

Gesetz: §§ 766, 126 BGB

Rechtssatz: Ein Telegramm wahrt die für die Bürgschafts-
erklärung vorgeschriebene Schriftform nicht.

Aktenzeichen: VII ZR 223/56

Urteil des BGH vom 27. Mai 1957

LG Köln

OLG Köln

VII ZR 223/56

Verkündet am 27. Mai 1957
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der S K E AG., vertreten
durch ihren Vorstand, dieser vertreten durch die Direktoren
K: und Ernst Ludwig M in E ,

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

gegen

die Frau H: K , E -S /T , K: str. ,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 27. Mai 1957 unter Mitwirkung der Bun-
desrichter Scheffler, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien,
Dr. Winkelmann und H. Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln
vom 24. Mai 1956 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Am 29. April 1955 wandte sich ein Sohn der Beklagten, der Textilkaufmann A W in T , an die Klägerin, zu der er Geschäftsverbindungen unterhielt, mit der Bitte, ihm gegen ein Wechselakzept ein Darlehen von 351 000 DM zu gewähren. Er erklärte dabei, dass er das Geld dringend am selben Tage bis 13 Uhr für eine süddeutsche Bankverbindung benötige. Die Klägerin lehnte zunächst die Gewährung des Darlehens ab, sicherte aber dann in einem noch am Morgen des 29. April 1955 an W gesandten Fernschreiben zu, den Kredit auszuzahlen, wenn die Beklagte, die Kommanditistin eines der Klägerin befreundeten Unternehmens der gleichen Branche ist, umgehend telegrafisch ihr Einverständnis zur Hergabe der entsprechenden Bürgschaft gebe.

W bat die Beklagte, sich für ihn zu verbürgen. Diese sandte der Klägerin am Vormittag des 29. April 1955 ein Telegramm mit folgendem Inhalt:

"Übernehme Bürgschaft für 350 000 DM für W /
T . H K ."

Das Telegramm war von der Beklagten fernmündlich bei der Postanstalt ihres Wohnsitzes aufgegeben worden.

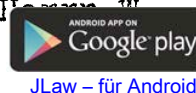
Nach dem Eingang des Telegramms überwies die Klägerin an W 351 000 DM und erhielt von ihm ein Wechselakzept über diese Summe.

Am 4. Mai 1955 schrieb die Klägerin an die Beklagte:

"Wir bestätigen dankend den Empfang des Telegramms, in dem Sie sich bereit erklären, die Bürgschaft für
orderung, die wir gegen H. gegen W."



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

übernehmen. Wir haben uns erlaubt, die Bürgschaftserklärung zu entwerfen und bitten Sie, diese mit Ihrer Unterschrift versehen baldigst wieder an uns zurückzusenden."

Zwischen dem 4. und 10. Mai 1955 unterschrieb die Beklagte die Bürgschaftserklärung und sandte sie ihrem Sohne. Sie behauptet; der Bürgschaftsurkunde ein Begleitschreiben mit folgendem Inhalt beigelegt zu haben:

"Lieber Ado! Wenn es so richtig ist, sende Du es weiter, sonst zurück."

Am 10. Mai 1955 bat die Klägerin die Beklagte telegrafisch um umgehenden Bescheid, wann die schriftliche Bürgschaftserklärung abgesandt sei, und fragte gleichzeitig bei W an, ob die Bürgschaftserklärung bei ihm eingegangen sei.

Am selben Tage antwortete die Beklagte mit einem handschriftlich aufgegebenen Telegramm:

"Bürgschaftserklärung Sonnabend an W /T ,
N , zur Weiterleitung abgesandt".

Ferner teilte am 10. Mai 1955 das Büro W der Klägerin mit, dass das von ihr bei der Beklagten angemahnte Dokument sich vermutlich bei der im Büro für W eingegangenen Post befinde und dass W es nach seiner Rückkehr durch Eilboten an die Klägerin weiterleiten werde.

