

VIII ZR 251/61

Verkündet

am 5. Dezember 1962

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2233 052

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Stadtparkasse F., rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts in F./B., H.straße, gesetzlich vertreten durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrats, Oberbürgermeister Dr. Hans Bö.,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Kaufmann Robert S. in M.-G.,
Südliche Münchenerstraße 60,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 1962 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Messner und Mormann für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 14. Juli 1961 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an den 3. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im April 1952 gewährte die klagende Sparkasse dem Kaufmann P. [REDACTED] (Alleininhaber der Firma "Metallbettenfabrik N. [REDACTED]", später "M. [REDACTED]") einen bis zum 31. Dezember 1952 befristeten Kredit in laufender Rechnung bis zum Höchstbetrage von 45 000 DM über das Kontokorrentkonto Nr. 669. Der Beklagte trat zur Sicherung des Kredits drei Teilgrundschulden zu je 15 000 DM an die Klägerin ab. Zeichnungsberechtigt für das Konto Nr. 669 waren nur der Schuldner und der Beklagte gemeinsam. Die Kontokarte trug den Vermerk "Sollkonto". Für den Schuldner wurde - ebenfalls im April 1952 - ein weiteres Konto Nr. 798 eingerichtet, das auf der Kontokarte als "Habenkonto" bezeichnet war. Die Kreditgewährung ging in der Weise vor sich, daß der Schuldner und der Beklagte gemeinsam zu Lasten des Kontos Nr. 669 verfügten, und zwar in der Regel durch Überweisung auf das Konto Nr. 798, das entsprechend erkannt wurde. Über dieses Konto verfügte dann der Schuldner allein in banküblicher Weise. Der gewährte Kredit war bis Mitte Dezember 1952 bis auf einen unbedeutenden Rest abgedeckt.

Er wurde zu dieser Zeit bis zum 31. März 1954 verlängert, so daß der Schuldner über das Konto Nr. 669 wieder einen Kredit bis zu 45 000 DM in Anspruch nehmen konnte und erneut in Anspruch nahm. Der Beklagte übernahm am 17. Januar 1953 die selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von 45 000 DM. Im Februar 1953 wurde der Kredit gegen entsprechende formularmäßige Bürgschaft des Beklagten vom 27. Februar 1953 und Abtretung einer weiteren Teilgrundschuld seitens des Beklagten von 15 000 DM

um 20 000 DM auf 65 000 DM aufgestockt, im April 1953 um weitere 30 000 DM bei entsprechender Erweiterung der Bürgschaft durch Formularvertrag vom 22. April 1953. Der Beklagte haftete danach aus seinen Bürgschaften bis zu einem Höchstbetrag von insgesamt 95 000 DM. Um die Jahreswende 1953/54 ergaben sich zwischen den Parteien Differenzen. Der Beklagte sagte sich von seiner Bürgschaftsverpflichtung los und focht durch Schreiben vom 16. Februar 1954 die Bürgschaft wegen arglistiger Täuschung an. Die Klägerin stellte den Debetsaldo des Kontos Nr. 669 im Betrage von über 100 000 DM zum 31. März 1954 fällig. Sie verlangt jetzt vom Beklagten aus der Bürgschaft 95 000 DM Hauptforderung nebst Zinsen, sowie 2 324,40 DM rückständige Zinsen und Kosten. Das Landgericht hat den Beklagten nach Antrag verurteilt, das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils; der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Klägerin habe wiederholt Obliegenheiten aus dem Bürgschaftsvertrag gegenüber dem Beklagten treuwidrig verletzt und deshalb ihren Bürgschaftsanspruch verwirkt (I); hilfsweise greife die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch (II).

