

## **Examensklausurenkurs Zivilrecht**

### **Klausur vom 03.12.2011**

S hat von ihrer Mutter einen Nerzmantel geerbt. Als Tierschutzaktivistin lehnt sie es ab, diesen selbst zu tragen. Am 05.12.2010 bittet sie daher ihren Bruder B, den Mantel für sie zu veräußern. Bereits am nächsten Tag verkauft B den Nerz im Namen der S für 4.500 € an seinen Freund F. Da F einen guten Ruf als zuverlässiger Pelzhändler hat, gibt B ihm den Mantel gegen eine Anzahlung von 2.500 € sogleich mit. Die 2.500 € gibt B an S weiter.

Am 13.12.2010 meldet sich S bei F und fordert ihn zur Zahlung des Restbetrages auf. F antwortet, sie möge sich an D wenden, an welche er gestern den Nerzmantel weiterveräußert habe. Er habe mit D ausgemacht, dass sie die restliche Kaufpreisschuld gegenüber S übernehme. Da S auf die Frage, ob ihr das recht sei, eher ausweichend reagiert, räumt F ihr Bedenkzeit bis zum 19.12.2010 ein. Nach diesem Gespräch ist S ungehalten und macht B am Telefon Vorwürfe. Dieser fürchtet einen Streit mit S und sichert ihr zu, sie werde ihr Geld schon bekommen. Für die Schuld des F wolle er als „selbstschuldnerischer Bürge“ geradestehen. B setzt daraufhin auf ein ansonsten unausgefülltes Bürgschaftsformular seine Unterschrift im mit „Bürge“ überschriebenen Kästchen und schickt damit sogleich seine 15-jährige Tochter T zu S. Dieser lässt er durch T ausrichten, sie möge das Formular entsprechend ausfüllen. S setzt daraufhin Namen und Anschrift ihres Bruders, die Summe der restlichen Kaufpreisforderung und sonstige Formalien ordnungsgemäß ein.

Am 27.12.2010 fordert S erneut von F die Zahlung der restlichen 2.000 €. F bittet S, eine Zahlung der 2.000 € „vorerst“ von D zu verlangen; S ist damit einverstanden. Noch am gleichen Tag fordert S die D zur Zahlung auf. Um auf Nummer sicher zu gehen, verlangt sie gleichzeitig von B die Erstattung des Restbetrages. Um seine Schwester nicht zu erzürnen, zahlt B den vollen Betrag am nächsten Tag. D rechnet am 08.01.2011 gegenüber S mit einer ihr gegen S tatsächlich zustehenden und seit 10 Monaten fälligen Forderung über 2.000 € auf.

Am 09.01.2011 verlangt B von F Zahlung von 2.000 €.

**Zu Recht?**

## Lösungsskizze

### A) Anspruch des B gegen F auf Zahlung von 2.000 € gem. §§ 774 I 1, 433 II BGB

#### I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen B und S

##### 1. Bürgschaftserklärung am Telefon

- Gläubiger und zu sichernde Forderung werden zumindest konkludent bestimmt.
- Abgrenzung zu Schuldbeitritt und Garantievertrag:
  - B will seine Schwester hinsichtlich ihrer Forderung gegen seinen Freund F absichern.
  - Eine eigenständige Verbindlichkeit will er gerade nicht übernehmen. Es besteht folglich kein Grund, vom Wortlaut der Erklärung abzuweichen.
  - Die Erklärung des B ist daher auf den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages gerichtet.
- **ABER:** Da B kein Kaufmann ist (vgl. § 350 HGB), ist gem. § 766 S. 1 BGB die schriftliche Erteilung des Bürgschaftversprechens erforderlich.
- Mangels Einhaltung der Schriftform ist daher die telefonische Erklärung des B gem. §§ 766 S.1, 125 S. 1 BGB unwirksam.

## 2. Bürgschaftsformular

### a) Unterschrift des B

Für sich genommen (-), da wesentliche Teile der Erklärung (hier: Bestimmung der zu sichernden Forderung und ihres Gläubigers) fehlen.