Am nächsten Tage schrieb das Büro W der Klägerin, W sei mit dem Dokument ins Rheinland gefahren und werde es der Klägerin persönlich übergeben.

W gab die Bürgschaftserklärung aber nicht der Klägerin, sondern sandte die Urkunde nach einer Rücksprache mit einem Bruder der Beklagten an diese zurück.

Die Beklagte hat sich seither geweigert, eine Bürgschaftserklärung zu unterschreiben und für die Schuld ihres Sohnes einzustehen.

W hat den der Klägerin übergebenen Wechsel nicht eingelöst und auch sonst keine Zahlung auf seine Schuld geleistet. Sein Textilhandel ist finanziell zusammengebrochen.

Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte hafte ihr entweder aus Bürgschaftsvertrag oder aus Kreditauftrag oder Garantieverprechen. Die für die Bürgschaft erforderliche Form sei schon durch die Telegramme vom 29. April und 10. Mai 1955, sonst aber durch das Unterschreiben der Bürgschaftsurkunde und deren Zusendung an den Sohn der Beklagten gewahrt. Im übrigen handle die Beklagte arglistig, wenn sie sich auf Formmangel berufe.

Die Klägerin verlangt mit der Klage die Zahlung von 352 237,62 DM nebst 10 % Zinsen. Davon entfallen 2 237,62 DM auf Diskontspesen für den von W gegebenen Wechsel.

Die Beklagte beruft sich darauf, dass eine wirksame Bürgschaft mangels Schriftform nicht vorliege. Sie habe auch kein Garantieverprechen gegeben und keinen Kreditauftrag erteilt. Soweit sie aus Bürgschaft in Anspruch genommen wird, erhebt sie auch die Einrede der Vorausklage. Bisher sei weder ein Konkurs noch ein Vergleichsverfahren über das Vermögen ihres Sohnes eröffnet worden. Ein

Schwesterunternehmen der Klägerin tätige noch heute Geschäfte mit ihrem Sohne.

Die Klägerin erwidert auf die Einrede der Vorausklage, eine Zwangsvollstreckung gegen W sei aussichtslos.

Die Klägerin ist in den Vorinstanzen mit der Klage abgewiesen worden und verfolgt mit der Revision den Klageantrag weiter.

Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Aus Bürgschaft kann die Beklagte nur in Anspruch genommen werden, wenn sie die Bürgschaftserklärung schriftlich erteilt hat (§ 766 BGB). Etwas anderes würde nach § 350 HGB nur gelten, wenn die Bürgschaft für sie ein Handelsgeschäft gewesen wäre. Dafür sind keine Anhaltspunkte gegeben. Die Beklagte ist weder in ihrer Eigenschaft als Kommanditistin (RGSt 69, 65 /68, 697) noch als Inhaberin einer Leihbücherei (Schlegelberger HGB 3. Aufl § 1 Anm 55) Kaufmann.

Das Berufungsgericht verneint mit Recht einen wirksamen Bürgschaftsvertrag.

1.) Das Berufungsgericht wertet die telegrafische Erklärung vom 29. April 1955 dahin, dass die Beklagte damit schon eine Bürgschaftserklärung abgeben und sich nicht nur bereit erklären wollte, demnächst eine Bürgschaft zu übernehmen. Das entspricht dem Vortrag der Beklagten in den Vorinstanzen. Auch die Klägerin beruft sich darauf, dass das erste Telegramm eine wirksame Bürgschaftserklärung

enthalte. Bei dieser Sachlage ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht das Telegramm inhaltlich als Bürgschaftserklärung angesehen und nur noch geprüft hat, ob es der für die Bürgschaft notwendigen Schriftform genügt. Diese Frage hat es mit Recht verneint.

