

# BGB

# Allgemeiner Teil

von

Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit

und

Prof. Dr. Carsten Herresthal

4. Auflage 2021



## C. Fall 5: „Lückenbüßer“

Themenkreis: *Blankett; Form der Vollmacht; Rechtsschein*

### Sachverhalt

Der Landwirt *Sepp Schlauderer* (S) entschließt sich im Herbst 2018 nach Überprüfung seiner Finanzlage, einen neuen Mähdrescher anzuschaffen. Beim Landmaschinenhändler *Günther Glöckl* (G) wird er Anfang Oktober 2018 fündig. Das von S ausgesuchte Modell „Erntedank“ ist mit der gewünschten Sonderausstattung allerdings erst im Frühjahr 2019 lieferbar. S vereinbart mit G, dass der Kaufvertrag abgeschlossen werden soll, sobald die Kosten der Sonderausstattung feststehen. Darüber hinaus kommen die Parteien überein, dass der Kaufpreis zunächst gestundet werden und S deswegen als Sicherheit einen Bürgen beibringen soll.

S gewinnt seinen gut situierten Onkel *Balthasar Bartmann* (B) als Bürgen; jedoch will B alsbald zu einer längeren Auslandsreise aufbrechen. Da G den Kaufpreis noch nicht benennen kann, unterschreibt B am 12.10.2018 zwar die „Erklärung über eine selbstschuldnerische Bürgschaft“ für die Kaufpreisforderung des G gegen den S, lässt dabei aber die Höhe der verbürgten Verbindlichkeit offen. Die Urkunde händigt er seinem verlässlichen Freund *Fridolin Fuchs* (F) aus. F soll die Urkunde durch Eintragung der Bürgschaftssumme vervollständigen und sodann dem G aushändigen. B weist den F an, dass die Bürgschaft keinesfalls EUR 140.000,- übersteigen darf.

Nachdem G die endgültigen Kosten der Sonderausstattung in Erfahrung gebracht hat, schließen S und G am 28.10.2018 einen Kaufvertrag über das Modell „Erntedank“ einschließlich einer näher bezeichneten Sonderausstattung zum Gesamtpreis von EUR 125.000,-. An diesem Termin zur Unterzeichnung des Vertrages nimmt auch F teil. Dem vereinbarten Kaufpreis entsprechend vervollständigt F im Beisein des G die von B vorbereitete Bürgschaftsurkunde, indem er als Höhe der zu verbürgenden Verbindlichkeit EUR 125.000,- einträgt.

Die Lieferung des Mähdreschers an S erfolgt am 15.6.2019. Aufgrund eines Wasserschadens in seinem Wohnhaus hat S die für den Mähdrescher vorgesehenen Finanzmittel bereits aufgebraucht, so dass es ihm nicht möglich ist, die Maschine zu bezahlen. G ist an einer Rücknahme der Maschine nicht interessiert und wendet sich daher an B.

**Bearbeitervermerk:** Kann G von B Zahlung von EUR 125.000,- verlangen?

## Lösung zu Fall 5

## Prüfungsstruktur

	Rn.
A. Anspruch des G gegen B auf Zahlung von EUR 125.000 aus § 765 I BGB .....	381
I. Bestand der Hauptforderung .....	381
II. Wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen G und B .....	382
1. Handeln des F als Bote .....	383
2. Handeln des F als Stellvertreter .....	384
3. Entsprechende Anwendung des Stellvertretungsrechts auf die Blankettausfüllung .....	384
a) Dogmatische Einordnung des Blanketts .....	385
b) Wirksame Ausfüllungsermächtigung .....	386
aa) Wortlautgetreue Anwendung des § 167 II BGB .....	387
bb) Teleologische Reduktion des § 167 II BGB nach den zu § 311b I BGB entwickelten Grundsätzen (fallgruppenspezifischer Formzwang) .....	388
cc) Die Position des BGH .....	390
dd) Wahrung der Formanforderungen an die Ausfüllungsermächtigung durch ein Blankett .....	394
c) Überwindung der fehlenden Ausfüllungsermächtigung nach Rechtscheingrundsätzen bzw. entsprechend § 172 II BGB .....	396
d) Ausschluss der Berufung auf die Formunwirksamkeit nach § 242 BGB .....	399
4. Zwischenergebnis: Unwirksamkeit des Bürgschaftsvertrags (§§ 177, 184 BGB) .....	400
B. Anspruch des G gegen B auf Zahlung von EUR 125.000 aus §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 1 BGB (c.i.c.) .....	401
C. Gesamtergebnis .....	401

## 381 A. Anspruch des G gegen B auf Zahlung von EUR 125.000 aus § 765 I BGB

Der Anspruch des G gegen B auf Zahlung von EUR 125.000 aus § 765 I BGB besteht, wenn zwischen G und B ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande gekommen ist und die zu sichernde Hauptschuld in dieser Höhe besteht (§ 767 I 1 BGB).