### b) Ausfüllen durch S

- Eine Willenserklärung kann auch dadurch zustande kommen, dass der Erklärende eine Blankourkunde unterschreibt und einem anderen das Ausfüllen überlässt.
- Nach ganz hM hat dabei die Unterschrift des Unterzeichners den Sinn, dass er den darüber stehenden, vom Inhaber abredegemäß vervollständigten Text vollinhaltlich als *seine* Erklärung gelten lassen will.
- Die ausfüllende Person wirkt lediglich bei der inhaltlichen Ausgestaltung einer Erklärung des Unterzeichnenden mit, der Ausfüllende nimmt dabei eine *Zwischenstellung zwischen Boten und Stellvertreter* ein, die gesetzlich nicht geregelt ist.
  - Jedoch sollen die Vorschriften über die *Stellvertretung* entsprechende Anwendung finden, wenn der (im untechnischen Sinne) zur Ausfüllung Ermächtigte im Rahmen seiner Befugnisse handelt (*Larenz/Wolf AT*<sup>9</sup>, § 48 Rn. 34 m. w. N., eine Über-

sicht über ältere Literaturmeinungen findet sich bei *Müller*, AcP 181 (1981), 515, 518 ff.)

- Wird der Vertragspartner zur Ausfüllung ermächtigt, beinhaltet dies zugleich die Erlaubnis i. S. v. § 181 BGB.

Damit B das ausgefüllte Bürgschaftsformular als Erklärung zuzurechnen ist, müsste S also durch ihn zur Ausfüllung analog §§ 164 I, 181 BGB „bevollmächtigt“ worden sein.

#### **aa) Ermächtigungserklärung**

- Liegt in der in der Aushändigung des Formulars im Zusammenhang mit der von T an S überbrachten Aufforderung, das Formular auszufüllen
- Dem steht auch nicht entgegen, dass T minderjährig ist: T fungiert hier nur als Botin, so dass selbst für die Anwendung des § 165 BGB kein Raum ist.

#### **bb) Form der Ermächtigung**

- Die Bürgschaftserklärung bedarf gem. § 766 S. 1 BGB der Schriftform.
- Analog § 167 II BGB gilt jedoch der Grundsatz, dass die Ermächtigung zum Ausfüllen eines Blankoformulars nicht der Form bedarf, die für das Hauptgeschäft gilt.

- Im vorliegenden Fall könnte allerdings von diesem Grundsatz abzuweichen sein:
- **Rspr. und h. M.:** In konsequenter Anwendung des § 126 BGB ist bei einer WE die Schriftform grundsätzlich auch dann gewahrt, wenn der Bürge eine Blankounterschrift leistet und einen Dritten, den Hauptschuldner oder den Gläubiger (formlos) zur weiteren Ausfüllung ermächtigt: Ausschlaggebend ist nur, dass sich unter der fertiggestellten Urkunde die Unterschrift des Bürgen befindet, nicht aber, dass der Text der Urkunde bei Unterschrift schon fertiggestellt wurde (Vgl. *Larenz/Wolf*, AT<sup>9</sup>, § 27 Rn. 36; *MünchKomm<sup>5</sup>/Einsele*, § 126 Rn. 11 sowie die Nachweise zur Rpr. in BGHZ 132, 119, 122).
- Dies führt allerdings im Fall der Bürgschaft dazu, dass die Schutz- und Warnfunktion der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform (vgl. nur *Staudinger/Horn*, § 766 Rn. 1) in dieser Konstellation praktisch ausgeschaltet wird, da der Bürge außer seiner Unterschrift selbst nichts Schriftliches vor Augen hat.
- Der BGH geht seit BGHZ 132, 119 aus diesem Grund davon aus, dass entgegen § 167 II BGB die Ermächtigung zur Ausfüllung einer Blankoerklä-