I. Verwirkung

Das Berufungsgericht beanstandet das Verhalten der Klägerin unter mehreren Gesichtspunkten. Der Beklagte



habe wiederholt und mit Nachdruck auf seinem Mitzeichnungsrecht bezüglich des Kontos Nr. 669 bestanden. Damit habe er sich eine Kontroll- und Steuerungsmöglichkeit bezüglich des Kreditgebahrens des Schuldners sichern wollen. Diese Möglichkeiten habe ihm die Klägerin dadurch genommen, daß sie dem Schuldner ohne sein (des Bürgen) Wissen in zunehmendem Umfang Kredit auch über das Konto Nr. 798 gewährt habe. Das habe dem Sinn der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung und auch der Bestimmung dieses Kontos als Guthabenkonto widersprochen, auf dem deshalb ein Debet überhaupt nicht habeerscheinen dürfen. Ferner habe die Klägerin insofern treuwidrig gehandelt, als sie bei der Neugewährung des Kredits im Dezember 1952 und bei der zweimaligen Aufstockung des Kredits im Februar und April 1953 den jeweiligen Kreditbetrag nur zum Teil oder überhaupt nicht dem Schuldner effektiv zugeführt, im übrigen aber zur Abdeckung eines Debets auf dem Konto Nr. 798 verwandt habe. Andererseits habe sie, soweit nicht sofort über den Kredithöchstbetrag verfügt worden sei, dem Schuldner über Konto Nr. 798 einen zusätzlichen Kredit jeweils in der Höhe bewilligt, daß die Debetsalden auf beiden Konten dem Bürgschaftshöchstbetrag entsprachen.

Die Revision rügt Verletzung der §§ 133, 157, 242 BGB, ferner Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften (§§ 138, 139, 286 ZPO); das Berufungsgericht habe den Prozeßstoff nicht ausgeschöpft, insbesondere wesentliches - zum Teil unter Beweis gestelltes - Vorbringen der Klägerin übergangen. Die Revision ist begründet.

1. Der Bürgschaftsvertrag ist ein einseitig den Bürgen verpflichtender Vertrag; aus ihm sind Sorgfaltspflichten ^{auch als Nebenpflichten} für den Gläubiger nicht herzuleiten (RG HRR 1938 Nr. 510,

Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 14. Bearb. § 195 IV 1; Soergel/Siebert 9. Aufl. § 776 Nr. 1, § 765 Nr. 16). Allerdings können solche im Vertrag besonders ausbedungen werden. Auch wenn das nicht geschehen ist, hat aber der Gläubiger dem Bürgen gegenüber Treu und Glauben zu wahren. Verletzt er diese "Obliegenheit" (Soergel/Siebert aaO § 765 Nr. 16) in gröblicher Weise oder arglistig (RGZ 87, 327, 328; BGH WM 1960, 51), so kann er seine Bürgschaftsforderung verwirken. Die Verletzung von besonders bedungenen Sorgfaltspflichten verpflichtet als positive Vertragsverletzung nur zum Schadensersatz, gibt jedoch, da der Bürgschaftsvertrag kein gegenseitiger Vertrag ist, dem Bürgen nicht das Recht, sich vom Vertrage zu lösen. Es kann aber für die Frage, ob der Gläubiger dem Bürgen gegenüber Treu und Glauben verletzt hat, und welches Gewicht seiner Obliegenheitsverletzung zukommt, eine Rolle spielen, ob er zugleich gegen vertraglich besonders übernommene Verpflichtungen verstoßen hat. Es ist deshalb zunächst klarzustellen, inwieweit im Bürgschaftsvertrag die Klägerin besondere vertragliche Verpflichtungen gegenüber dem Beklagten übernommen hat.

2. Dazu ergibt sich aus den Feststellungen des Berufungsurteils: Am 18. März 1952 wurde bei der Klägerin der Antrag des P [REDACTED] auf Eröffnung eines Kontokorrentkredits über 45 000 DM zwischen dem Beklagten, P [REDACTED] und dem Direktor F [REDACTED] der Klägerin besprochen. Mit Schreiben vom 27. März 1952 teilte die Klägerin dem Antragsteller P [REDACTED] mit, daß ihr Verwaltungsrat den Kredit unter folgenden Bedingungen bewilligen:

".....

4. Die (Klägerin) übernimmt hinsichtlich der Inanspruchnahme des Kredits durch die kreditnehmende Firma (dem Beklagten) gegenüber in keiner Weise eine Verpflichtung oder Haftung.

