

21

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 139, 766 Satz 1

Zur Geltung einer salvatorischen Klausel und zur Anwendung
des § 139 BGB bei einem teilweise formunwirksamen Bürg-
schaftsvertrag.

BGH, Urt. v. 30. Januar 1997 --IX ZR 133/96 - OLG Frankfurt
LG Darmstadt

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 133/96 **VERSÄUMNISURTEIL**

Verkündet am:
30. Januar 1997
Giovagnoli
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

GES G [REDACTED] des S [REDACTED] - und G [REDACTED] e.G.,
gesetzlich vertreten durch den Vorstand,
Dipl.-Kfm. Alfred B [REDACTED] und Gustav S [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED], N [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Richard K [REDACTED],
F [REDACTED]-E [REDACTED]-Straße [REDACTED], B [REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte Rechtsanwälte D. u. H. [REDACTED],
II. Instanz: [REDACTED] -

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 1997 durch den Vorsitzenden Richter Brandes und die Richter Dr. Kreft, Stodolkowitz, Kirchhof und Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 24. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 10. Mai 1996 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte war einziger Kommanditist sowie Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der N Kellerei H von N, W GmbH & Co. KG. Die Klägerin lieferte dieser Gesellschaft in großem Umfang



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Waren. Am 24. April 1991 unterzeichnete der Beklagte eine Bürgschaft bis zum Betrag von 1 Mio DM für alle Ansprüche der Klägerin gegen die Gesellschaft. Die Urkunde enthält unter anderem folgende Bestimmungen:

3. Die GES (Klägerin) ist verpflichtet in jedem Falle immer zuerst den Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen in der Form, daß sich die GES durch die gesamte Warenrücknahme und Pfändung der gesamten Vorräte, auch die welche nicht über die GES eingekauft/abgerechnet worden sind, bedient und gegen ihre Ansprüche aufrechnet. Die Bewertung der Warenvorräte erfolgt zu den jeweils aktuellen Einkaufspreisen des Hauptschuldners.
5. Die Bürgschaft ist zeitlich begrenzt bis zum 31. Dezember 1992 ...
7. Sollten einzelne Bestimmungen dieses Bürgschaftsvertrages nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sein bzw. nicht durchgeführt werden, so bleibt der Vertrag im übrigen bis zum vereinbarten Ablauf oder Veränderungen der Gesellschafterverhältnisse wirksam. Soweit Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Bestimmungen.

Als die Klägerin die Bürgschaft erhielt, bat sie den Beklagten um eine Änderung von Ziffer 3 der Erklärung. Dem stimmte der Beklagte durch Telefax vom 1. Mai 1991 zu. Darauf sandte die Klägerin dem Beklagten ein Exemplar der Bürgschaftsurkunde, versehen mit ihrer Unterschrift, zurück. In dem Begleitschreiben vom 16. Mai 1991 heißt es:

Demzufolge lautet Punkt 3 der Bürgschaft wie folgt:

Die GES ist verpflichtet in jedem Falle immer zuerst den Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen in der Form,

daß sich die GES durch Warenrücknahme und Pfändung der Warenvorräte, welche über die GES eingekauft/abgerechnet worden sind, bedient und gegen ihre Ansprüche aufrechnet. Die Bewertung der Warenvorräte erfolgt zu den jeweils aktuellen Einkaufspreisen des Hauptschuldners. Bei schwer verwertbaren Artikeln sind angemessene Abschläge möglich, wenn binnen 3 Monaten nach Warenübernahme kein Verkauf erfolgen konnte.