§ 126 BGB verlangt für die Fälle der durch gesetzliche Bestimmung vorgeschriebenen Schriftform, dass die Urkunde vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet wird. Telegrafische Übermittlung kann nach § 127 Satz 2 BGB nur die durch Rechtsgeschäft vereinbarte schriftliche Form ersetzen, aber nicht die durch Gesetz bestimmte Schriftform.

Diese gesetzliche Regelung ist eindeutig. Das Berufungsgericht ist mit Recht dem Versuch der Klägerin entgegengetreten, aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes den Willen des Gesetzgebers dahin zu deuten, dass § 127 Satz 2 BGB auch für die gesetzliche Schriftform - allgemein oder doch bei der Bürgschaft - den Ersatz durch Telegramm zulasse. Es trifft zwar zu, dass der erste Entwurf des BGB (§ 92 Abs 2) auch für die gesetzliche Schriftform ein Telegramm als ausreichend ansehen wollte, wenn das Aufgabetelegramm eigenhändig unterschrieben war; aber der zweite Entwurf (§§ 105, 106) hat sich für die Regelung entschieden, wie sie jetzt §§ 126, 127 BGB enthalten. Es trifft auch zu, dass für die Bürgschaft ursprünglich eine Schriftform nicht vorgesehen war; bei der ersten Beratung im Plenum des Reichstages ist aber beantragt worden, als § 750 a eine dem jetzigen § 766 entsprechende Vorschrift in das Gesetz aufzunehmen, und dieser Antrag ist bei der Abstimmung fast einstimmig angenommen worden (Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II S 1295). Die Ansicht

der Klägerin, der Gesetzgeber habe die telegrafische Erklärung der Bürgschaft für ausreichend gehalten, findet daher in den Gesetzesmaterialien keine Stütze. Auf die eingehende Begründung des Berufungsgerichts hierzu wird verwiesen.

Die Revision meint gleichwohl, bei der Bedeutung der Telegramme im heutigen Wirtschaftsleben müssten telegrafisch übermittelte Erklärungen schriftlichen Erklärungen gleichgestellt werden. Sie beruft sich darauf, dass die Rechtsprechung für im Prozess einzureichende Schriftsätze, z.B. Rechtsmittelschriften, das Erfordernis der handschriftlichen Unterzeichnung aufgegeben und die Einlegung eines Rechtsmittels durch Telegramm, auch durch ein nur fernmündlich aufgegebenes, zugelassen habe. Für rechtsgeschäftliche Erklärungen müsse dasselbe gelten wie für prozesuale.

Richtig ist allerdings, dass die Rechtsprechung die Form des Telegramms als ausreichend für die Einlegung von Rechtsmitteln im Straf- und Zivilprozess angesehen hat. Zunächst ist im Strafprozess schon vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Einlegung der Revision durch Telegramm für zulässig gehalten worden mit der Begründung, dass § 381 (jetzt § 341) StPO nur bestimme, dass die Revision schriftlich einzulegen sei, und keine Unterschrift verlange (RGSt 9, 38). Die Entscheidung RGSt 10, 166 dehnt die Zulassung des Telegramms auf die Rechtfertigung der Revision aus, ohne sich freilich damit auseinanderzusetzen, dass § 385 (jetzt § 345) StPO eine von dem Verteidiger oder einem Rechtsanwalt unterzeichnete Schrift verlangt, also weitergehende Anforderungen stellt als die Vorschrift des § 381 (§ 341) StPO. Dieser Unterschied ist dagegen in der

Entscheidung des Bundesgerichtshofs BGHSt 8, 174 beachtet. Diese hält die Rechtfertigung der Revision auch durch fernmündlich aufgegebenes Telegramm für zulässig mit der Begründung, es sei im Gesetz nicht vorgeschrieben, dass die Unterschrift vom Verteidiger oder Rechtsanwalt eigenhändig vollzogen sein müsse; er könne sich vielmehr dazu einer anderen Person bedienen; es sei unbedenklich, dass er den Wortlaut des Telegramms fernmündlich diktiere und damit die das Telegramm aufnehmende Person ermächtige, den Text zu schreiben und mit seinem Namen zu unterzeichnen.