Wenn (der Beklagte) irgendwelche Bedingungen an die Verwendung des Kredits knüpfen will, dann kann dies nur im Rahmen einer reinen privaten Abmachung zwischen ihm und der kreditempfangenden Firma geschehen, an der die (Klägerin) nicht beteiligt ist."

Abschrift dieses Schreibens erhielt der Beklagte. Er nahm mit Schreiben vom 30. März 1952 wie folgt Stellung:

"... Unter Ziffer 4 dieser Herrn P. [REDACTED] bekanntgegebenen Bedingungen wird von Ihrer Seite erklärt, daß die Stadtparkasse hinsichtlich der Inanspruchnahme des Kredits durch die kreditnehmende Firma mir gegenüber in keiner Weise eine Verpflichtung oder Haftung übernehme, und daß etwaige Bedingungen zwischen der kreditnehmenden Firma und mir über die Verwendung des Kredits nur im Rahmen einer rein privaten Abmachung geschehen könne, an der die Sparkasse nicht beteiligt ist.

Diese Bedingung widerspricht der Abmachung, die bei der Besprechung am 18. März 1952 ... getroffen wurde. Es bestand damals Einigkeit darüber, daß Herr P. [REDACTED] nur gemeinsam mit mir über den Kredit verfügen könne. Von Ihrer Seite wurde folglich anerkannt, daß die Stadtparkasse die Gewähr dafür übernehmen wolle, daß der Kredit nur dann von Herrn P. [REDACTED] in Anspruch genommen werden könne, wenn meinerseits die Zustimmung Ihnen gegenüber erklärt worden ist".

Am 7. April 1952 schlossen die Klägerin und P. [REDACTED] einen schriftlichen Kreditvertrag "über einen Kredit in laufender Rechnung bis zum Höchstbetrage von 45 000 DM". Zugleich wurde das Konto Nr. 669 eröffnet, über das, worüber die

Parteien einig sind, nur der Schuldner mit dem Beklagten zusammen verfügen konnte, was auch durch einen Vermerk auf den Unterschriftskarten festgehalten war. In der ersten (nicht formularmäßigen) Bürgschaftserklärung vom 17. Januar 1953 übernahm der Beklagte die Bürgschaft "unter der Voraussetzung der zwischen Herrn P [REDACTED] und (ihm) vereinbarten Gegenzeichnung". Im Begleitschreiben vom 27. Februar 1953, mit dem er die formularmäßige Bürgschaftsurkunde vom selben Tag über 65 000 DM übersandte, erklärte er in Erwiderung auf ein Schreiben der Klägerin vom 21. Februar 1953:

"Im Allgemeinen gehe ich mit Ihren Ausführungen vom 21. Februar 1953 einig und erkenne an, daß ein Widerruf meiner Bürgschaft so lange nicht möglich ist, als auf dem KK 669 Kredit in Anspruch genommen wird. Mein unersetzlicher Vorbehalt dazu lautet allerdings, daß über dieses Konto nur von Herrn P [REDACTED] und mir gemeinsam verfügt werden kann."

Demnach hatte nach den Nebenabreden zum Bürgschaftsvertrag die Klägerin dafür einzustehen, daß der Schuldner nicht allein, sondern nur zusammen mit dem Beklagten über das Kreditkonto Nr. 669 verfügte. Weitere Verpflichtungen der Klägerin bestanden jedoch nicht. Insbesondere kann, entgegen der Meinung des Berufungsgerichts, aus der Korrespondenz nichts dafür entnommen werden, daß die Klägerin außerhalb des Kontos Nr. 669, insbesondere über das Konto 798, dem Schuldner Kredit nicht gewähren durfte. Dem bei den Verhandlungen erhobenen Wunsch des Beklagten war vielmehr genau und in ganzem Umfange dadurch entsprochen worden, daß der Schuldner zur Verfügung über das Kreditkonto der Mitzeichnung des Beklagten bedurfte.