Im Oktober 1991 stellte die Hauptschuldnerin Konkursantrag. Am 8. Dezember 1992 verhandelten die Parteien über die Höhe der Restforderung. Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe sich bei diesem Gespräch vergleichsweise verpflichtet, zur Abgeltung ihrer restlichen Ansprüche noch 200.000 DM zu zahlen. Mit Schreiben vom 21. Dezember 1992 bat die Klägerin den Beklagten um Bestätigung der Vereinbarung. Der Beklagte sandte das Schreiben mit dem Vermerk "nicht anerkannt; nicht unterzeichnet" zurück. Am 28. Dezember 1992 erklärte sich der Beklagte handschriftlich mit einer Verlängerung der Bürgschaft bis zum 30. März 1993, einverstanden. Ob die Klägerin diese Urkunde im Original oder nur eine Telekopie erhalten hat, ist zwischen den Parteien streitig. Die Klägerin hat am 30. März 1993 das Mahnverfahren eingeleitet.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Zahlung von 200.000 DM, in erster Linie aufgrund der Vereinbarung vom 8. Dezember 1992, hilfsweise aus der Bürgschaft. Das Landgericht hat der Klage im Hauptbegehren stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision will die Klägerin die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung erreichen.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Die Entscheidung ergeht als Versäumnisurteil, beruht jedoch auf einer vollständigen Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 81 ff).

A.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht der Klägerin unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch zu.

Die Urkunde vom 24. April 1991 begründe keine Bürgschaftsverpflichtung. Die Klägerin habe das darin enthaltene Angebot abgelehnt. Die von ihr gewünschte Änderung sei nicht wirksam geworden, weil sie der Beklagte nicht unterzeichnet habe. Dieser Formmangel wirke sich gemäß § 139 BGB auf die gesamte Urkunde aus. Die Berufung auf den Formmangel sei nicht arglistig; denn es fehle an hinreichenden Anhaltspunkten für einen vom Beklagten geschaffenen Vertrauensstatbestand.

Die Klägerin könne den Beklagten auch nicht aus dem Vergleich in Anspruch nehmen. Dieser sei unwirksam, weil der von den Parteien damals als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspreche. Hätten

die Parteien gewußt, daß die Bürgschaft nichtig sei, hätten sie die von der Klägerin behauptete Vereinbarung nicht getroffen.

B.

Diese Erwägungen sind nicht in allen Punkten rechtlich haltbar. Gegenwärtig kann nicht ausgeschlossen werden, daß der Klägerin der geltend gemachte Anspruch aufgrund eines Vergleichs zusteht.

I.

Das Berufungsgericht hat die Frage nicht behandelt, ob die Parteien am 8. Dezember 1992 eine bestimmte Zahlungsverpflichtung des Beklagten verbindlich festgelegt haben. Für die revisionsrechtliche Prüfung ist vom Vorbringen der Klägerin auszugehen. Danach haben die Parteien an jenem Tag den Streit darüber, ob und in welchem Umfang der Beklagte der Klägerin etwas aus der Bürgschaft schuldet, durch eine Vereinbarung im Wege gegenseitigen Nachgebens ausgeräumt, sich also durch Vergleich geeinigt.

II.

Unstreitig gingen die Parteien damals davon aus, die erteilte Bürgschaft sei wirksam.

1. Die Revision meint, die Parteien hätten sich lediglich über eine Rechtsfrage geirrt, nicht jedoch einen bestimmten Sachverhalt im Sinne des § 779 BGB zugrunde gelegt, und verweist auf ältere höchstrichterliche Urteile, wonach ein reiner Rechtsirrtum nicht zur Unwirksamkeit des Vergleichs nach § 779 BGB führt (vgl. RGZ 157, 266, 269 ff; BGH, Urt. v. 28. Mai 1952 - II ZR 146/51, LM BGB § 779 Nr. 3; v. 24. September 1959 - VIII ZR 189/58, NJW 1959, 2109; v. 7. Juni 1961 - VIII ZR 69/60, NJW 1961, 1460). Diese Rechtsprechung wird im Schrifttum mit der Begründung angegriffen, auch die gemeinsame irrige Beurteilung einer Rechtsfrage könne zur Grundlage eines Vergleichs geworden sein; im übrigen sei die Abgrenzung eines reinen Rechtsirrtums vom Tatsachenirrtum häufig nicht praktikabel. Deshalb seien zum Sachverhalt alle Verhältnisse tatsächlicher und rechtlicher Art zu rechnen, die die Parteien als feststehend zugrunde gelegt hätten (Erman/Seiler, BGB 9. Aufl. § 779 Rdnr. 24; MünchKomm-BGB/Pecher, 2. Aufl. § 779 Rdnr. 40; Palandt/Thomas, BGB 56. Aufl. § 779 Rdnr. 15; Soergel/Lorentz, BGB 11. Aufl. § 779 Rdnr. 20; vgl. auch BGHZ 25, 390, 394).