Der Rechtsprechung der Strafsenate sind die Zivilsenate des Reichsgerichts für die Einlegung von Rechtsmitteln in Zivilsachen gefolgt. Dabei ist zunächst noch gefordert worden, dass wenigstens ein eigenhändig unterschriebenes Aufgabetelegramm vorliegen müsse (RGJW 1921, 527), weil Berufungs- und Revisionsschrift grundsätzlich eine Unterschrift des Anwalts erfordern (§§ 518, 553 in Verbindung mit § 130 Nr 6 ZPO). Die Zulassung telegrafischer Rechtsmitteleinlegung bei unterschriebenem Aufgabetelegramm hat sich dann allgemein eingebürgert und wird in RGZ 139, 45 als gewohnheitsrechtliche Fortbildung der einschlägigen Bestimmungen der ZPO bezeichnet. Dieselbe Entscheidung erklärt es dann für zulässig, ein Rechtsmittel auch durch ein am Fernsprecher aufgegebenes Telegramm einzulegen. Sie begründet das damit, dass nicht das Aufgabe-, sondern das Ankunftstelegramm die Rechtsmittelschrift sei. Dieses aber könne nach der technischen Einrichtung des Telegrafatenverkehrs eine eigenhändige Unterschrift gar nicht tragen. Weil das Aufgabetelegramm nicht die Rechtsmittelschrift sei, sei die Forderung nicht folgerichtig, dass dieses die Unterschrift des Prozessbevollmächtigten tragen müsse.

Aus dieser Entwicklung der Rechtsprechung kann aber

nicht, wie die Revision will, hergeleitet werden, dass auch rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, die der Form des § 126 BGB bedürfen, telegrafisch abgegeben werden können. Einmal ist zu beachten, dass die Form für die Einlegung von Rechtsmitteln nicht durch § 126 BGB vorgeschrieben ist, sondern durch die das jeweilige Rechtsmittel regelnden Bestimmungen der Prozessordnung, deren Wortlaut mit § 126 BGB nicht übereinstimmt. Vor allem aber ist die angeführte Rechtsprechung offensichtlich durch das Bestreben zu erklären, den Rechtsuchenden die Wahrung ihrer Rechte zu erleichtern und ihnen bei drohendem Ablauf der Rechtsmittelfrist zu ermöglichen, durch die schnellere Übermittlung auf telegrafischem Wege die Frist zu wahren. Dieser Gesichtspunkt kann jedenfalls für solche sachlichrechtliche Willenserklärungen nicht gelten, für die das Gesetz die Schriftform bestimmt, um vor übereilten, nicht ausreichend überlegten Erklärungen zu schützen. Aus diesem Grunde hat aber das Gesetz gerade für die Bürgschaftserklärung die Schriftform gewählt. Nach dem Bericht der XII. Kommission des Reichstages vom 12. Juni 1896 (Mugdan aaO) war für den Vorschlag, die Vorschrift des § 750 a über die Formbedürftigkeit der Bürgschaft in das Gesetz einzufügen, der Gedanke massgebend, den sich Verpflichtenden zu grösserer Vorsicht anzuhalten. Dieser Schutzzweck der Schriftform hat sich seither in seiner Bedeutung nicht verringert. Er würde ausser acht gelassen, wenn man die Bürgschaft durch Telegramm zuliesse. Bei den prozessualen Erklärungen, für die man die Verwendung des Telegramms für ausreichend gehalten hat, spielt dieser Schutzgedanke keine oder nur eine geringe Rolle. Der Hinweis der Revision auf die Bedeutung des Telegramms im heutigen Wirtschaftsleben rechtfertigt keine andere Beurteilung. Soweit unter Kaufleuten eine Bürgschaft eilig übernommen werden

muss, kann das durch Telegramm geschehen, weil die Bürgschaftserklärung des Kaufmanns nach § 350 HGB keiner Form bedarf. Die Zulassung telegrafischer Bürgschaften von Nichtkaufleuten verbietet sich nach wie vor durch den Schutzzweck des § 766 BGB.