Ein Verbot, dem Schuldner außerhalb des Kontos Nr. 669

Kredit zu gewähren, ist nach dem Berufungsurteil auch nicht stillschweigend vereinbart worden. Wohl hat der Beklagte vorgetragen, er habe auf die gemeinsame Zeichnungsbefugnis deshalb Wert gelegt, weil er habe sicherstellen wollen, daß die Schuld P [REDACTED] bei der Klägerin niemals die Bürgschaftssumme übersteigen konnte. Er hat aber nicht dargelegt, daß er dies irgendwann der Klägerin gegenüber zum Ausdruck gebracht habe; das Berufungsurteil enthält insoweit auch keine Feststellungen. Der Beklagte beruft sich vielmehr immer wieder auf die Korrespondenz, die aber nur seine Forderung enthält, daß der Schuldner nur mit ihm (Beklagten) zusammen zeichnungsberechtigt sein sollte. Eine Vereinbarung dieses Inhalts behielt ihren guten Sinn für den Beklagten auch ohne die weitere und davon verschiedene Vereinbarung, die Klägerin dürfe dem Schuldner außerhalb des Kontos Nr. 669 keinen Kredit gewähren. Denn durch das Mitzeichnungsrecht des Beklagten war sichergestellt, daß der von der Klägerin bewilligte, durch die Bürgschaft gesicherte Kredit nur unter seiner Kontrolle ausgezahlt werden und der Beklagte infolgedessen auch auf die Verwendung dieses Kredits Einfluß nehmen konnte. Es kann mithin nicht - wie das Berufungsgericht anscheinend will - aus der unstreitigen Vereinbarung über das Gesamtzeichnungsrecht bezüglich des Kontos Nr. 669 ein Verbot für die Klägerin hergeleitet werden, dem Schuldner außerhalb dieses Kontos zusätzlichen Kredit zu geben.

Insoweit ist auch der Vermerk auf dem Kontoblatt des Kontos Nr. 798 "Habenkonto" unerheblich. Nach der Meinung des Berufungsgerichts bedeutete dieser Vermerk, "daß ein Debet nur auf dem Konto Nr. 669 erscheinen durfte, während das Konto Nr. 798 immer ein Guthaben aufzuweisen, zumindest aber ausgeglichen zu sein hatte." Mit

Recht hat demgegenüber die Revision darauf hingewiesen, daß die Bezeichnungen der Konten auf den Kontenblättern nur bankinterne Bedeutung hatten. Sie waren für den Kontoführer eine Erinnerungsstütze, wie die Kreditgewährung kontenmäßig abzuwickeln war und - möglicherweise - eine Anweisung an den Kreditsachbearbeiter, eine Überziehung des Kontos nur mit Genehmigung der Direktion zuzulassen (vgl. Aussage des Zeugen Pr. [REDACTED] Bl. 521 der GA). Der Beklagte kann daraus für sich nichts herleiten, zumal sich aus dem Berufungsurteil auch nicht ergibt, daß er vor dem Rechtsstreit die Kontenblätter überhaupt zu Gesicht bekommen hat.

3. Der Beklagte mag allerdings ein allgemeines Interesse daran gehabt haben - wie es jeder Bürge hat -, daß der Schuldner möglichst keine weiteren Schulden macht, jedenfalls nicht ohne Zustimmung des Bürgen. Ein solches Interesse zu achten gehört jedoch nicht zu den Obliegenheiten eines Gläubigers gegenüber dem Bürgen. Die Klägerin konnte sich in der Frage, ob sie weiteren Kredit gewähren wollte oder nicht, von ihren eigenen Interessen (oder den damit möglicherweise gleichlaufenden Interessen des Schuldners) leiten lassen. Auf ein Gegeninteresse des Beklagten hatte sie grundsätzlich keine Rücksicht zu nehmen. Für einen extremen Fall (Zusammenwirken von Gläubiger und Schuldner zum Nachteil des Bürgen), in dem vielleicht etwas anderes gelten könnte, ist aus den Feststellungen des Berufungsurteils und dem Vorbringen des Beklagten nichts zu entnehmen. Denn die Klägerin hat unwiderlegt geltend gemacht, es sei wegen dringender betrieblicher Bedürfnisse des Unternehmens des Schuldners erforderlich geworden, ihm über Konto-Nr. 798 zusätzlichen Kredit zu gewähren. Hat die Klägerin

dem entsprochen, so kann sie dadurch nicht ihren Bürgschaftsanspruch hinsichtlich des Kredits verwirkt haben, den sie unter Mitwirkung des Beklagten über das Konto Nr. 669 dem Schuldner gegeben hat.