## I. Bestand der Hauptforderung

Die Hauptschuld besteht hier in der genau bezeichneten Kaufpreisforderung des G gegenüber S in Höhe von EUR 125.000.

## 382 II. Wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen G und B

Die von B unterschriebene und von F ausgefüllte Urkunde erfüllt die Anforderungen an eine auf die Übernahme einer entsprechenden Bürgschaft gerichtete **Willenserklärung**.<sup>187</sup> Dieses Angebot hat G konkludent mit der Entgegennahme der Urkunde angenommen. Auch die Anforderungen an die Schriftform (§ 766 S. 1, 2 und § 126 BGB) sind – was das äußere Erscheinungsbild der Bürgschaftsurkunde angeht – erfüllt.

Zweifelhaft im Rahmen des Vertragsschlusses ist lediglich, ob die Bürgschaftserklärung dem B auch **zurechenbar** ist. B hat nämlich das Bürgschaftsformular zu einem Zeitpunkt unterschrieben, als dieses noch nicht vollständig ausgefüllt war, und damit eine **Blankounterschrift** geleistet. Das Formular wurde erst später durch seinen Freund F vervollständigt. Wirken Dritte bei der Abgabe von Willenserklärungen mit, so kommen grundsätzlich als Zurechnungsgrundlage die Institute der Botenschaft und der Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) in Betracht.<sup>188</sup>

<sup>187</sup> Vgl. dazu Fall 3 „Irrungen und Wirrungen“ (→ Rn. 219 ff.); allg. zum Bürgschaftsvertrag Eckpfeiler/Herresthal I. 98 ff.

<sup>188</sup> Vgl. Medicus/Petersen AT Rn. 882 ff. (Stellvertretung) und Rn. 885 ff. (Botenschaft); zur Abgrenzung vgl. MüKoBGB/Schubert Vor § 164 Rn. 71 f.; Neuner AT § 49 Rn. 13 ff.

## 1. Handeln des F als Bote 383

Kennzeichnend für die Botenschaft ist, dass der Bote keine eigene Willenserklärung abgibt, sondern die **inhaltlich vollständige Willenserklärung des Geschäftsherrn übermitteln**.<sup>189</sup> Aus Sicht des G übermittelte der F indessen keine inhaltlich vollständige Willenserklärung des B, sondern vervollständigte diese (insbesondere um die Höhe der gesicherten Hauptschuld), indem er selbst das Blankett ausfüllte. F ist daher nicht als Bote des B aufgetreten.

## 2. Handeln des F als Stellvertreter 384

Für die Stellvertretung ist charakteristisch, dass der Vertreter eine **eigene Willenserklärung im Namen des Geschäftsherrn** abgibt (§ 164 I BGB). Vorliegend gab F aber keine eigene Willenserklärung im Namen des B ab, sondern er vervollständigte nur dessen bislang unvollständige Erklärung. Damit scheidet eine direkte Anwendung der §§ 164 ff. BGB aus.

## 3. Entsprechende Anwendung des Stellvertretungsrechts auf die Blankettausfüllung

Möglicherweise kommt jedoch eine entsprechende Anwendung des Stellvertretungsrechts auf die Vervollständigung einer fremden Blanketterklärung in Betracht.<sup>190</sup>

### a) Dogmatische Einordnung des Blanketts 385

Man spricht von einem Blankett, wenn eine Urkunde vom **Aussteller unterschrieben, im Übrigen aber absichtlich unvollständig** gelassen worden ist und die Urkunde später durch den Blankettnehmer vervollständigt werden soll.<sup>191</sup> Das Blankett ist im BGB nicht geregelt, seine Zulässigkeit ist aber allgemein anerkannt. Sie folgt aus der Zulässigkeit der Stellvertretung.<sup>192</sup> Wenn es schon zulässig ist, einen anderen zur Abgabe einer eigenen Willenserklärung in fremdem Namen zu bevollmächtigen, so muss es erst recht möglich sein, einen anderen lediglich zur Ergänzung einer unvollständigen Erklärung zu ermächtigen.

Auch für die dogmatische Einordnung des Blanketts ist die **Parallele zum Stellvertretungsrecht** ausschlaggebend. Gerade im vorliegenden Fall der Vervollständigung einer Urkunde in Gegenwart des Adressaten („offenes Blankett“) steht die dem Blankettnehmer eingeräumte Befugnis zur Vervollständigung der Urkunde der Stellvertretung nahe, da dieser aufgrund rechtsgeschäftlicher Ermächtigung sowie unter Offenlegung des Fremdbezugs rechtsgeschäftliche Wirkungen zwischen dem Aussteller und einem Dritten begründet.<sup>193</sup> Demnach geht auch die h.M. davon aus, dass auf die Ermächtigung eines Dritten zur Vervollständigung einer noch unvollständigen Erklärung das **Recht der Stellvertretung analoge Anwendung** findet.<sup>194</sup>