Es geht auch nicht an, in Anlehnung an die oben erwähnte Entscheidung BGHSt 8, 174 in der fernmündlichen Aufgabe des Telegramms eine - wegen § 167 Abs 2 BGB nicht formbedürftige - Vollmacht zur Unterzeichnung der Bürgschaftserklärung an die das Telegramm aufnehmende Person zu erblicken. Einmal wäre eine solche Konstruktion nur bei den Fällen möglich, in denen der das Ferngespräch Aufnehmende den Namen des Absenders mit der Hand niederschreibt. Im vorliegenden Falle ist nichts darüber festgestellt, in welcher Weise der Text des Telegramms aufgezeichnet worden ist. Selbst wenn man in dem Diktat des Telegramms durch Fernsprecher eine Bevollmächtigung zur Unterschrift sähe, würde auch nur dieselbe Lage geschaffen, wie wenn der Absender das Aufgabeformular eigenhändig unterschrieben hätte. Es bleibt aber bestehen, dass die Erklärung auf telegrafischem Wege übermittelt würde, und das reicht eben zur Wahrung der gesetzlichen Schriftform nicht aus.

Rechtsprechung und Schrifttum haben ganz allgemein, obschon die telegrafische Einlegung von Rechtsmitteln schon seit Jahrzehnten üblich ist, daran festgehalten, dass telegrafische Übermittlung für die Wahrung der Schriftform nach § 126 BGB nicht ausreicht. Nur Erman (Anm 3 zu § 126 BGB) scheint der Ansicht zuzuneigen, dass wenigstens bei eigenhändiger Unterschrift des Aufgabeformulars ein Telegramm auch für die gesetzliche Schriftform genüge, muss aber einräumen, dass ein Umkehrschluss aus § 127 BGB gegen

diese Auffassung spricht. Die Ansicht, dass ein fernmündlich aufgegebenes Telegramm der Vorschrift des § 126 genüge, wird von niemandem vertreten.

2.) Das Berufungsgericht führt aus, ein wirksamer Bürgschaftsvertrag sei auch nicht dadurch zustande gekommen, dass die Beklagte das Bürgschaftsformular unterschrieben und an ihren Sohn gesandt habe. Die "Erteilung" der Bürgschaftserklärung im Sinne des § 766 BGB erfordere den Zugang der Erklärung an den Gläubiger. Mit der Übersendung an den Sohn der Beklagten sei die Erklärung noch nicht in den Machtbereich der Klägerin gelangt, der Sohn der Beklagten sei nicht Empfangsbote der Klägerin gewesen.

Diese Ausführungen, die von der Revision nicht angegriffen werden, lassen keinen Rechtsirrtum erkennen.

3.) Das Berufungsgericht führt weiter aus, das handschriftlich aufgegebene Telegramm vom 10. Mai 1955 könne weder als erneute Bürgschaftserklärung noch als Bestätigung im Sinne des § 141 BGB angesehen werden, ein Verbürgungswille sei ihm nicht zu entnehmen. Gegen diese Auslegung bestehen keine Bedenken. Ausserdem genügt auch das zweite Telegramm nicht der gesetzlichen Schriftform. Das gilt auch dann, wenn man ein Telegramm als der gesetzlichen Schriftform entsprechend wenigstens für den Fall ansehen wollte, dass das Aufgabetelegramm eigenhändig unterschrieben ist. Denn nach dem Tatbestand des Berufungsurteils lautet der Text des Telegramms nur: "Bürgschaftserklärung Sonnabend an W. T. N. zur Weiterleitung abgesandt"; danach hat das Aufgabetelegramm keine Namensunterschrift der Beklagten enthalten.