4. Zu Unrecht findet das Berufungsgericht die Grundlage für eine Verwirkung des Bürgschaftsanspruchs ferner darin, daß der Kredit, für den der Beklagte abschnittsweise die Bürgschaft übernahm, jeweils nur zum Teil dem Kreditnehmer effektiv zufließ, im übrigen ihm aber nach Meinung des Berufungsgerichts dadurch "vorenthalten" wurde, daß er dazu verwandt wurde, den über Konto Nr. 798 bereits in Anspruch genommenen Kredit abzudecken. Inwieweit das Berufungsgericht in diesem Punkte das Verhalten der Klägerin zu Recht beanstandet, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen; denn es kann nicht Grundlage für eine Verwirkung des Bürgschaftsanspruches bilden. Was der Beklagte (und mit ihm das Berufungsgericht) hier beanstandet, ist in Wirklichkeit nicht, daß die Klägerin entsprechend den gemeinsamen Überweisungsaufträgen des Beklagten und des Schuldners die Kreditbeträge jeweils dem Konto Nr. 798 zuführte, wo sie infolge der Kontokorrentabrede automatisch den bereits vorhandenen Debetsaldo abdeckten, sondern daß die Klägerin sich die Bürgschaften habe geben lassen, ohne den Beklagten darüber aufzuklären, daß der zu sichernde Kredit (teilweise) bereits gegeben war. Das etwa zu rügende Verhalten der Klägerin liegt mithin vor dem Abschluß der Bürgschaftsverträge. Es kann deshalb nicht unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung, sondern nur unter dem der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder des Verschuldens bei Vertragsschluß eine Einwendung des Beklagten begründen.

5. Nicht behandelt hat das Berufungsgericht einen weiteren Verwirkungsgrund, den der Beklagte in folgendem finden will:

Da das Konto Nr. 669 ein Kontokorrentkonto gewesen sei und alle Posten aus der Geschäftsverbindung zwischen der Klägerin und dem Schuldner kontokorrentpflichtig gewesen seien, habe er (Beklagter) davon ausgehen dürfen, der Schuldner werde auch alle Eingänge über dieses Konto laufen lassen und so den Kredit nach und nach abdecken. Tatsächlich aber habe der Schuldner, nachdem der Beklagte Bürgschaft geleistet hatte, in arglistigem Zusammenwirken mit der Klägerin das Kontokorrentkonto Nr. 669 stillgelegt und die Eingänge fast ausschließlich über das nur als Auszahlungskonto angelegte Konto Nr. 798 laufen lassen und dieses somit zum Kontokorrentkonto gemacht. Damit habe er eine Tilgung des über Konto Nr. 669 bewilligten Kredits verhindert. Auch habe er dadurch seine Finanzgestaltung der Kontrolle des Beklagten entzogen.

Richtig ist nach den vorliegenden Kontoauszügen, die unstreitig die Geschäftsvorfälle zwischen der Klägerin und dem Schuldner richtig wiedergeben, daß von März bis November 1953 das Konto Nr. 669 - im Gegensatz zum Konto Nr. 798 - keine nennenswerten Eingänge mehr aufweist. Unstreitig ist ferner, daß in einem Sicherungsvertrag vom 20. Dezember 1952 (Bl. 484 ff der GA) mit der "Noris" diese sich (§ 4) u.a. dem Beklagten gegenüber verpflichtete, "dafür zu sorgen, daß sämtliche Zahlungen der aus der laufenden Fabrikation belieferten Kunden über das bei der Stadtparkasse eröffnete Kontokorrentkonto laufen." Wenn damit, wie der Beklagte als selbstverständlich annimmt, das Konto Nr. 669 gemeint sein sollte, wäre aus der abweichenden Behandlung der Eingänge durch den