rung zu einem formbedürftigen Rechtsgeschäft dann formbedürftig ist, wenn der Formzwang überwiegend dazu dient, den Erklärenden vor Übereilung zu schützen (BGHZ 132, 119, 124 f.; BGH, NJW 2000, 1179 (1180)) Dies sei insbesondere bei der formbedürftigen Bürgschaft der Fall: § 766 BGB wolle dem Bürgen die wesentlichen Merkmale des Bürgschaftsvertrages „schwarz auf weiß“ vor Augen führen. Es sei daher bei formbedürftigen Bürgschaften *generell* gerechtfertigt, die Erteilung der Befugnis zur Ergänzung des Blanketts der Schriftform zu unterwerfen. Ließe man hingegen eine Blankounterschrift verbunden mit einer mündlichen Ermächtigung genügen, könne die gesetzliche Formvorschrift ihre Warnaufgabe dem Bürgen gegenüber nicht erfüllen. Die herrschende Literatur hat sich dieser Auffassung inzwischen angeschlossen (Vgl. nur MünchKomm<sup>5</sup>/Einsele, § 126 Rn. 11; Larenz/Wolf, AT<sup>9</sup>, § 27 Rn. 36 f.; Staudinger<sup>2004</sup>/Hertel, § 126 Rn. 59 m. w. N.). Folgt man dieser Ansicht, ist daher die „Ausfüllungsermächtigung“ mangels Einhaltung der Schriftform gem. § 125 S. 1 BGB unwirksam

- Nach der **Gegenansicht** (s. insbes. *Keim*, Das Ende der Blankobürgschaft?, NJW 1996, 2774,

2775 f.) soll die Anwendung von § 167 II BGB im Fall der Blankoerklärung lediglich nach den gleichen Maßstäben eingeschränkt werden, wie sie von Rechtsprechung und Lehre zu § 311b BGB entwickelt wurden: Die Vollmacht soll hiernach insbesondere dann formbedürftig sein, wenn sie entweder *unwiderruflich* erteilt wurde oder aber durch Erteilung der Vollmacht eine zumindest *faktische Bindung* dadurch entsteht, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich den Interessen des Bevollmächtigten dient und ihm die Möglichkeit eröffnet, die erteilte Vollmacht unverzüglich zu seinen Gunsten zu verwerten. Letzteres sei im Fall der Bürgschaft der Fall, wenn der Hauptschuldner oder der Gläubiger bevollmächtigt würde. Gleiches gelte entsprechend für die „Ausfüllungsermächtigung“ (Keim, NJW 1996, 2774, 2275). Auch nach dieser Ansicht war daher die „Ausfüllungsermächtigung“ formbedürftig und ist daher gem. § 125 S. 1 BGB nichtig.

**c) Zwischenergebnis**

Mangels wirksamer Ermächtigung stellt daher das durch S ausgefüllte Bürgschaftsformular keine wirksame Bürgschaftserklärung des B dar. Der Bürgschaftsvertrag

ist somit analog § 177 I BGB schwebend unwirksam.  
Eine Genehmigung des B ist nicht erfolgt.

### **3. Heilung des Formmangels der telef. Bürgschaftserklärung gem. § 766 S. 3 BGB**

#### **a) Entstehung der Hauptverbindlichkeit**

Entstehung am 06.12.2010; in Höhe der Anzahlung von 2.500 € durch Erfüllung erloschen.

In Höhe von 2.000 € besteht sie fort.

#### **b) Erlöschen infolge befreiender Schuldübernahme (§ 415 BGB)**

- F und D haben vertraglich vereinbart, dass D die Schuld des F übernehmen soll. Dies setzt allerdings gem. § 415 I 1 BGB die Genehmigung der Übernahme durch S voraus.
- S wurde am 13.12.2010 um Genehmigung gebeten, hat diese jedoch nicht erteilt, sondern sich vielmehr Bedenkzeit bis zum 19.12.2010 erbeten. Hierin liegt eine befristete Aufforderung zur Genehmigung gem. § 415 II 2 BGB.
- Da die Genehmigung auch innerhalb dieser Frist von S nicht erteilt wurde, gilt sie als verweigert. Folglich liegt keine wirksame Schuldübernahme gem. § 415 I 1 BGB vor.

**c) Erlöschen infolge von Leistung an Erfüllungs statt (§ 364 I BGB)**

Die Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrag könnte jedoch gem. § 364 I BGB dadurch erloschen sein, dass S von F eine andere Leistung an Erfüllungs statt angenommen hat.