### b) Wirksame Ausfüllungsermächtigung 386

Aus der analogen Anwendung des Stellvertretungsrechts auf das Blankett folgt, dass F analog dem Erfordernis wirksamer Vertretungsmacht (§ 164 I BGB) das Blankett ebenfalls mit entsprechender Ermächtigung durch B ausgefüllt haben muss (Ausfüllungsermächtigung). Nach dem Sachverhalt hat B den F zwar zur Ergänzung des Blanketts ermächtigt (analog § 167 I Alt. 1 BGB). Diese mündliche Ermächtigung könnte jedoch nach §§ 125 S. 1, 766 S. 1 BGB wegen eines **Formverstößes** nichtig sein.

<sup>189</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger* BGB Einf. v. § 164 Rn. 11; *Neuner* AT § 49 Rn. 13.

<sup>190</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger* BGB Einf. v. § 164 Rn. 13; *Keim* NJW 1996, 2774.

<sup>191</sup> Vgl. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, 54.

<sup>192</sup> Vgl. *Flume* AT II § 15 II 1 d.

<sup>193</sup> Vgl. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 56; *Keim* NJW 1996, 2774.

<sup>194</sup> *Neuner* AT § 50 Rn. 100f.; *Flume* AT II § 23 2 c; *Müller* AcP 181 (1981), 515 (522); für eine ausführliche deskriptive Darstellung jüngerer Datums vgl. *Binder* AcP 207 (2007), 155.

## 387 aa) Wortlautgetreue Anwendung des § 167 II BGB

Hinsichtlich der Form der Ausfüllungsermächtigung ist im Grundsatz von § 167 II BGB (analog) auszugehen. Danach bedarf eine Bevollmächtigung *nicht* der Form, welche für das Vertretergeschäft vorgeschrieben ist.

Die Rechtsprechung ging lange Zeit auch im Bürgschaftsrecht entsprechend dem Wortlaut von § 167 II BGB davon aus, dass eine Bevollmächtigung zur Abgabe einer Bürgschaftserklärung formfrei möglich ist.<sup>195</sup> Folgt man dem, so ist auch die Erteilung einer Ausfüllungsermächtigung – unter entsprechender Heranziehung der für die Vollmacht geltenden Grundsätze – **formfrei möglich**, obwohl die Bürgschaftserklärung selbst nach § 766 S. 1, 2 BGB dem Formzwang unterliegt.

## 388 bb) Teleologische Reduktion des § 167 II BGB nach den zu § 311b I BGB entwickelten Grundsätzen (fallgruppenspezifischer Formzwang)

Zu erwägen ist allerdings, ob nicht aufgrund der Warnfunktion des Schriftformerfordernisses bei der Bürgschaft (§ 766 S. 1, 2 BGB) eine teleologische Reduktion des § 167 II BGB geboten ist. Insoweit kommt insbesondere eine **Parallele zum abgeleiteten Formzwang der Vollmacht** bei Grundstücksgeschäften in Betracht (§ 311 b I BGB).

Beim Grundstückskauf nimmt die h.M.<sup>196</sup> eine solche teleologische Reduktion des § 167 II BGB an, wenn sich der Vertretene mit Erteilung der Vollmacht bereits **rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise bindet** wie durch die Vornahme des formbedürftigen Geschäfts selbst. Denn in diesem Fall besteht die Gefahr, dass die Möglichkeit zur formfreien Bevollmächtigung die vom Formerfordernis des § 311b I BGB bezweckte Warnung aushebelt. Dies wird insbesondere bei einer **unwiderruflichen Vollmacht** zum Grundstückskauf oder -erwerb angenommen;<sup>197</sup> Gleiches gilt bei einer widerruflichen Vollmacht, wenn der Vertreter vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) befreit ist und nach den Umständen des Einzelfalles zum Zeitpunkt der Bevollmächtigung schon eine rechtliche oder **tatsächliche Bindungswirkung** eingetreten ist.<sup>198</sup> In diesen Fällen unterliegt nach h.M. bereits die Vollmachterteilung entgegen § 167 II BGB dem Formzwang des Vertretergeschäfts (sog. abgeleiteter Formzwang).