Der Senat braucht dazu indessen nicht Stellung zu nehmen; denn die Beurteilung, ob die Klägerin den Beklagten - eine Hauptschuld vorausgesetzt - damals aus der Bürg-

schaft hätte in Anspruch nehmen können, hängt nicht lediglich von der Beantwortung einer Rechtsfrage ab, sondern erfordert, wie unten III noch zu zeigen sein wird, eine umfassende Wertung, für die tatsächliche Umstände ebenfalls von Bedeutung sind. Jedenfalls unter solchen Voraussetzungen geht es um einen Sachverhalt im Sinne des § 779 BGB.

2. Das Berufungsgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, daß die Parteien ihrer Vereinbarung einen Sachverhalt zugrunde gelegt haben, welcher der Wahrheit nicht entsprach, wenn die Klägerin damals wegen eines Formmangels der Bürgschaft den Beklagten nicht hätte in Anspruch nehmen dürfen. Wäre die Klägerin rechtlich gehindert gewesen, vom Beklagten Zahlung als Bürge zu verlangen, hätte kein Anlaß bestanden, in ein Vergleichsgespräch einzutreten. Unterstellt, der Klägerin stand damals infolge eines Formmangels der Bürgschaft unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt eine Forderung gegen den Beklagten zu, irrten sich die Parteien über einen Umstand, der die Grundlage der vergleichsweisen Einigung bildete.

III.

Die im Berufungsurteil getroffenen Feststellungen genügen indessen nicht, um einen Anspruch der Klägerin aus der Bürgschaft im Zeitpunkt des Vergleichsgesprächs am 8. Dezember 1992 auszuschließen.

1. Die vom Beklagten erteilte Bürgschaft war allerdings formnichtig.

a) Die Bürgschaft bedurfte der Schriftform (§ 766 Satz 1 BGB). Eine dieser Formvorschrift nicht entsprechende Erklärung wurde nicht nach § 350 HGB wirksam; denn Kaufmann ist lediglich der Rechtsträger des Unternehmens, hier also die Gesellschaft, nicht jedoch der einzelne Gesellschafter, auch dann nicht, wenn er die Gesellschaft beherrscht und zugleich die Geschäfte der Komplementär-GmbH führt. An dieser ständigen Rechtsprechung (vgl. BGHZ 5, 133, 134; 121, 224, 228; BGH, Urt. v. 12. Mai 1986 - II ZR 225/85, WM 1986, 939; v. 17. Januar 1991 - IX ZR 170/90, WM 1991, 536) hält der Senat fest.

b) Die in Ziffer 3 der Urkunde vom 24. April 1991 enthaltene Regelung ist nicht Vertragsinhalt geworden.

Als die Klägerin die Urkunde erhielt, bat sie den Beklagten, sich damit einverstanden zu erklären, daß anstelle jener Bestimmung eine Vereinbarung trat, wie sie im Schreiben der Klägerin vom 16. Mai 1991 zitiert ist. Gegen die rechtliche Wertung, daß die Klägerin damit das Bürgschaftsangebot des Beklagten abgelehnt und ihm einen neuen Antrag unterbreitet habe (§ 150 Abs. 2 BGB), wendet sich die Revision vergeblich. Zwar kann die Beantwortung eines Vertragsangebots mit dem Versuch, günstigere Bedingungen zu erreichen, im Einzelfall auch als Annahme gewertet werden, die zugleich den Vorschlag enthält, den Vertrag zugunsten des Annehmenden zu ändern (vgl. BGH, Urt. v. 13. Oktober 1982 - VIII ZR 155/81, WM 1982, 1329, 1330). Die Auslegung der