- Dies könnte durch einen Übergang des Freistellungsanspruchs des F gegen D gem. § 415 III 2 BGB auf S geschehen sein.
- Dies erfordert allerdings einen Akt der Übertragung, da im Fall der Erfüllungsübernahme (§ 415 III BGB) der Gläubiger ohne besondere Vereinbarung gerade keinen selbständigen Leistungsanspruch erwirbt (§ 329 BGB).

Der Anspruch des F gegen D könnte im vorliegenden Fall durch *Abtretung* auf S übergegangen sein.

**aa) Abtretungsvertrag (+)**

**bb) Abtretung zulässig?**

- Hier u. U. Abtretungsverbot gem. § 399, 1. Fall BGB.
- Eine Inhaltsänderung könnte darin liegen, dass D ursprünglich die Freistellung des F von seiner Verbindlichkeit gegenüber S schuldete, nach der Abtretung aber direkt Zahlung gegenüber der S

schulden würde (vgl. Staudinger<sup>2009</sup>/Jagmann, § 329 Rn. 17).

- Nach ganz h. M. ist eine solche Änderung jedoch für den Schuldner irrelevant, wenn trotz der Abtretung die Zahlstelle gleich bleibt (BGH NJW 1994, 49, 50; BGHZ 12, 136, 141; OLG Hamm, Urt. v. 17.06.09 – 8 U 99/08, Rn. 63 (erhältlich bei juris); MünchKomm<sup>5</sup>/Roth, § 399 Rn. 15; Palandt<sup>70</sup>-Grüneberg, § 399, Rn. 4; Staudinger<sup>2009</sup>/Jagmann, § 329 Rn. 17).
- So auch hier: D muss in jedem Fall an S zahlen, sei es, weil sie F Freistellung schuldet, oder weil sie S selbst schuldet. Der Befreiungsanspruch des F gegenüber D wandelt sich somit durch die Abtretung in einen Leistungsanspruch der S gegen D (Vgl. BGHZ 12, 136, 141; RGZ 80, 183, 184; 121, 303, 305).

§ 399 1. Fall BGB steht daher einer Abtretung des Anspruchs nicht entgegen.

**cc) Abtretung erfüllungshalber oder an Erfüllung statt?**

Erloschen ist die Kaufpreisforderung gegen F jedoch nur, wenn die Abtretung *an Erfüllung statt* und nicht lediglich erfüllungshalber erfolgte.

- Die Auslegungsregel des § 364 II BGB hilft hier nicht weiter, da diese für den Fall konzipiert ist, dass der Schuldner der gleiche bleibt und lediglich eine neue Verbindlichkeit übernimmt (z. B. durch Hingabe eines Wechsels oder Schecks).
- Es ist vielmehr nach den allgemeinen Auslegungskriterien zu ermitteln, ob die Abtretung erfüllungshalber oder an Erfüllung statt erfolgte.
- Für ersteres spricht, dass für S kein Anlass bestand, das Bonitätsrisiko hinsichtlich D zu tragen (vgl. § 365 BGB), insbesondere da D im Gegensatz zu F nicht als besonders vorzugswürdige Schuldnerin bekannt war.
- Für eine Abtretung erfüllungshalber spricht zudem, dass F und S vereinbart haben, dass S sich „vorerst“ (und nicht endgültig) an D halten soll.

Die Abtretung erfolgte also nur erfüllungshalber.

#### **dd) Zwischenergebnis**

Durch Abtretung des Freistellungsanspruchs gegenüber D an S ist daher die Schuld des F gegenüber S nicht gem. § 364 I BGB erloschen.

Zum Zeitpunkt der Zahlung durch B (28.12.2010) wäre daher bei gewöhnlicher Entwicklung durch die Leistung des B der Formmangel der Bürgschaft

gem. § 766 S. 3 BGB geheilt worden und B gem. §§ 774 I 1, 412, 398 ff. BGB Inhaber der Forderung der S gegen F geworden

**d) Erlöschen durch Aufrechnung gem. § 389 BGB**

Im Fall einer wirksamen Aufrechnung durch D könnte der von F an S abgetretene Anspruch gegen D gem. § 389 BGB *rückwirkend* bereits am 28.12.2010 erloschen gewesen sein. Dies ist aber nur relevant, wenn das Erlöschen dieses Anspruchs auch zu einem Erlöschen der Forderung der S gegen F führte.