389 Ein Teil der Literatur spricht sich dafür aus, die im Rahmen des § 311b I BGB entwickelten Grundsätze auf das Bürgschaftsrecht zu übertragen.<sup>199</sup> Danach kann zum einen eine **unwiderrufliche Bevollmächtigung** zur Übernahme einer Bürgschaft nur schriftlich erfolgen,<sup>200</sup> zum anderen bedarf auch eine **widerrufliche Vollmacht** der Schriftform, wenn sie **dem Gläubiger oder dem Hauptschuldner** erteilt wird, da diese ein starkes Eigeninteresse am Zustandekommen der Bürgschaft haben, so dass der Bürge schon mit Erteilung der Vollmacht praktisch seine Entscheidungsfreiheit preisgibt.<sup>201</sup> Für den Fall der Bevollmächtigung des Gläubigers zur Abgabe der Bürgschaftserklärung liegt ferner auch ein Vergleich mit jenen Fällen nahe, in denen sich die tatsächliche Bindung des Geschäftsherrn aus der Befreiung des Bevollmächtigten vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) ergibt und die Erteilung der Vollmacht ebenfalls in teleologischer Reduktion des § 167 II BGB dem Formzwang des Vertretergeschäfts unterworfen wird.<sup>202</sup>

Überträgt man diese Einschränkungen des § 167 II BGB analog auf die Ermächtigung des F zur Blankettergänzung, so wird dadurch die Wirksamkeit der Ermächtigung nicht berührt. Denn diese wurde weder unwiderruflich noch an den Gläubiger oder Hauptschuldner erteilt, so dass keine der beschriebenen Anknüpfungen für eine Einschränkung des § 167 II BGB vorliegt.

<sup>195</sup> Vgl. etwa RGZ 57, 66 (69); BGH NJW 1962, 1102; 1992, 1448 (1449).

<sup>196</sup> Zum Folgenden näher *Neuner* AT § 50 Rn. 21; sowie *Systematische Darstellung Form* (→ Rn. 354 f.).

<sup>197</sup> Vgl. RGZ 110, 319 (320); BGH NJW 1979, 2306; Palandt/*Grüneberg* BGB § 311b Rn. 19 ff.

<sup>198</sup> Vgl. BGH WM 1965, 1006 f.; BGH NJW 1979, 2306 f.; MüKoBGB/*Schubert* § 167 Rn. 22.

<sup>199</sup> Vgl. *Neuner* AT § 50 Rn. 21; MüKoBGB/*Schubert* § 167 Rn. 28.

<sup>200</sup> Vgl. MüKoBGB/*Schubert* § 167 Rn. 28.

<sup>201</sup> Vgl. *Keim* NJW 1996, 2774 (2775).

<sup>202</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2 § 60 II 1 c, S. 6; MüKoBGB/*Schubert* § 167 Rn. 22, 28.

## cc) Die Position des BGH

390

Der BGH hat sich in neuerer Rechtsprechung abweichend von seiner bisherigen Position<sup>203</sup> hinsichtlich der **Blankobürgschaft** für einen **generellen Formzwang der Ausfüllungsermächtigung** ausgesprochen.<sup>204</sup> Damit wird die Regelung des § 167 II BGB im Hinblick auf die Bürgschaftserklärung nicht nur fallgruppenspezifisch, sondern generell außer Kraft gesetzt.

(1) Zur Begründung<sup>205</sup> knüpft das Gericht zwar an die beschriebene h. M. zur parallelen Problematik im Rahmen des § 311b I BGB an, stellt aber auf die Besonderheiten der Bürgschaft ab, die einen noch weiterreichenden Formzwang rechtfertigen. Im Gegensatz zur Regelung des § 311b I BGB, die nicht nur Warnfunktion hat, sondern auch für Klarheit und Sicherheit im Rechtsverkehr sorgen soll (Beweisfunktion), **dient § 766 S. 1 BGB ausschließlich dem Schutz des Bürgen**. Dessen besondere Schutzwürdigkeit ist insbesondere aus dem altruistischen Charakter der Bürgschaft abzuleiten, die nur anderen, nämlich dem Gläubiger und dem Hauptschuldner, zugute kommt. Deshalb besteht zwischen dem Bürgen und dem Bevollmächtigten gewöhnlich eine Interessenverteilung, die generell eine formgebundene Vollmacht erfordert. Durch die Zulässigkeit einer nur mündlichen Ermächtigung würde der Zweck des § 766 S. 1 BGB unterlaufen, dem Bürgen Inhalt und Umfang seiner Haftung deutlich vor Augen zu führen.<sup>206</sup>

Eine zusätzliche argumentative Stütze für ein „formstrenges Verständnis des § 766 S. 1 BGB“ sieht der BGH ferner in den hohen Anforderungen, die im Rahmen der §§ 491 ff. BGB, namentlich des § 492 BGB, an die Form von Verbraucherkreditverträgen gestellt werden. Aus dem Zweck des § 492 I BGB, dem Verbraucher detaillierte Informationen über wesentliche Kreditkonditionen zu geben und ihn vor unüberlegtem finanziellen Engagement zu warnen, wird allgemein hergeleitet, dass eine Blankounterschrift dem Schriftformerfordernis nicht genügt.<sup>207</sup> Als weiteres Argument zu Gunsten der Position des BGH lässt sich die durch die Schuldrechtsreform geschaffene **Regelung des § 492 IV BGB** ins Feld führen, die als Ausnahme zu § 167 II BGB einen **abgeleiteten Formzwang für die Bevollmächtigung zum Abschluss eines Verbraucherdarlehens** vorsieht und § 492 I BGB grundsätzlich auf die Vollmacht erstreckt.<sup>208</sup> Sieht man den „altruistischen“ Bürgen im Vergleich zum Darlehensnehmer als in noch stärkerem Maße schutzwürdig an,<sup>209</sup> so kann man für die Übertragung des darlehensrechtlichen Formzwangs auf die Bürgschaft ein *argumentum a fortiori* anführen.

