

2126 012

Nachschlagewerk: ja
BGHZ:-----nein

BGB § 766

- a) Eine Abrede, durch welche die Verpflichtung des Bürgen eingeschränkt wird, bedarf nicht der Schriftform.
- b) Eine dem Bürgen nachteilige Bestimmung der Bürgschaftsurkunde kann schon beim Abschluß des Bürgschaftsvertrages formlos abbedungen werden, ohne daß die Bürgschaftsurkunde geändert wird.

BGH, Urt. v. 29. November 1967 - VIII ZR 101/65 - LG Berlin
KG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 101/65

URTEIL

Verkündet am

29. November 1967
Klett, Justiz-
hauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bankkaufmanns Ernst D[REDACTED] in B[REDACTED],
Ku[REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

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

gegen

den Kaufmann Israel G[REDACTED] in Mo[REDACTED]/Ka[REDACTED],
[REDACTED] Br[REDACTED] Avenue,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. November 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 6. April 1965 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war Gesellschafter der Kommanditgesellschaft "M■■■■■, Feinstrumpffabrik GmbH & Co." in B■■■■■ (im folgenden: KG). Diese stellte Anfang Oktober 1958 ihre Zahlungen ein. Der Beklagte errichtete gegen Ende des Jahres 1958 mit dem Kaufmann K■■■■■ (im folgenden: K.) als Auffanggesellschaft für die KG die "B■■■■■ M■■■■■ Feinstrumpf GmbH" (im folgenden: BMF) mit einem Stammkapital von 100 000 DM. Hiervon übernahmen der Beklagte und K. je 50 000 DM. Ferner vereinbarten sie, daß jeder von ihnen der BMF weitere 150 000 DM zur Verfügung stellen sollte. Dem Beklagten war erlaubt, seine 150 000 DM und 25 000 DM seiner Stammeinlage durch eine Sacheinlage (Rohstoffe und Materialien) zu erbringen, während K. 200 000 DM in bar zu leisten hatte.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Der Kläger war Inhaber eines Bankgeschäfts und hatte bei der Errichtung der BMF mitgewirkt. Für diese eröffnete er Anfang Dezember 1958 ein Kontokorrentkonto. Am 16. Dezember 1958 erteilte der Beklagte dem Kläger folgenden formularmäßigen

"Bürgschaftsschein

Für alle Forderungen, welche dem Bankgeschäft Ernst D. [REDACTED] (das ist die Klägerin) ... gegen die (BMF) aus der Gewährung von Krediten irgendwelcher Form oder Art oder aus irgendeinem sonstigen Rechtsgrunde jetzt oder künftig zustehen mögen, übernehme(n) ich/wir hiermit gegenüber der Bank bis zum Höchstbetrage von 25 000,-- ... zuzüglich der auflaufenden Zinsen, Provisionen ... die selbstschuldnerische auf eine bestimmte Zeit nicht beschränkte Bürgschaft ...

Die Bürgschaft erlischt nicht durch vorübergehende Rückzahlung der verbürgten Schuld durch den Hauptschuldner bei Fortbestehen des Kredit- oder Kontokorrentverhältnisses. Die seitens des Hauptschuldners und etwaiger anderer Bürgen geleisteten Zahlungen befreien mich/uns nur insoweit, als dadurch die verbleibende Forderung der Bank unter den von mir/uns verbürgten Betrag sinkt ...

Das Kontokorrentkonto wies zum 9. Januar 1959 eine Verbindlichkeit der BMF in Höhe von 18 838,35 DM auf. An diesem Tage zahlte K. seine Einlage von 200 000 DM ein, so daß sich ein Guthaben der BMF ergab. Am 11. Februar 1959 ließ auch der Beklagte - zu Lasten seines Ausländer-DM-Kontos - 25 000 DM auf das Konto der BMF übertragen. Auch in diesem Zeitpunkt bestand für die BMF auf dem Konto noch ein Guthaben. Ab Ende April 1959 wurde das Konto für dauernd passiv. Die BMF geriet in Vermögensverfall. Im Konkursverfahren hat der Kläger eine Forderung aus Kontokorrentkredit von 213 284 DM angemeldet, die der Konkursverwalter "in Höhe des nachzuweisenden Ausfalls an den Sicherheiten" anerkannt hat.

Der Kläger berechnet seine Bürgschaftsforderung auf 30 391,20 DM und hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung dieses Betrages zu verurteilen. Der Beklagte wendet ein, der Kläger habe - worüber die Parteien sich einig gewesen seien - durch die Einräumung eines Kredits von 25 000 DM nur die Voraussetzungen dafür schaffen sollen, daß der Beklagte und K. gegenüber dem Registergericht die Einzahlung von 25 % des Stammkapitals versichern konnten. Die Bürgschaft sei deshalb - abweichend von dem nicht angepaßten Formular - durch die Einzahlung der Einlage des K. (9. Januar 1959), spätestens aber durch die Einzahlung der halben Stammeinlage des Beklagten (11. Februar 1959) außer Kraft getreten.