II. Die Revision vertritt die Auffassung, bei Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags müsse er in einen Kreditauftrag oder auch in einen Garantievertrag oder Schuldbeitritt umgedeutet werden.

1.) Das Berufungsgericht hat einen Anspruch aus Kreditauftrag (§ 778 BGB) verneint. Es geht zutreffend davon aus, dass ein Kreditauftrag die Übernahme einer Verpflichtung des Beauftragten zur Ausführung des Auftrags erfordere (RGZ 151, 93 17007). Es würdigt unter Berücksichtigung der Interessenlage die von der Beklagten abgegebenen Erklärungen dahin, dass weder die Beklagte einen Kreditauftrag erteilen noch die Klägerin mit der Entgegennahme dieser Erklärungen einen solchen Auftrag annehmen und sich der Beklagten gegenüber zur Auszahlung des Kredits verpflichten wollte. Diese Würdigung enthält keinen Rechtsfehler.

2.) Ein Garantieversprechen erfordert den Ausdruck des Willens, eine von der Schuld des ursprünglichen Schuldners unabhängige Verpflichtung zu begründen, derart, dass der Gläubiger die versprochene Leistung auf jeden Fall erhalten soll, auch dann, wenn die erste Schuld nicht entstanden oder später weggefallen ist (BGH in LM § 765 BGB Nr 1). Das Berufungsgericht stellt dazu fest, dass der Beklagten der Wille, der Klägerin Zahlung ohne Rücksicht auf den Bestand der Verpflichtung ihres Sohnes zu versprechen, fernelegen habe und dass ein solcher Wille ihrer Erklärung nicht entnommen werden könne. Diese Feststellung bindet das Revisionsgericht.

3.) Das Berufungsgericht brauchte sich nicht mehr mit der Frage zu befassen, ob die Bürgschaft in einen Schuld-

beitritt umgedeutet werden könne. Schon das Landgericht hat eine Haftung aus Schuldbeitritt verneint, und die Klägerin^{hat} zu dieser Frage im zweiten Rechtszug nichts mehr vorgebracht.

III. Das Berufungsgericht prüft, ob die Beklagte aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss haftet, und führt dazu aus: Nach der Rechtsprechung entstehe schon durch Vertragsverhandlungen ein Vertrauensverhältnis unter den Parteien, das zur Sorgfalt gegenüber dem Geschäftsgegner verpflichte. Die Beklagte habe durch das Telegramm vom 29. April 1955 allerdings das Vertrauen auf das Zustandekommen eines Bürgschaftsvertrags erweckt und dadurch die Klägerin zur Auszahlung des Darlehens an den Sohn der Beklagten veranlasst. Aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss lasse sich aber im allgemeinen keine Haftung dafür herleiten, dass jemand eine von ihm erwartete, für das Zustandekommen des Vertrages erforderliche Erklärung nicht abgebe. Die Klägerin habe auch nicht nach § 278 BGB dafür einzustehen, dass ihr Sohn die Bürgschaftsurkunde nicht weitergeleitet habe; denn die Klägerin sei nicht zur Abgabe der Bürgschaftserklärung verpflichtet gewesen. Würde man den Vertrauensschutz so weit ausdehnen, dass die Beklagte sich so behandeln lassen müsse, als ob sie sich wirksam verbürgt hätte, so würde man sinnwidrig die Vorschrift des § 766 BGB entwerten.