(2) Die generelle Übertragung des Formzwangs auf die Erteilung einer Vollmacht zur Abgabe einer Bürgschaftserklärung ist indessen **gewichtigen Einwänden ausgesetzt**. Der besonderen Schutzwürdigkeit des Bürgen und den Sonderregelungen des § 492 BGB steht der **Repräsentationsgedanke** gegenüber, welcher der Vorschrift des § 167 II BGB zugrunde liegt.<sup>210</sup> Nach dem Repräsentationsgedanken schließt der Vertreter ein eigenes Geschäft (in fremdem Namen) mit der Folge, dass er als Aussteller i.S.d. § 126 I BGB anzusehen ist und sich die Formzwecke auf die Vertretererklärung beziehen. Demgemäß richtet sich auch die Warnfunktion von Formvorschriften in erster Linie an den Vertreter. Dies rechtfertigt sich auch dadurch, dass der Geschäftsherr dem Vertreter seine Vermögensinteressen anvertraut hat.<sup>211</sup> Da die gesetzliche Regelung des § 167 II BGB dem Repräsentationsgedanken Vorrang einräumt und hinsichtlich des bürgschaftsrechtlichen Formzwangs (§ 766 S. 1, 2 BGB) gerade keine davon abweichende Regelung getroffen ist, stellt die generelle Übertragung des Formzwangs auf die Vollmacht zur Erteilung einer Bürgschaft eine **Gesetzeskorrektur** und – anders als in den unter bb) behandelten Fällen – nicht nur eine **teleologische Reduktion** dar. Die Gründe für die Übertragung des Formzwangs sind nicht hin-

<sup>203</sup> Zuletzt BGH NJW 1992, 1448 (1449).

<sup>204</sup> Vgl. BGHZ 132, 119 = NJW 1996, 1467; dazu Fischer JuS 1998, 205; Eckpfeiler/Herresthal L. 109; vgl. auch BGH NJW 1999, 950 (951).

<sup>205</sup> Zum Folgenden BGHZ 132, 119 (122 ff.) = NJW 1996, 1467 (1468 f.); kritisch zur Rspr. Eckpfeiler/Herresthal L. 108.

<sup>206</sup> Zum sog. Bestimmtheitsgebot vgl. BGHZ 25, 318 (319 f.) = NJW 1957, 1873; Larenz/Canaris Schuldrecht II/2 § 60 II 2.

<sup>207</sup> Vgl. BGHZ 132, 119 (126 f.) = NJW 1996, 1467 (1469).

<sup>208</sup> Näher dazu Herresthal JuS 2002, 844 ff.

<sup>209</sup> Vgl. BGH NJW 2001, 1931 (1932); 2001, 2963 (2965).

<sup>210</sup> Vgl. MüKoBGB/Einsele § 125 Rn. 21.

<sup>211</sup> Vgl. Keim NJW 1996, 2774 (2775).

reichend gewichtig, um diese Korrektur des positiven Rechts über die Fälle einer besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Bindung hinaus zu legitimieren.

- 393 (3) Folgt man der zuletzt dargelegten Kritik an der Rechtsprechung, so ist die Bürgschaftserklärung wirksam und dem B zuzurechnen, da das Blankett die Voraussetzungen des § 766 S. 1, 2 BGB erfüllt und sich der Formzwang nicht auf die Ausfüllungsermächtigung erstreckt (§ 167 II BGB analog). Folgt man demgegenüber dem BGH, so ist § 167 II BGB im Hinblick auf die Ermächtigung zur Blankettergänzung teleologisch zu reduzieren. Damit erstreckt sich der Formzwang auf die Ausfüllungsermächtigung des B und es stellt sich die Frage, ob diese vorliegend die Schriftform wahrt.

394 **dd) Wahrung der Formanforderungen an die Ausfüllungsermächtigung durch ein Blankett**

Die erforderliche Schriftform der Ausfüllungsermächtigung könnte durch die Blanketturkunde gewahrt sein.<sup>212</sup> Dafür spricht, dass B die Urkunde immerhin unterzeichnet hat (§ 126 BGB). Auch dürfte die mit der Schriftform verbundene Warnung vor der Bürgenhaftung den Blankettgeber aufgrund seiner Unterschrift jedenfalls im Grundsatz erreichen. Hinsichtlich des Ausmaßes der potenziellen Bürgenhaftung kann für eine hinreichende Warnwirkung des Blanketts angeführt werden, dass ein Blankett aufgrund seiner Offenheit hinsichtlich des Haftungsumfanges und aufgrund der bekannten Missbrauchsgefahr dem künftigen Bürgen ein hohes Risiko noch deutlicher vor Augen führt als eine ausgefüllte Urkunde.