Schuldner der Klägerin ein Vorwurf allenfalls dann zu machen, wenn sie diese Vereinbarung zwischen Bürgen und Schuldner gekannt und bei der Vertragsverletzung seitens des Schuldners mitgewirkt hätte. Beides ist nicht festgestellt. Es verstand sich für die Klägerin auch nicht von selbst, daß der Schuldner dem Beklagten gegenüber sich so weitgehend gebunden hatte. Die Korrespondenz sprach, wie oben bereits ausgeführt wurde, nur dafür, daß der Beklagte sich die Kontrolle über die Zuteilung des durch die Bürgschaft gesicherten Kredits durch die Vereinbarung des Mitzeichnungsrechtes vorbehalten hatte. War aber der Schuldner gehalten, sämtliche Eingänge über das Kreditkonto laufen zu lassen - nach dem Kreditvertrag mit der Klägerin vom 7. April 1952 war er außerdem verpflichtet (Ziff. 10), "seine gesamten Geld- und Bankgeschäfte über die (Klägerin) zu tätigen" - so bedeutete das, daß der Beklagte nicht nur die Zahlung und Verwendung des Kredits kontrollierte, sondern daß der Schuldner zu jeder (unbaren) Zahlung der Mitzeichnung des Beklagten bedurfte. Eine solche Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des Schuldners war alles andere als selbstverständlich.

Das angefochtene Urteil läßt sich demnach nicht darauf stützen, daß die Klägerin ihren Bürgschaftsanspruch verwirkt habe.

II. Anfechtung der Bürgschaft wegen arglistiger Täuschung

Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat der damalige Kreditsachbearbeiter der Klägerin, der Zeuge Pr [REDACTED],

bei den Bürgschaftsverhandlungen dem Beklagten arglistig verschwiegen, daß per 31. Dezember 1952 das Konto Nr. 669 mit einem Debet von 46 674,97 DM um den 45 000 DM übersteigenden Betrag überzogen war, ferner daß das Konto Nr. 798 (per 16. Januar 1953) ein Debet von 1 986,65 DM aufwies, sowie daß (nach einem Vermerk auf Bl. 1/1/53 des Kontos 798) im Januar 1953 dem Schuldner eine Überziehung dieses Kontos um 10 000 DM durch die Klägerin erlaubt gewesen sei. Nimmt man hier die Feststellungen hinzu, die das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang dazu getroffen hat, daß bei der Übernahme bzw. Aufstockung der Bürgschaft der zu sichernde Kredit teilweise über Konto Nr. 798 bereits in Anspruch genommen war, so hat die Klägerin durch Pr. [REDACTED] ferner dem Beklagten verschwiegen, daß bei der erneuten Bewilligung des Kredits von 45 000 DM am 22. Dezember 1952 über Konto Nr. 798 bereits 29 425,73 DM in Anspruch genommen waren, daß die erste Kreditaufstockung am 21. Februar 1953 voll zur Abdeckung des überzogenen Kontos Nr. 798 verwandt wurde, und von dem zweiten Aufstockungsbetrag von 30 000 DM im April 1953 ein Betrag von 27 906,85 DM.

Die Revision rügt - außer mehrfacher Verletzung des § 286 ZPO -, daß die Klägerin nicht verpflichtet gewesen sei, die vermeintlich verschwiegenen Umstände dem Beklagten zu offenbaren, daß sie mithin im Rechtssinne nichts verschwiegen habe. Die Rüge ist begründet.

Soweit es sich um das Konto Nr. 669 handelte, war der Beklagte - als Mitzeichnungsberechtigter - nicht gehindert, es einzusehen. Auf die verhältnismäßig geringfügige Überziehung per 31. Dezember 1952 brauchte die Klägerin umsoweniger hinzuweisen, als die Überziehung

im wesentlichen durch Belastungen zum Jahresende mit Spesen, Provisionen und Zinsen hervorgerufen war, und der Beklagte aus der Bürgschaft für den Überziehungsbetrag nicht haftete. Im übrigen hätte das Berufungsgericht prüfen müssen, ob und inwieweit eine Offenbarungspflicht der Klägerin bestand. Diese war nicht, wie das Berufungsgericht anscheinend annimmt, ohne weiteres zu bejahen. Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung die Meinung vertreten, daß es einem Gläubiger in der Regel nicht zuzumuten sei, dem in Aussicht genomme-