Die Auffassung des Berufungsgerichts ist im Ergebnis richtig. Allerdings kann sich aus dem durch die Einleitung von Vertragsverhandlungen geschaffenen Vertrauensverhältnis auch eine Haftung dafür ergeben, dass der andere Teil im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrags zu Aufwendungen veranlasst wird. So ist in der in LM § 276 (Fa) Nr 3

veröffentlichten Entscheidung ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens bejaht worden in einem Fall, in dem der in Aussicht genommene Vertrag nach den Geschäftsbedingungen schriftlich abgeschlossen werden musste, aber mangels Schriftform nicht zustande kam und in dem der eine Teil bei dem Geschäftsgegner das Vertrauen auf das bevorstehende Zustandekommen eines Vertrages erweckt und ihn dadurch zur Übernahme von Verbindlichkeiten gegenüber Dritten veranlasst hatte. In der Entscheidung ist jedoch hervorgehoben, dass zwischen den Parteien schon auf Grund umfangreicher mehrjähriger Geschäftsbeziehungen ein Vertrauensverhältnis bestand. Im vorliegenden Falle ist nichts darüber festgestellt, dass zwischen den Parteien selbst vor der Absendung des Telegramms vom 29. April überhaupt Verhandlungen stattgefunden haben. Vielmehr hat die Beklagte, wie die Klägerin vorträgt (S 4 des Schriftsatzes vom 19. Oktober 1955), auf ein Fernschreiben oder Ferngespräch ihres Sohnes hin gleich das Telegramm vom 29. April 1955 abgesandt. Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass die Beklagte der Klägerin, von dem Telegramm selbst abgesehen, irgendwelche Zusicherungen gegeben oder sonst durch Erklärungen ein besonderes Vertrauensverhältnis geschaffen hätte.

Ein der Beklagten zur Last fallendes Verschulden bei Vertragsverhandlungen könnte bei dieser Sachlage nur darin erblickt werden, dass sie sich geweigert hat, die unwirksame Bürgschaftserklärung durch eine wirksame zu ersetzen. Eine solche Verpflichtung kann aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss nicht bejaht werden. Dann würde derjenige, der eine unwirksame Bürgschaftserklärung abgegeben hat, auf dem Umweg über die Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen herangezogen werden können und zwar so, als ob er sich wirksam verbürgt hätte, weil das zu ersetzende Vertrauensinteresse durchweg dem Erfül-

lungsinteresse, gleichkommen wird. Diese Erwägung kann auch nicht durch den Umstand ausgeräumt werden, dass die Klägerin ohne die telegrafische Erklärung der Beklagten vom 29. April 1955 deren Sohn keinen Kredit gewährt haben würde. Denn der Gläubiger, der eine Bürgschaft verlangt, wird in der Regel ohne eine solche nicht bereit sein, seinem Schuldner Kredit einzuräumen, und im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Bürgschaft zahlen. Danach ist dem Gedanken des Berufungsgerichts zuzustimmen, dass eine so weite Ausdehnung des Vertrauensschutzes, wie sie die Klägerin hier fordert, der Formvorschrift des § 766 BGB ihren Sinn nehmen würde.

Weil eine Pflicht der Beklagten, eine gültige Bürgschaftserklärung abzugeben, nicht bestand, lehnt das Berufungsgericht es auch zutreffend ab, eine Haftung der Beklagten daraus herzuleiten, dass ihr Sohn als ihr Erfüllungsgehilfe die an ihn übersandte Bürgschaftsurkunde nicht an die Klägerin weitergeleitet habe.

IV. Das Berufungsgericht hat schliesslich zutreffend angenommen, die Beklagte dürfe sich auf den Formmangel der Bürgschaftserklärung berufen, ohne gegen Treu und Glauben zu verstossen.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat anfänglich eine Haftung nach Treu und Glauben trotz formnichtigen Geschäfts nur in solchen Fällen bejaht, in denen eine Partei bei der anderen einen Irrtum über die Formbedürftigkeit des Geschäfts hervorgerufen hatte. Dann ist aber die Berufung auf einen Formmangel schon dann als unzulässig angesehen worden, wenn ein Lossagen vom Vertrage nach den gesamten Beziehungen der Parteien, insbesondere nach