Antwort des Adressaten in einem solchen Falle ist jedoch grundsätzlich Sache des Tatrichters. Dessen Würdigung läßt im Streitfall keinen Rechtsfehler erkennen. Die Klägerin hat erst dann ein Exemplar der Bürgschaft mit ihrer Unterschrift versehen an den Beklagten zurückgesandt, als sich dieser mit der von ihr gewünschten Änderung einverstanden erklärt hatte. Dies legt es nahe, in dem Änderungsverlangen eine Ablehnung der Bürgschaft, wie sie in der Urkunde vom 24. April 1994 formuliert ist, zu sehen. Jedenfalls vermag die Revision einen Auslegungsfehler des Berufungsgerichts in diesem Punkt nicht aufzuzeigen.

Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Klägerin nach der Einigung mit dem Beklagten über Ziffer 3 des Vertrages die Urkunde mit dem ursprünglichen Inhalt unterzeichnet hat, ohne dort einen Änderungsvermerk anzubringen. Die Parteien waren sich darüber einig, daß die in Ziffer 3 der schriftlichen Bürgschaft enthaltene Regelung nicht gelten sollte. Dieser wirkliche übereinstimmende Wille geht dem Inhalt der Urkunde vor (st. Rspr.: vgl. BGH, Urt. v. 20. Januar 1994 - VII ZR 174/92, NJW 1994, 1528, 1529 m.w.N.).

c) Die Parteien haben die tatsächlich gewollte Regelung nicht wirksam in den Vertrag einbezogen.

aa) Die Vereinbarung, wie sie sich aus dem Schreiben der Klägerin vom 16. Mai 1991 ergibt, ist für den Bürgen, verglichen mit Ziffer 3 der Urkunde vom 24. April 1991, ungünstig; denn sie enthält keine Verpflichtung der Klägerin, sich vorrangig auch aus den Warenvorräten zu befriedigen,

die nicht bei ihr eingekauft waren, und erlaubt ihr zudem, Abschläge von den Einkaufspreisen der Waren vorzunehmen, die sie nicht binnen drei Monaten nach Rücknahme weiterverkaufen konnte. Der Beklagte mußte damit rechnen, er werde bei Eintritt des Bürgschaftsfalls in einem erheblich höheren Umfang in Anspruch genommen, als dies bei Geltung der von ihm angebotenen Regelung möglich gewesen wäre.

bb) Demzufolge bedurfte die Abrede der Schriftform des § 766 Satz 1 BGB. Die Rechtsprechung des Senats, wonach eine solche Bürgschaft neben dem Verbürgungswillen die Person des Gläubigers und des Hauptschuldners sowie die fremde Schuld, für die gebürgt werden soll, erkennen lassen muß (vgl. Senatsurt. v. 3. Dezember 1992 - IX ZR 29/92, NJW 1993, 724, 725; v. 21. Januar 1993 - IX ZR 90/92, NJW 1993, 1261, 1262; v. 30. März 1995 - IX ZR 98/94, WM 1995, 900, 901), bezeichnet nur den für die Einhaltung der Form in jedem Falle notwendigen Mindeststandard. Die Bestimmung des § 766 BGB soll sicherstellen, daß die Urkunde das übernommene Risiko hinreichend eingrenzt und dem Bürgen so bei Abgabe der Erklärung vor Augen führt, worauf er sich einläßt (Senatsurt. v. 29. Februar 1996 - IX ZR 153/95, ZIP 1996, 745, 746, z.V.b. in BGHZ). Dieser Schutzzweck erfordert es, daß alle den Bürgen belastenden Abreden der Schriftform unterliegen (Staudinger/Horn, BGB 12. Aufl. § 766 Rdnr. 12; vgl. auch Senatsurt. v. 14. November 1991 - IX ZR 20/91, NJW 1992, 1448, 1450).

cc) Die von der Klägerin gewollte Regelung haben die Parteien nicht formgerecht in den Bürgschaftsvertrag einbezogen. Nach der Rechtsprechung des Senats genügt eine Bürg-

schaftserklärung durch Telefax nicht den Anforderungen des § 766 Satz 1 BGB (BGHZ 121, 224). Für formbedürftige Änderungen kann nichts anderes gelten. Im übrigen steht hier nicht einmal fest, ob die Fax-Zusage des Beklagten vom 1. Mai 1991 den geänderten Text von Ziffer 3 der Bürgschaft überhaupt enthält oder jene Erklärung lediglich darin besteht, daß dem Begehren der Klägerin in allgemeiner Form zugestimmt wird.