Das Landgericht hat die Einwendung des Beklagten für unerheblich gehalten und ihn antragsgemäß verurteilt; das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Nach § 766 BGB ist zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Zweck der Formvorschrift ist es, sicherzustellen, daß dem Bürgen, der für eine fremde Schuld einzustehen verspricht, die Gefährlichkeit seiner Handlung zum Bewußtsein gebracht wird. Die Formvorschrift beansprucht Geltung nur soweit, wie ihr Zweck reicht. Formlos gültig ist deshalb eine Abrede, durch welche die Haftung

des Bürgen gegenüber dem, was sich aus der Bürgschaftsurkunde in Verbindung mit den gesetzlichen Vorschriften ergibt, eingeschränkt wird. Um eine solche Abrede handelt es sich bei der mündlichen (schlüssigen) Vereinbarung, die nach der Behauptung des Beklagten zwischen den Parteien getroffen sein soll. Nach dieser Behauptung trat an die Stelle des letzten Absatzes der Bürgschaftserklärung (in dem oben mitgeteilten Auszug) die Vereinbarung, daß die Bürgschaft erlosch, wenn der Beklagte 25 000 DM als Einlage für die BMF beim Kläger einzahlte. Dies war eine Nebenabrede zugunsten des Bürgen, die der Schriftform nicht bedurfte. Was die Revision, die den Begriff der Nebenabrede enger gefaßt wissen will, dagegen vorbringt, ist nicht stichhaltig. Es kommt nicht auf eine Abgrenzung des Begriffs der Nebenabrede, sondern darauf an, ob im einzelnen Falle die Schriftform, soweit sie eingehalten ist, ihre Warnungsfunktion erfüllt hat. Das ist hier zu bejahen: Durch das von ihm unterzeichnete Bürgschaftsformular wurde der Beklagte in vollem Umfang auf das von ihm einzugehende Risiko hingewiesen.

2. Dem Beklagten stand gegenüber dem Wortlaut der Bürgschaftsurkunde der Beweis offen, daß die Parteien ausdrücklich oder schlüssig in dem streitigen Punkt etwas anderes vereinbart hatten. Diesen Beweis sieht das Berufungsgericht als geführt an. Es geht davon aus, der Beklagte und K. seien an sich kapitalkräftig gewesen. Sie hätten aber erst für Anfang 1959 mit flüssigen Mitteln rechnen können. Um - nach ihrer Vorstellung - die sofortige Eintragung der BMF ins Handelsregister zu ermöglichen, sei der Kläger mit dem - vom Beklagten zu verbürgenden - Kredit von 25 000 DM eingespungen. Daraus ergebe sich, daß nach dem Sinn dieser

Vereinbarung die Bürgschaft in dem Zeitpunkt habe erlöschen sollen, in dem der Beklagte die 25 000 DM beim Kläger einzahlte. Zur Unterstützung dieser Auffassung zieht das Berufungsgericht die Aussage eines Zeugen R [REDACTED] heran, der bestätigt hat, daß der Beklagte die Bürgschaftsurkunde vom Kläger zurückgefordert hat, und würdigt außerdem die Entwicklung und den Ablauf der geschäftlichen Beziehungen zwischen dem Kläger und der BMF. Von den Verfahrensrügen der Revision (§ 286 ZPO) hat eine Erfolg.

Wie die Revision zutreffend geltend macht, hat der Beklagte selbst in seinem Schriftsatz vom 16. Oktober 1964 S. 4 vorgetragen, er habe die 25 000 DM bereits am 1. Dezember 1958 bei dem Kläger auf ein Ausländer-DM-Konto eingezahlt, habe aber erst später über dieses Geld verfügen können. Dies hat der Kläger im Schriftsatz vom 22. Februar 1965 S. 2 ausdrücklich mit dem Hinweis bestritten, der Vortrag des Klägers sei schon deshalb unglaubhaft, weil bereits seit Juli 1958 Beteiligungen an innerdeutschen Gesellschaften von Ausländern devisenrechtlich frei erworben werden konnten. Offenbar zum Beweise hierfür hat der Kläger in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht eine Druckschrift "Die zur Zeit gültigen kredit- und devisenpolitischen Regelungen der Deutschen Bundesbank, Stand April 1964" vorgelegt. Sie enthalten eine "Vergleichende Übersicht über die fortschreitende Liberalisierung des Warenverkehrs ... und des Kapitalverkehrs mit dem Ausland", aus der sich ergeben soll, daß der Beklagte über sein Ausländer-DM-Konto beim Kläger bereits nach der seit Juli 1958 geltenden Regelung frei verfügen konnte. Ob dies zutrifft, kann das Revisionsgericht schon deshalb nicht selbst feststellen, weil nichts darüber gesagt ist, um was für ein Ausländer-DM-Konto

es sich bei dem Konto des Beklagten gehandelt hat. Das Berufungsurteil behandelt den Einwand des Klägers überhaupt nicht. Wollte es, wie der Revisionsbeklagte meint, feststellen, der Beklagte habe jedenfalls im Dezember 1958 (irrtümlich) angenommen, er werde erst in einigen Wochen über sein Ausländer-DM-Konto frei verfügen können, so hätte dies gegenüber dem Vorbringen des Klägers einer Begründung bedurft. Hieran fehlt es. Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, daß das Berufungsgericht das Vorbringen des Klägers überhaupt übersehen hat (§ 286 ZPO). Für die Revisionsinstanz muß hiernach davon ausgegangen werden, daß in der Tat der Beklagte schon am 1. Dezember 1958 frei über die 25 000 DM verfügen konnte und dies auch wußte. Dann aber würde dem Ausgangspunkt des Berufungsgerichts der Boden entzogen sein, Sinn der ganzen Regelung sei es gewesen, die Zeit zu überbrücken, bis der Beklagte Anfang 1959 flüssige Mittel zur Verfügung hatte. Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß ohne diesen Ausgangspunkt das Berufungsgericht den Beklagten, der gegenüber der gegenteiligen Regelung der Bürgschaftsurkunde die volle Beweislast für seine Sachdarstellung hat, für beweisfällig gehalten hätte. Deshalb war unter Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 564 ZPO) die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 ZPO).

Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen, weil diese Kostenentscheidung von der neuen Entscheidung des Berufungsgerichts abhängt.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Mormann