dem bisherigen Verhalten des sich lossagenden Teils, mit dem allgemeinen Rechtsempfinden unvereinbar ist (so RGZ 169, 65 [73]). Andere Entscheidungen bezeichnen den Formmangel als unbeachtlich, wenn es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen Treu und Glauben widersprüche, den Vertragsanspruch am Formmangel scheitern zu lassen (RGZ 170, 203 [205]; BGH in NJW 54, 425). Wieder andere bejahen die Haftung trotz Formmangels, wenn gerade die Verweigerung der dem Vertrag entsprechenden Erfüllung mit Treu und Glauben unvereinbar erscheint (OGHZ 1, 217 [219]; BGHZ 16, 334 [336]). Sachliche Unterschiede zwischen diesen Formulierungen bestehen kaum. Immer werden aber besondere Umstände verlangt, die es gestatten, die Nichtigkeit des Formmangels ausnahmsweise unberücksichtigt zu lassen. Ein entscheidender Gesichtspunkt ist dabei, dass niemand sich mit seinem vorherigen Verhalten in einer Weise, die Treu und Glauben verletzt, in Widerspruch setzen darf. Deshalb ist die Berufung auf einen Formmangel namentlich einer Vertragspartei versagt worden, die längere Zeit aus dem nichtigen Vertrag Vorteile gezogen hat, dann aber den Vertrag nicht mehr gelten lassen will. Dieser Grund wird gerade auf einen Bürgen selten zutreffen. Die Bürgschaft belastet in der Regel den Bürgen nur mit der Verpflichtung, für eine fremde Schuld einzustehen, gewährt ihm selbst aber keine Vorteile. Deshalb sind auch in der höchst-richterlichen Rechtsprechung kaum Fälle zu finden, die eine Haftung aus ungültiger Bürgschaft lediglich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben bejahen. In der in Z Ak DR 1938, 853 mitgeteilten Entscheidung hat das Reichsgericht allerdings einer Stadtgemeinde die Berufung auf die Nichtigkeit einer Bürgschaft versagt. Der Fall war aber durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass die Stadtgemeinde selbst lange Jahre hindurch auch Vorteile des Darlehens genossen

hatte, das einer kommunalen Strassenbahngesellschaft gewährt worden war und für das die Stadt die Bürgschaft übernommen hatte. Zudem hatte die Stadt, als die Strassenbahngesellschaft später in Konkurs fiel, die Gläubigerin mit dem Hinweis auf die Sicherung durch die Bürgschaft veranlasst, ihre Forderung im Konkursverfahren nicht zu verfolgen.

Hier liegen solche besonderen Umstände nicht vor. Die Beklagte weigert sich nur, als Bürgin zu zahlen, nachdem sie die Unwirksamkeit der Bürgschaft erkannt hat. Das allein reicht nicht aus, die Bürgschaft als wirksam zu behandeln, weil sonst, wie schon bei der Erörterung des Verschuldens bei Vertragsschluss ausgeführt, die Formvorschrift des § 766 ihre Bedeutung verlöre. Das Berufungsgericht hebt noch mit Recht hervor, dass es Sache der Klägerin gewesen wäre, den Kredit nicht auszusahlen, ehe sie ausreichende Sicherheit besass. Es weist ferner zutreffend darauf hin, dass der Beklagten kaum eine Überlegungsfrist vor ihrer telegrafischen Erklärung am 29. April 1955 geblieben ist. Da die Schriftform gerade dazu dienen soll, vor übereilter Verbürgung zu schützen, kann der Beklagten bei dem überstürzten Zustandekommen der Erklärung vom 29. April 1955 umso weniger vorgeworfen werden, dass sie sich auf den Formmangel beruft.

Da die Klage unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt

begründet ist, muss die Revision mit der Kostenfolge
aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Scheffler	Rietschel	Heimann-Trosien
Dr. Winkelmann	Meyer	