und dem Schuldner der Hauptforderung zugunsten des Gläubigers geschlossen werden, *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 765 Rn. 12; vorliegend ist ein dahingehender Wille der Parteien aber nicht ersichtlich, §§ 133, 157 BGB.

⁵⁰ *H.-W. Eckert*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 145 Rn. 34; *Busche*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 145 Rn. 6.

aa) Eigene Willenserklärung in fremdem Namen

M hat das Schreiben im Namen der F aufgesetzt und somit eine eigene Willenserklärung in fremdem Namen abgegeben.

bb) Vertretungsmacht

M müsste die Erklärung innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht abgegeben haben.

Dafür müsste M zunächst überhaupt Vertretungsmacht innegehabt haben. Indem F dem M sagt, er könne gerne ein Schreiben für sie aufsetzen, hat sie ihm mündlich durch Rechtsgeschäft die Vertretungsmacht gem. § 167 Abs. 1 BGB erteilt. M handelte im Rahmen dieser Vertretungsmacht.

Die Vollmacht könnte aber gem. § 125 S. 1 BGB als Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig sein. Gem. § 766 S. 1 BGB bedarf die Bürgschaftserklärung als solche zwar der Schriftform. Die Erteilung der Vollmacht bedarf hingegen gem. § 167 Abs. 2 BGB nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Dem Wortlaut des Gesetzes nach, wäre die M von der F mündlich erteilte Vollmacht zur (schriftlichen) Abgabe einer Bürgschaftserklärung also wirksam. Dieses Ergebnis erscheint jedoch unbillig. § 766 S. 1 BGB hat den Zweck, dem Bürgen Inhalt und Umfang seiner Haftung vor Augen zu führen. Der bezweckte Schutz des Bürgen würde ins Leere laufen, wenn es möglich wäre, dass der Bürge formlos die Vollmacht zur Abgabe der Bürgschaftserklärung ausstellen könnte.⁵¹ Aus diesem Grund bedarf auch die Erteilung der auf die Abgabe einer Bürgschaftserklärung gerichteten Vollmacht der Schriftform gem. § 766 S. 1 BGB.⁵²

Zum Teil wird hierzu indes einschränkend vertreten, dies solle nur dann gelten, wenn die Vollmacht unwiderruflich erteilt worden sei.⁵³ Im Einklang mit den zur Vollmachtserteilung bei Grundstücksgeschäften entwickelten Grundsätzen⁵⁴ sei daher auch im Hinblick auf die Verbürgung die Vollmachtserteilung nur dann als formbedürftig anzusehen, wenn mit ihr bereits eine endgültige Bindungswirkung für den Bürgen einhergeht. Dies sei nur der Fall, wenn die Vollmacht unwiderruflich erteilt werde.⁵⁵

Dem kann indes nicht gefolgt werden. Einerseits kann der Vollmachtgeber regelmäßig nicht abschätzen, ob sein Widerruf auch rechtzeitig vor der Ausübung der Vollmacht erfolgt.⁵⁶ Zum anderen würde der Zweck der Schutzvorschrift des § 766 BGB, dem Bürgen Inhalt und Umfang seiner Haftung deutlich vor Augen zu führen, ausgehöhlt, wenn man es ausreichen ließe, dass der Bürge – insbesondere Hauptschuldner oder Gläubiger – mündlich ermächtigt. Ließe man die uneingeschränkte Geltung des § 167 Abs. 2 BGB im Fall einer (lediglich) widerruflich erteilten Vollmacht zu, könnte die gesetzliche Formvorschrift ihre Warnaufgabe dem Bürgen gegenüber nicht erfüllen. Demnach ist die vorliegende, mündlich erteilte Vollmacht wegen Ermangelung der gesetzlich vorgeschriebenen Form gem. § 125 S. 1 BGB nichtig.⁵⁷

⁵¹ Habersack, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 766 Rn. 21.

⁵² BGH NJW 1996, 1467 (1468); Habersack, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 766 Rn. 21 m.w.N.

⁵³ Eine generelle Formbedürftigkeit ablehnend Keim, NJW 1996, 2774 (2775); ebenfalls einschränkend Gröschler, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 19, 14. Aufl. 2024, § 766 Rn. 23.

⁵⁴ Vgl. hierzu die Rechtsprechung zu § 311b Abs. 1 S. 1 BGB (BGH NJW 1952, 1210 [1211]; BGH NJW 1979, 2306 f.), wonach dieses Formgebot nur bei unwiderruflicher Vollmacht Anwendung findet.

⁵⁵ Rösler, NJW 1999, 1150 (1952); Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 167 Rn. 29; Gröschler, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 19, 14. Aufl. 2024, § 766 Rn. 23.

⁵⁶ Madaus, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.5.2024, § 766 Rn. 20.

⁵⁷ Sollten Studierende bei § 167 Abs. 2 BGB verbleiben, müssten sie weiterprüfen und § 138 Abs. 1 BGB wegen einer Angehörigenbürgschaft anprüfen, aber ablehnen, da F viel Geld geerbt hat und deswegen keine krasse finanzielle Überforderung des Bürgen zu erkennen ist (vgl. BGH NJW 1994, 1278). Weiter müsste das Bestehen

M hat somit ohne Vertretungsmacht gehandelt. Gem. § 177 Abs. 1 BGB hängt die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab. Der Vertrag ist mithin schwebend unwirksam. Als T sich an F wendet und von ihr die Rückzahlung der 10.000 € verlangt, erwidert diese mit Verweis auf die Unwirksamkeit der Bürgschaftsvertrags, dass sie nicht zahlen werde. Gem. §§ 133, 157 BGB kann dies als Verweigerung der Genehmigung ausgelegt werden, da dies die Unwirksamkeit des Vertrags herbeiführt. Der Bürgschaftsvertrag ist also endgültig unwirksam.

2. Zwischenergebnis

Zwischen T und F besteht kein Bürgschaftsvertrag gem. § 765 Abs. 1 BGB.

II. Ergebnis

T hat gegen F keinen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000€ aus § 765 Abs. 1 BGB.

der Verbindlichkeit aus dem Darlehensvertrag schon hier geprüft werden und die Aufrechnung über § 770 Abs. 2 BGB angesprochen werden; danach muss die Einrede der Vorausklage gem. § 771 S. 1 BGB angenommen werden, welche der Durchsetzbarkeit des Anspruchs entgegensteht.