- 395 Aus Sicht des BGH wird die gebotene **Form durch das Blankett nicht gewahrt**. Zwar wird in der einschlägigen Entscheidung die Frage der Formwahrung durch das Blankett nicht ausdrücklich aufgeworfen. Allerdings weist das Gericht darauf hin, dass die Schriftform des § 766 S. 1 BGB nur dann eingehalten ist, wenn die Bürgschaftsurkunde außer dem Willen, für fremde Schuld einzustehen, auch die Bezeichnung des Gläubigers, des Hauptschuldners und der verbürgten Forderung enthält.<sup>213</sup> Überträgt man dieses Schriftformerfordernis auf die Ermächtigung zur Vervollständigung eines Blanketts, so folgt daraus, dass auch diese die geforderten Informationen enthalten muss, und daher eine Formwahrung durch das per definitionem unvollständige Blankett ausgeschlossen ist.

Legt man die Annahmen des BGH zugrunde, so fehlt es an einer formwirksamen Ausfüllungsermächtigung mit der Folge, dass die Bürgschaftserklärung dem B nicht zurechenbar und folglich auch kein Bürgschaftsvertrag zwischen ihm und G zustande gekommen ist.

396 **c) Überwindung der fehlenden Ausfüllungsermächtigung nach Rechtsscheingrundsätzen bzw. entsprechend § 172 II BGB**

Allerdings könnte das dem F von B ausgehändigte Blankett den Rechtsschein einer Ausfüllungsermächtigung erzeugen und so die fehlende Ausfüllungsbefugnis nach Rechtsscheingrundsätzen kompensiert werden.

Nach Ansicht des BGH kommt bei einer Formnichtigkeit der Ausfüllungsermächtigung grundsätzlich eine Rechtsscheinhaftung „in entsprechender Anwendung des § 172 II BGB“ in Betracht. Durch die Hingabe des Blanketts könne der Bürge einen Rechtsschein setzen, auf den sich der redliche Geschäftspartner verlassen und kraft dessen er den Unterzeichner in Anspruch nehmen könne. Schutzbedürftig sei „indessen nur derjenige, der eine vollständige Urkunde erhält und annehmen darf, die Erklärung stamme vom Bürgen selbst, der Urkunde also die Ergänzung durch den nicht wirksam ermächtigten Dritten nicht ansehen kann“<sup>214</sup>. Damit geht der BGH davon aus, dass eine **Rechtsscheinhaftung bei der „verdeckten“ Blankettausfüllung möglich ist**, während sie bei der „offenen“ Blankettausfüllung, bei der das Blankett vom Blankettinhaber in Gegenwart eines Dritten ausgefüllt wird, grundsätzlich ausscheidet. Danach ist im vorliegenden Fall eine Rechtsscheinhaftung des B schon deshalb ausgeschlossen, weil der F das Blankett in Anwesenheit des G vervollständigt hat, und deshalb eine „offene“ Blankettausfüllung vorlag.

- 397 Die Beschränkung der Rechtsscheinhaftung auf das „verdeckte“ Blankett überzeugt allerdings nicht. Eine **Rechtsscheinhaftung in analoger Anwendung des § 172 BGB kommt umgekehrt in erster Linie bei der „offenen“ Blankettausfüllung in Betracht**, da das offen gelegte Blankett in der Regel einen mit-

<sup>212</sup> Vgl. MüKoBGB/Habersack § 766 Rn. 23 f.

<sup>213</sup> BGH NJW 1996, 1467 (1468) m.w.N.

<sup>214</sup> BGH NJW 1996, 1467 (1469).

telbaren Rückschluss auf das Bestehen der Ausfüllungsbefugnis zulässt und deshalb insoweit einen Rechtsschein setzen kann.<sup>215</sup> Gerade hier kommt die Parallele zu § 172 BGB zum Tragen, während die Analogie im Falle der „verdeckten“ Blankettausfüllung Bedenken ausgesetzt ist. Denn im Falle des „verdeckten“ Blanketts geht es tatsächlich nicht um den Schutz des guten Glaubens an die Ausfüllungsbefugnis, sondern um den Schutz des guten Glaubens an die „Echtheit“ der vorgelegten Urkunde. Eine Rechtsscheinhaftung im Bereich der „verdeckten“ Blankettausfüllung lässt sich daher allenfalls damit begründen, dass hier der Dritte nicht schlechter stehen sollte als bei der „offenen“.<sup>216</sup>