**aa) Aufrechnungslage (§ 387 BGB)**

**(1) Durchsetzbarkeit der Gegenforderung, Erfüllungbarkeit der Hauptforderung**

Dazu müsste die Gegenforderung der D fällig und durchsetzbar, die Hauptforderung erfüllbar sein. Die Hauptforderung, der erfüllungshalber abgetretene Zahlungsanspruch gegen D, war erfüllbar (§ 271 BGB). Die Gegenforderung der D war bereits seit März 2010 fällig und auch durchsetzbar.

**(2) Gleichartigkeit, Gegenseitigkeit**

Haupt- und Gegenforderung waren auf Geldzahlung, also auf gleichartige Leistungen gerichtet. S und D sind einander Schuldner und Gläubiger,

hinsichtlich Haupt- und Gegenforderung bestand also auch ein Gegenseitigkeitsverhältnis.

### **(3) Ergebnis**

In bezug auf die beiden Forderungen bestand also zwischen D und S seit dem 27.12.2010 eine Aufrechnungslage.

#### **bb) Aufrechnungserklärung (§ 388 S. 1 BGB)**

D hat die Aufrechnung am 08.01.2011 gegenüber S erklärt. Fraglich ist jedoch, ob S zu diesem Zeitpunkt noch der „andere Teil“ und damit der richtige Aufrechnungsgegner war:

- Infolge seiner Zahlung am 28.12.2010 ist B gem. §§ 774, 412, 398 ff. BGB nach bisherigem Kenntnisstand Gläubiger der Kaufpreisforderung geworden.
- Dies bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass auch die nach Eingehung der Bürgschaft erfüllungshalber abgetretene Forderung aus § 415 III 2 BGB auch auf B übergegangen ist: Gem. §§ 412, 401 BGB gehen mit der übergehenden Forderung auch die für sie bestehenden *akzessorischen* Nebenrechte auf den Bürgen über, selbst wenn sie erst nach Bürgschaftsübernahme hinzugeetreten sind (Staudinger/*Horn*, § 774 Rn. 19). Mangels

Akzessorietät des Anspruchs gegen D kommt hier eine direkte Anwendung des § 401 I BGB jedoch nicht in Betracht.

Zu erwägen wäre allenfalls eine *analoge Anwendung* des § 401 I BGB. Eine solche setzt voraus, dass der in Frage stehende Anspruch einem akzessorischen Recht gleichgestellt werden kann und zweitens der Verpflichtete nach dem Sinn und Zweck der Verpflichtung vorrangig vor dem Bürgen haften soll (Staudinger/Horn, § 774 Rn. 19).

- Im Fall der Erfüllungsübernahme wird eine solche Vergleichbarkeit regelmäßig angenommen, wenn der Übernehmende die Erfüllungsübernahme entgegen der Auslegungsregel des § 329 BGB auch zugunsten des Gläubigers versprochen hat, m. a. W. der Gläubiger also einen eigenen Anspruch gegen den Übernehmenden erlangt. Ein solcher Anspruch sei bürgschaftsähnlich und gehe daher analog § 401 I BGB über (RG 65, 166, 170 f.; Staudinger<sup>2005</sup>/Busche, § 401 Rn. 31)
- Im vorliegenden Fall hat S durch die Abtretung erfüllungshalber einen Leistungsanspruch gegenüber D erworben. Damit ist der Anspruch der S gegen F nicht erloschen, sondern lediglich gestundet (hM, aA: vorübergehender Ausschluss

der Klagbarkeit, vgl. Staudinger<sup>2006</sup>/Olzen, § 364 Rn. 26 ff.) D ist daher *vor F* zur Leistung verpflichtet. Wer im Verhältnis zwischen D und B vorrangig zur Leistung verpflichtet sein soll, lässt sich hieraus jedoch nicht entnehmen.