nen Bürgen die Verhältnisse des Hauptschuldners und seine geschäftlichen Beziehungen zu ihm aufzudecken. Es hat jedoch eine Offenbarungspflicht unter besonderen Umständen bejaht. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 7. März 1956 (WM 1956, 885, 888, wo auch die Belegstellen für die Rechtsprechung des Reichsgerichts aufgeführt sind) dies ausdrücklich gebilligt. Das Berufungsgericht hätte deshalb eine Offenbarungspflicht der Klägerin besonders begründen müssen. Es hätte Näheres über Anlass und Einzelheiten der Bürgschaftsverhandlungen zwischen den Parteien feststellen müssen. Wichtig war auch, ob der Beklagte, wie die Klägerin vorgetragen hatte, mindestens im wesentlichen über die Bewegungen auf dem Konto Nr. 798 orientiert war. Von Bedeutung konnte ferner sein, was die Klägerin eingehend dargelegt hatte (Schriftsatz vom 31. Januar 1960 unter IV, Bd. II Bl. 443 ff der GA), ob der Beklagte, der sich durch den Sicherungsvertrag vom 20. Dezember 1952 in weitem Umfang gesichert hatte, selbst eine so starke Stellung im Verhältnis zum Schuldner hatte, daß er in der Lage war, sein Risiko selbst zu überwachen, ein Gesichtspunkt, auf den der Bundesgerichtshof schon in seinem Urteil WM 1961, 392

hingewiesen hat. Andererseits konnte sich eine Verpflichtung der Klägerin zu näherer Unterrichtung des Beklagten ergeben, wenn dieser bei den Verhandlungen offensichtlich von irrigen Voraussetzungen über das Kreditverhältnis zwischen der Klägerin und dem Schuldner ausging. Von alledem ist nichts festgestellt.

Das angefochtene Urteil war deshalb gemäß § 564 ZPO aufzuheben und gemäß § 565 ZPO war die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Bei der Prüfung, ob die Klägerin ihren Bürgschaftsanspruch verwirkt hat, ist auch noch den weiteren bisher nicht erörterten Beanstandungen des Beklagten nachzugehen. Es ist jedoch nicht entscheidend, ob in der einen oder anderen Einzelheit das Vorgehen der Klägerin zu mißbilligen ist, sondern, ob eine Gesamtbewertung ihres Verhaltens den Vorwurf grober Treuwidrigkeit gegenüber dem Beklagten und die Folge rechtfertigt, daß dem Beklagten nicht zuzumuten ist, seine Bürgschaftsverpflichtung zu erfüllen. Eine so weitreichende Folge wird in der Regel nur gezogen werden dürfen, wenn das Verhalten des Gläubigers entweder auf die Bürgschaftsschuld selbst eingewirkt oder dem Bürgen die Möglichkeit genommen hat, Maßnahmen zu seiner Sicherung zu treffen. Ohne diese Voraussetzungen wird eine Verwirkung nur unter ganz besonderen Umständen angenommen werden können. Denn es darf nicht aus den Augen verloren werden, daß der Bürge bewußt ein Risiko dadurch übernimmt, daß er seine Verbindlichkeit von dem Verhalten des Schuldners abhängig macht, und daß der Gläubiger seinen Interessen (und evtl. denen des Schuldners) grundsätzlich den Vorrang geben darf

vor den Interessen des Bürgen.

Zu der Anfechtung der Bürgschaft wegen arglistiger Täuschung ist darauf hinzuweisen, daß neben diesem Rechtsbehelf dem Beklagten auch die - an leichtere Voraussetzungen geknüpfte - Berufung auf ein Verschulden bei Vertragschluß offensteht, wobei jedoch die oben aufgezeigten Grundsätze zu beachten sind.

In der erneuten Verhandlung hat die Klägerin auch Gelegenheit, ihre hier nicht behandelten Verfahrensrügen zur Geltung zu bringen.

Da der Rechtsstreit noch nicht zur Endentscheidung reif ist, war dem Berufungsgericht die von ihr abhängige Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen.

Dr. Haidinger Dr. Gelhaar Artl Dr. Messner Mormann