Gleichwohl ist hier eine Rechtsscheinhaftung ausgeschlossen. Die zutreffende Begründung folgt aus der Formbedürftigkeit der Ausfüllungsermächtigung – sofern man die Geltung des Formzwangs mit dem BGH zugrunde legt. Ist nämlich eine schriftliche, spezifizierte Ermächtigung des Blankettnehmers zur Ausfüllung erforderlich, so kann das **Blankett allein auch keinen zurechenbaren Rechtsschein für die Ausfüllungsbefugnis setzen**. Der Vertragspartner muss sich dann vielmehr die schriftliche Ausfüllungsermächtigung vorlegen lassen. Da *diese* in mündlicher Weise gemäß § 125 S. 1 BGB formnichtig ist, liegt kein ausreichender Rechtsscheintatbestand vor.<sup>217</sup> Diese Begründung stellt freilich gleichermaßen auch die Rechtsscheinhaftung beim „verdeckten“ Bürgschaftsblankett in Frage, wenn man nach dem Gesagten davon ausgeht, dass sich die Rechtsscheinhaftung insoweit nur durch den Vergleich mit dem offenen Blankett rechtfertigen lässt.

Die Regeln der Rechtsscheinhaftung können daher ein etwaiges Formdefizit nicht ausgleichen.

398

#### d) Ausschluss der Berufung auf die Formunwirksamkeit nach § 242 BGB

399

Zwar kann in besonderen Konstellationen die **Berufung auf einen Formfehler wegen Rechtsmissbrauchs ausgeschlossen** sein (§ 242 BGB).<sup>218</sup> Der bloße Formfehler als solcher und die daraus resultierende typische Belastung einer Partei genügt dazu indes nicht; vielmehr müssen außergewöhnliche Umstände vorliegen, welche die Inkaufnahme der Formunwirksamkeit als unerträglich erscheinen lassen.<sup>219</sup> Der BGH zieht dies etwa für den Fall in Betracht, dass der Bürge seinerseits besondere Vorteile aus dem der Hauptschuld zugrunde liegenden Vertrag gezogen hat.<sup>220</sup> Vorliegend ist weder ein solcher Fall noch eine andere Ausnahmekonstellation gegeben. Die Belastung des G durch die Unwirksamkeit der Bürgschaft (Ausfall der Sicherung) kann für die Heranziehung des § 242 BGB nicht genügen, da diese nur die typische Konsequenz der Formunwirksamkeit darstellt.

#### 4. Zwischenergebnis: Unwirksamkeit des Bürgschaftsvertrags (§§ 177, 184 BGB)

400

Nimmt man mit dem BGH an, dass die Ermächtigung des F zur Blankettergänzung nach § 125 S. 1 BGB unwirksam ist und die fehlende Ausfüllungsbefugnis auch nicht nach Rechtsscheingrundsätzen überwunden werden kann, ist dem B die Ausfüllung des Blanketts nicht zurechenbar. Mit dem BGH folgt daraus ohne weiteres, dass **kein wirksamer Bürgschaftsvertrag** zwischen G und B zustande gekommen ist.<sup>221</sup> Bei konsequenter Anwendung der Stellvertretungsregeln auf die Blankettausfüllung hat indes das Fehlen der Ausfüllungsermächtigung nicht die Nichtigkeit, sondern analog § 177 BGB lediglich **schwebende Unwirksamkeit des Bürgschaftsvertrags** zur Folge, während das endgültige Schicksal des Vertrags von der Genehmigung des B oder ihrer Verweigerung abhängt.<sup>222</sup> Letztlich gelangt man hier aber auch bei einer Berücksichtigung des § 177 BGB zur endgültigen Unwirksamkeit des Vertrages, wenn B die Genehmigung verweigert, etwa indem er eine Bezahlung ablehnt bzw. sich auf die Unwirk-

<sup>215</sup> Vgl. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, 54 ff.

<sup>216</sup> Vgl. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, 65.

<sup>217</sup> Vgl. *Keim* NJW 1996, 2774 (2776).

<sup>218</sup> Vgl. hierzu BGH NJW 2017, 3773 (3776) (Unwirksamkeit einer Schriftformheilungsklausel im Mietvertrag; keine Berufung auf den Formmangel); s.a. *Lindner-Figura/Reuter* NJW 2018, 897 ff., zu den Auswirkungen dieser Rechtsprechung.

<sup>219</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger* BGB § 125 Rn. 22 ff.; HK-BGB/*Dörner* BGB § 125 Rn. 10 ff.; ausführlich auch *Systematische Darstellung Form* (→ Rn. 354).

<sup>220</sup> Vgl. BGHZ 26, 142 (151) = NJW 1958, 217 (219).

<sup>221</sup> Vgl. BGH NJW 1996, 1467 (1469).