- Gegen eine Akzessorietät spricht vor allem, dass die Abtretung einer Forderung erfüllungshalber nach überwiegender Ansicht eine fiduziarische Vollrechtsabtretung darstellt, also in gewisser Weise einer Sicherungsabtretung gleichkommt (vgl. Staudinger<sup>2006</sup>/Olzen, § 364 Rn. 23). Zur Sicherung abgetretene Forderungen sind jedoch nicht akzessorisch (sondern sind selbständige Nebenrechte) und gehen daher bei Zahlung des Bürgen nicht gem. § 774 I, 412, 401 I BGB auf diesen über (vgl. Staudinger/Horn, § 774 Rn. 21). Es besteht allenfalls eine Pflicht zur rechtsgeschäftlichen Übertragung seitens des Gläubigers.

Für vorliegenden Fall bedeutet dies, dass S weiterhin Inhaberin des Anspruchs gegen D ist und damit die Aufrechnung auch gegenüber dem richtigen Aufrechnungsgegner erklärt wurde.

### cc) Wirkung der Aufrechnung

Mit der Aufrechnung erlischt zunächst der abgetretene Anspruch der S gegen D. Fraglich ist, welche Auswirkungen dies auf die Kaufpreisforderung der S gegen F (die nunmehr B innehat) hat. Bei dem erloschenen Anspruch handelt es sich um eine erfüllungshalber abgetretene Forderung. Befriedigt der Gläubiger durch Einziehung der erfüllungshalber abgetretenen sein Interesse, erlischt die Hauptforderung (*Köhler*, WM 1977, 242, 251). Gleiches muss auch für Erfüllungssurrogate wie die Aufrechnung gelten. Durch die wirksame Aufrechnung ist also die Kaufpreisforderung der S gegen F zusammen mit der erfüllungshalber abgetretenen Forderung gegen D erloschen.

**dd) Ergebnis**

Gem. § 389 BGB erlöschen der erfüllungshalber abgetretene Anspruch gegen D und der Anspruch der D gegen S durch Aufrechnung rückwirkend zu dem Zeitpunkt, in dem sie sich erstmals gegenüberstanden, d.h. am 27.12.2010. Zum gleichen Zeitpunkt erlischt auch die Kaufpreisforderung gegen F.

**e) Ergebnis**

Im Zeitpunkt der Leistung durch B (28.12.2010) bestand daher die Hauptverbindlichkeit nicht mehr. Die Leistung des B kann daher das formunwirksame Bürg-

schaftsversprechen des B nicht gem. § 766 S. 3 BGB heilen.

#### **4. Ergebnis**

Somit liegt kein von B abgegebenes wirksames Bürgschaftsversprechen vor.

### **II. Ergebnis**

Mangels Bürgschaftsvertrages kann daher die Forderung nicht gem. § 774 I 1 BGB auf ihn übergehen. B hat daher gegen F keinen Anspruch auf Zahlung von 2.000 € gem. §§ 774 I 1, 433 II BGB.

### **B) Anspruch auf Zahlung von 2.000 € gem. §§ 683 S. 1, 677 BGB**

#### **I. Geschäftsbesorgung**

Eine Geschäftsbesorgung kann in jedem tatsächlichen oder rechtsgeschäftlichen Handeln bestehen (s. nur Münch-Komm<sup>5</sup>/Seiler, § 677 Rn. 2) und liegt hier in der Zahlung des B auf die vermeintlich bestehende Kaufpreisschuld.

#### **II. Für einen anderen**

B zahlte auf die vermeintlich bestehende Schuld des F, wollte aber gleichzeitig auch seine Verpflichtung aus dem Bürgschaftsvertrag erfüllen. Es handelt sich also nicht um ein rein objektiv-fremdes Geschäft, sondern um ein sog. „*auch fremdes Geschäft*“: Das geführte Geschäft berührt nicht nur einen fremden, sondern auch den eigenen Interessenkreis.