2. Mit Erfolg wendet sich die Revision jedoch gegen das Berufungsurteil insoweit, als es infolge des Formmangels den gesamten Bürgschaftsvertrag gemäß § 139 BGB als nichtig behandelt.

a) Ziffer 7 der Bürgschaftsurkunde enthält eine salvatorische Klausel, wonach der Vertrag im übrigen gültig bleiben soll, wenn einzelne Bestimmungen nicht wirksam geworden sind oder nicht durchgeführt werden. Durch eine solche Klausel kann § 139 BGB in zulässiger Weise abbedungen werden (BGH, Urt. v. 29. Juni 1992 - II ZR 284/91, WM 1992, 1576, 1578; v. 8. Februar 1994 - KZR 2/93, WM 1994, 1035, 1037; v. 11. Oktober 1995 - VIII ZR 25/94, WM 1996, 22, 24), was allerdings nicht ausschließt, daß im Einzelfall die Nichtigkeit einer Bestimmung wegen ihrer besonderen Bedeutung den gesamten Vertrag erfaßt. Die salvatorische Klausel verkehrt lediglich die Vermutung des § 139 BGB in ihr Gegenteil. Danach trifft die Darlegungs- und Beweislast für Umstände, die die Nichtigkeit des ganzen Vertrages begründen, denjenigen, der sich darauf beruft (BGH, Urt. v. 11. Oktober 1995, aaO).

Diese Grundsätze gelten auch für Bürgschaftsverträge. Aus dem Schutzzweck des § 766 BGB kann nicht entnommen werden, daß die Vorschrift die Vertragsfreiheit in diesem Punkt einschränken will. Enthält der Vertrag, wie im Streitfall, formgerechte Angaben zu der Person des Gläubigers und des Hauptschuldners, dem Verbürgungswillen sowie der Verbindlichkeit, auf die sich die Haftung bezieht, kann es durchaus dem vernünftigen beiderseitigen Interesse der Parteien entsprechen, den gesamten Vertrag nicht an der Unwirksamkeit einer Einzelregelung scheitern zu lassen.

b) Im Streitfall ist jedoch nicht von vornherein klar, ob sich die salvatorische Klausel nur auf den Inhalt der Bürgschaftsurkunde oder die gesamten vertraglichen Abreden der Parteien bezieht. Was in dieser Hinsicht gelten soll, hängt allein vom geäußerten Parteiwillen ab. Das Berufungsgericht befaßt sich mit dieser Frage nicht. Auch die Parteien haben dazu nicht Stellung genommen. Dem Revisionsgericht fehlt daher die für eine eigene Auslegung notwendige Tatsachengrundlage. Folglich ist bei der rechtlichen Beurteilung von der für die Revisionsklägerin günstigeren Alternative auszugehen, daß die salvatorische Klausel die Vereinbarung der Parteien auch, soweit sie nicht in der Bürgschaftsurkunde niedergelegt ist, erfaßt. Da die Hauptschuld formgerecht bestimmt ist und die in dem Schreiben der Klägerin vom 16. Mai 1991 enthaltene Abrede nur die Art und Weise der Berechnung betrifft, hat in diesem Falle der Beklagte die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages zu beweisen.

34

c) Selbst wenn die Vermutung des § 139 BGB hier gelten sollte, kann das Berufungsurteil mit der bisher gegebenen Begründung keinen Bestand haben. § 139 BGB enthält eine widerlegliche Vermutung, die am mutmaßlichen Parteiwillen ausgerichtet ist. Daher kommt es in erster Linie darauf an, welche Entscheidung die Parteien bei Kenntnis der Sachlage nach Treu und Glauben und bei vernünftiger Abwägung getroffen hätten (BGH, Urt. v. 20. Juni 1980 - V ZR 84/79, NJW 1981, 222; v. 13. März 1986 - III ZR 114/84, NJW 1986, 2576, 2577; v. 7. Januar 1993 - IX ZR 199/91, NJW 1993, 1587, 1589). Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsurteil auf die Umstände, die im Streitfall Bedeutung gewinnen können, nicht eingegangen ist.