<sup>222</sup> So auch *Keim* NJW 1996, 2774 (2775 f.). Darüber hinaus käme grundsätzlich eine Inanspruchnahme des F aus § 179 I BGB in Frage, die vorliegend aber an § 179 III 1 BGB scheitert, da F das Blankett in Gegenwart des G ergänzt hat.

samkeit der Bürgschaft beruft. Der zunächst schwebend unwirksame Vertrag wird dann gemäß § 184 I BGB rückwirkend und endgültig unwirksam.

Die Unwirksamkeit des Bürgschaftsvertrags hat zur Folge, dass ein Anspruch des G gegen B aus § 765 I BGB nicht besteht.

401 **B. Anspruch des G gegen B auf Zahlung von EUR 125.000 aus §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 1 BGB (c.i.c.)**

Zwischen B und G – vermittelt durch das Verhalten von F bzw. S – bestand ein rechtsgeschäftlicher Kontakt, gerichtet auf den Abschluss eines Bürgschaftsvertrags (§§ 311 II Nr. 1, 278 BGB). Den B trafen daher Pflichten aus der vorvertraglichen Sonderverbindung (§§ 311 II, 241 II BGB). Für die Präzisierung der vorliegend relevanten Pflicht kommt die **Fallgruppe „Herbeiführung eines unwirksamen Vertrages“** in Betracht.<sup>223</sup> Möglicher Anknüpfungspunkt für eine Pflichtverletzung ist der Umstand, dass B durch die Hingabe eines Blanketts ohne wirksame Ausfüllungsermächtigung einen (schwebend bzw. endgültig) unwirksamen Vertrag herbeigeführt hat, auf dessen Gültigkeit G vertraute und durch den diesem letztlich ein Schaden entstanden ist.

Indessen ist grundsätzlich jede Partei selbst dafür verantwortlich, sich über die Wirksamkeit eines Vertrags zu vergewissern. Eine Verantwortlichkeit für Schäden der Gegenseite aus einem Wirksamkeitshindernis kommt daher nur in Ausnahmefällen in Betracht.<sup>224</sup> Vorliegend steht die **Annahme einer Pflichtverletzung des B** – auf der Grundlage der oben genannten Rechtsprechung des BGH – **im Widerspruch zum Schutzzweck von § 766 S. 1, 2 BGB**. Durch diese Vorschrift soll der Bürge gerade vor den Folgen unbedachter Bürgschaftserklärungen geschützt werden. Dieser Zweck würde durch die Annahme einer haftungsbewehrten Pflicht zur Vermeidung formunwirksamer Erklärungen weitgehend entwertet. Dies gilt umso mehr, als bei einem unwirksamen Sicherungsgeschäft die Haftung auf das negative Interesse bei Eintritt des Sicherungsfalls zumeist dem positiven Interesse entspricht.<sup>225</sup> Auch würde es an einer Pflichtverletzung nach der **Fallgruppe der „Vereitelung des Zustandekommens eines erwarteten Vertragsschlusses“**<sup>226</sup> fehlen, wenn B die Genehmigung des Vertrags gemäß § 177 BGB analog verweigert. Um auch einen nur mittelbaren Zwang zum Vertragsschluss durch Genehmigung von Rechtsgeschäften, die ein Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossen hat, zu vermeiden, wäre eine besonders schwerwiegende, in der Regel vorsätzliche, Treupflichtverletzung durch die Genehmigungsverweigerung erforderlich. Hierfür reicht eine bloße Verweigerung ohne triftigen Grund nicht aus.<sup>227</sup>

Ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 1 BGB ist daher mangels relevanter Pflichtverletzung des B nicht gegeben.

**C. Gesamtergebnis**

G kann von B nicht Zahlung von EUR 125.000 verlangen.

<sup>223</sup> Vgl. dazu näher Palandt/*Grüneberg* BGB § 311 Rn. 38; BeckOGK BGB/*Herresthal*, Stand 1.1.2021, BGB § 311 Rn. 377 ff.

<sup>224</sup> Vgl. etwa Palandt/*Grüneberg* BGB § 311 Rn. 38

<sup>225</sup> Vgl. *Medicus/Petersen* AT Rn. 633 f.

<sup>226</sup> Vgl. zu dieser Fallgruppe BeckOGK BGB/*Herresthal*, Stand 1.1.2021, BGB § 311 Rn. 376.

<sup>227</sup> Vgl. Palandt/*Grüneberg* BGB § 311 Rn. 31 a.E.; aus der Rspr. BGH NJW 2013, 928 (929), wonach eine Pflicht zur formgerechten Genehmigung des vollmachtlosen Vertreterhandelns bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags der Formvorschrift des § 311b BGB zuwiderläuft, wenn nicht die Genehmigungsverweigerung, etwa wegen des Vorspiegels einer tatsächlich nicht vorhandenen Genehmigungsbereitschaft, eine besonders schwerwiegende Pflichtverletzung darstellt.