Eine Geschäftsbesorgung für einen anderen ist nicht deshalb zu verneinen, weil der Geschäftsführer neben den fremden auch eigene Belange wahrgenommen hat (MünchKomm<sup>4</sup>/Seiler, § 677 Rn. 9 m. w. N.) Dies soll selbst dann der Fall sein, wenn der Geschäftsführer aufgrund eines nichtigen Vertrages in der irrigen Meinung eigener Verpflichtung gegenüber dem Geschäftsherrn handelt (BGHZ 37, 258, 263; 39, 87, 90; 103, 139, 152; BGH NJW 1971, 609; 1988, 132; 1993, 3196; 1997, 47, 48; 2000, 422, 424; NJW-RR 1989, 970; 1993, 200; WM 2000, 973.)

Erforderlich ist weiterhin, dass B auch mit Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt hat.

- Der Fremdgeschäftsführungswille wird nach Ansicht der Rechtsprechung und eines Teils der Literatur selbst im Rahmen eines „auch fremden“ Geschäftes widerlegbar vermutet. (BGHZ 40, 28, 31; 65, 354, 357; 98, 235, 240; 143, 9, 15; BGH, NJW 2007, 63 (64); NJW 2009, 2590 (2591) [st. Rspr.]; MünchKomm<sup>5</sup>/Seiler § 677 Rn. 6). Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte wäre nach dieser Ansicht also ein Fremdgeschäftsführungswille zu bejahen.
- Nach der Gegenansicht (*Medicus /Petersen*, BR, Rn. 414) würde dies zu einer Umgehung der gesetzlichen Wertung des Bereicherungsrechts führen: Sollte die eigene Verpflichtung des Geschäftsführers infolge einer Vertragsnichtigkeit nicht bestehen, kann er sich im Wege der Leistungskondik-

tion nur an seinen (vermeintlichen) Partner halten. Ein Anspruch wegen Bereicherung in sonstiger Weise gegen den Geschäftsherrn tritt subsidiär zurück. Nur ausnahmsweise soll trotz vermeintlicher Verpflichtung gegenüber Dritten eine Fremdgeschäftsführung dann zu bejahen sein, wenn der Geschäftsführer mit *nachweisbarem* Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt hat. Dies ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, somit hat B nach dieser Ansicht mit der Zahlung kein Geschäft für F geführt.

- Folgt man der hM, liegt eine Fremdgeschäftsführung vor. Der Anspruch scheidet jedoch an der fehlenden Berechtigung (s. sogl.):

### III. Mit Willen und im Interesse des Geschäftsherrn

Schließlich müsste B auch im Interesse und mit Willen des F gezahlt haben. Der wirkliche Wille des F ist nicht ersichtlich. Sein mutmaßlicher Wille ist derjenige, den er bei objektiver Beurteilung aller Umstände im Zeitpunkt der Übernahme geäußert haben würde (vgl. Palandt<sup>70</sup>/Sprau § 683 Rn. 5). F hatte mit S eine vorrangige Befriedigung durch D vereinbart. Diese Einrede verlöre er bei einer Zahlungsübernahme des B, der ihn dann in Regress nehmen könnte. B war folglich nicht zu einer Übernahme der Geschäftsbesorgung berechtigt.

### IV. Ergebnis

B hat somit gegen F keinen Anspruch auf Erstattung der 2.000 € gem. §§ 683 S. 1, 677 BGB.

**C) Anspruch auf Zahlung von 2.000 € gem. §§ 684 S. 1, 818 II BGB**

Vorliegend könnte ein Vorrang der Leistungskondiktion B gegen S erwogen werden; jedenfalls scheitert ein Anspruch des B gegen F aus §§ 684 S. 1, 818 II BGB an der mangelnden Bereicherung, da aufgrund der Rückwirkungsfiktion des § 389 BGB die Schuld des F zum Zeitpunkt Zahlung des B bereits als erloschen galt. B hat folglich keinen Anspruch gegen F auf Wertsatz gem. §§ 684 S. 1, 818 II BGB.

**D) Anspruch auf Zahlung von 2.000 € § 812 I 1, 2. Fall BGB**

Auch ein Anspruch des B gegen F aus § 812 I 1, 2. Fall BGB ist nach hM aufgrund des Vorranges der Leistungsbeziehung zwischen S und B ausgeschlossen. Jedenfalls scheitert er an der mangelnden Bereicherung des F.

**E) Endergebnis**

B verlangt daher zu Unrecht Zahlung von 2.000 € von F.