Die Klägerin wünschte eine ihr günstige Modifizierung der in Ziffer 3 der Urkunde vorgesehenen, die Haftung des Beklagten einschränkenden Regelung. Ihr ging es darum, die bei anderen Lieferanten gekauften Waren nicht zurücknehmen und sich anrechnen lassen zu müssen sowie außerdem berechtigt zu sein, bei schwer verkäuflichen Sachen einen angemessenen Abschlag von dem Preis vorzunehmen, den sie der Hauptschuldnerin in Rechnung gestellt hatte. Die Bürgschaft besaß für die Klägerin auch mit dem vom Beklagten vorgeschlagenen Inhalt einen erheblichen wirtschaftlichen Wert. Das Berufungsgericht hätte sich daher von seinem Standpunkt aus mit der Frage befassen müssen, ob die Parteien, wäre die Unwirksamkeit der im Schreiben der Klägerin vom 16. Mai 1991 enthaltenen Regelung bekannt gewesen, bei einer an Treu und Glauben ausgerichteten vernünftigen Betrachtungsweise eine Bürgschaft mit dem in der Urkunde niedergelegten Inhalt vereinbart hätten. Jedenfalls in diesem

Zusammenhang gewinnt die salvatorische Klausel aus Ziffer 7 der Bürgschaftsurkunde Bedeutung; denn sie bildet ein gewichtiges Indiz dafür, daß es dem Willen der Parteien entsprach, den formgerecht gefaßten Teil des Bürgschaftsvertrages unter den gegebenen Umständen aufrechtzuerhalten.

3. Das Berufungsgericht hat zudem nicht verfahrensfehlerfrei ausgeschlossen, daß die Berufung des Beklagten auf eine eventuelle Formunwirksamkeit der Bürgschaft hier ausnahmsweise als unzulässige Rechtsausübung gemäß § 242 BGB unbeachtlich ist.

a) Eine Partei kann nach Treu und Glauben sich nicht unter Berufung auf § 139 BGB von ihren Vertragspflichten befreien, wenn lediglich eine einzelne abtrennbare Regelung unwirksam ist, die ausschließlich den Vertragspartner begünstigt und dieser trotz des Fortfalls jener Regelung am Vertrag festhalten will (Senatsurt. v. 7. Januar 1993, aaO S. 1589). Die nicht formgerecht getroffene Vereinbarung wich ausschließlich zugunsten der Klägerin von Ziffer 3 der Bürgschaftsurkunde ab. Das Berufungsgericht hat nicht mit den Parteien erörtert, wie sich die Klägerin in diesem Punkt zum Fortbestand des Vertrages stellte, ob nicht insbesondere aus dem Inhalt des Vergleichs sowie der Art und Weise, wie er zustande kam, hervorgeht, daß für sie am 8. Dezember 1992 der Inhalt des Schreibens vom 16. Mai 1991 nicht mehr wesentlich war.

b) Gerade bei einem Bürgen, der als Gesellschafter der Hauptschuldnerin aus der Gewährung der vom Gläubiger erbrachten Leistungen längere Zeit Vorteile gezogen und durch

sein Handeln ein berechtigtes Vertrauen des anderen Teils auf die Wirksamkeit seiner Haftung begründet hat, kann es treuwidrig sein, sich der Verpflichtung unter Hinweis auf den Formmangel des Rechtsgeschäfts zu entziehen (BGHZ 26, 142, 151; 121, 224, 233; BGH, Urt. v. 29. Februar 1996, aaO S. 748). Im Streitfall hat die Klägerin offenbar in großem Umfang Waren an die Hauptschuldnerin geliefert. Der Inhalt der Bürgschaft deutet darauf hin, daß die Belieferung der Hauptschuldnerin nicht beendet war, sondern fortgesetzt werden sollte; denn die Verpflichtung erfaßt auch künftige Ansprüche. Soweit das Vorbringen der Klägerin für eine Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB nicht ausreichte, hätte das Berufungsgericht von seinem Fragerecht Gebrauch machen müssen (§ 139 ZPO). Von einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts durfte nicht schon deshalb abgesehen werden, weil die Hauptschuldnerin im Oktober 1991 Konkursantrag gestellt hat.

C.

Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben. Für die neue Verhandlung gibt der Senat die nachfolgenden Hinweise.

I.

Sollte das Berufungsgericht nunmehr zu dem Ergebnis gelangen, daß der Bürgschaftsvertrag im übrigen wirksam geblieben ist oder die Berufung auf den Formmangel gegen Treu und Glauben verstößt, kommt es darauf an, ob die Parteien am 8. Dezember 1992 den von der Klägerin behaupteten Vergleich geschlossen haben. Das Berufungsgericht wird sich dann mit den vom Beklagten gegen die erstinstanzliche Beweisaufnahme sowie die Würdigung des Beweisergebnisses erhobenen Rügen auseinanderzusetzen haben.

II.

Gelingt der Klägerin nicht der von ihr zu führende Beweis, daß sich die Parteien am 8. Dezember 1992 geeinigt haben, wird es darauf ankommen, ob die Klägerin den Beklagten noch aus der Bürgschaft in Anspruch nehmen kann.

1. Das Berufungsgericht hat die Bürgschaft als Zeitbürgschaft (§ 777 BGB) gewertet.

a) Wird einer Bürgschaft durch Individualvereinbarung eine zeitliche Begrenzung hinzugefügt, so kann diese die Bedeutung eines Endtermins haben. Es kann damit aber auch bestimmt sein, daß der Bürge nur für die bis zu dem genannten Zeitpunkt entstandenen Verbindlichkeiten haften soll, für diese aber unbegrenzt. Welche Bedeutung der Abrede zu-

kommt, ist durch Auslegung zu ermitteln (BGH, Urt. v. 29. April 1974 - VIII ZR 35/73, WM 1974, 478, 479; v. 20. November 1978 - VIII ZR 243/77, WM 1979, 15, 16; v. 17. Dezember 1987 - IX ZR 93/87, ZIP 1988, 221).

b) Die Revision beruft sich für ihre Auffassung, es liege eine gegenständlich beschränkte Bürgschaft vor, auf das Senatsurteil vom 17. Dezember 1987 (aaO), das eine Bürgschaft, die einen Kontokorrentkredit deckte, in diesem Sinne ausgelegt hat. Die dort maßgeblichen Erwägungen lassen sich indessen auf den Streitfall nicht ohne weiteres übertragen; denn die Parteien haben bisher nicht geschildert, wie es zu der zeitlichen Begrenzung gekommen und aus welchen Gründen sie vereinbart worden ist. Der Versuch der Klägerin, mit dem Beklagten noch im Dezember 1992 zu einer abschließenden den Bürgschaftsvertrag betreffenden Regelung zu gelangen, deutet eher darauf hin, daß eine Zeitbürgschaft gewollt war. Das Berufungsgericht wird gegebenenfalls den Vertrag in dieser Hinsicht unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalles auslegen müssen.

2. Stellt sich dann heraus, daß eine Zeitbürgschaft vereinbart wurde, kann die Klägerin den Beklagten daraus in Anspruch nehmen, sofern die Parteien den Geltungsbereich wirksam bis zum 30. März 1993 verlängert haben. Die Verlängerung bedurfte als den Bürgen belastende Abrede ebenfalls der Schriftform. Ob der Beklagte der Klägerin lediglich ein Telefax gesandt oder die Zustimmung formgerecht erteilt

hat, ist zwischen den Parteien streitig. Die Klägerin, die aus der Verlängerung der Bürgschaft Rechte herleiten will, trifft insoweit die Beweislast.

Brandes

Kreft

Stodolkowitz

Kirchhof

Fischer