

Für das Nachschlagewerk !

Für die Amtliche Sammlung

1) Gesetz: BGB § 766

Rechtssatz: Die für die Bürgschaftserklärung erforderliche Schriftform ist nicht gewahrt, wenn der Verbürgungswille nicht aus der Bürgschaftsurkunde, sondern erst aus einer darin in Bezug genommenen anderen Urkunde zu erkennen ist.

2) Gesetz: BGB §§ 401, 328, 766

Rechtssatz: a) Übergibt eine Bank ihre Geschäftsverbindungen an ein anderes Kreditinstitut unter Abtretung ihrer Ansprüche aus bestehenden Kreditverhältnissen, so erstreckt sich eine Bürgschaft, die der abtretenden Bank gegenüber für zu gewährende Kredite eingegangen worden war, nicht ohne weiteres auf Kredite, die nunmehr das die Geschäftsverbindung fortsetzende Kreditinstitut gewährt.

b) Schon bei Übernahme einer Kreditbürgschaft kann aber vereinbart werden, daß die Bürgschaft auch zugunsten eines Nachfolgers des Kreditgebers gelten soll, der das Kreditverhältnis fortsetzt. Der Wille, die Bürgschaft auch auf Forderungen des neuen Kreditgebers zu erstrecken, muß in der Bürgschaftsurkunde wenigstens angedeutet sein.

c) Wird nachträglich vereinbart, daß die Bürgschaft sich auch auf von dem neuen Kreditgeber zu gewährende Kredite erstrecken soll, so bedarf diese Vereinbarung der Form des § 766 BGB.

3) Gesetz: HGB § 356

Rechtssatz: Für eine in die laufende Rechnung aufgenommene Forderung haftet der Bürge gemäß § 356 HGB, wenn der Saldo mehrfach nacheinander festgestellt wird nur bis zur Höhe des niedrigsten Saldos der Zwischenzeit (Bestätigung von RGZ 76, 330).

4) Gesetz: BGB §§ 766, 242

Rechtssatz: Auf Formnichtigkeit der Bürgschaft kann sich ein Bürge nicht berufen, der dem Gläubiger gegenüber die Bürgschaft mehrere Jahre hindurch als gültig behandelt und in dieser Zeit aus dem Darlehen, das, wie er wußte, der Gläubiger im Vertrauen auf die Bürgschaft gewährt hat, mittelbar selbst Vorteile erlangt hat.

Aktenzeichen: VII ZR 42/57

LG Köln

Urteil des BGH vom 28. November 1957

OLG Köln

VII ZR 42/57

Verkündet

am 28. November 1957

Voitscheck, 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 Westdeutschen Bank für Landwirtschaft AG in K[REDACTED],
Ba[REDACTED]str. [REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand, die
Direktoren Dr. S[REDACTED] und Le[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Georg B[REDACTED] in Firma Michael J[REDACTED], K[REDACTED]-E[REDACTED]-
[REDACTED], O[REDACTED]-Jä[REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 7. November 1957 unter
Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der
Bundesrichter Dr. Heilmann-Trosien, Dr. Winkelmann,
Erbel und E. Meyer

für Recht erkennt:

Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesge-
richts in Köln vom 10. Januar 1957 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der Re-
vision, an das Berufungsgericht zurückverwie-
sen.

Von Rechts wegen

: . . 2 -

Tatbestand:

Die Firma Handelsgesellschaft für H■■■■, F■■■■, L■■■■ mbH in K■■■■-■■■■ (weiterhin GmbH genannt) stand mit der Bank für Landwirtschaft AG, Filiale K■■■■, in Geschäftsverbindung. Durch Bürgschaftsurkunde vom 27. Oktober 1950 verbürgten sich die Gesellschafter der GmbH, nämlich der Beklagte und Carl Hermann Kr■■■■■■■■■■, selbstschuldnerisch für alle Ansprüche und Forderungen, die die Bank für Landwirtschaft AG gegen die GmbH

"aus laufender Rechnung, aus Wechseln, aus gewährten und noch zu gewährenden Krediten irgendwelcher Art oder aus sonstigem Rechtsgrunde erworben haben oder noch erwerben sollte, bis zu einem Höchstbetrage von IM 100.000,--".

In der Bürgschaftsurkunde heißt es weiter:

"Die Bürgschaft erlischt nicht durch vorübergehende Rückzahlung des Kredits bei Fortbestehen des Kontokorrentverhältnisses. Sie bleibt auch bei einem etwaigen Wechsel der Inhaber oder bei einer Änderung der Rechtsform der Firma des Hauptschuldners bestehen".

Mit Wirkung vom 31. Dezember 1950 gab die Bank für Landwirtschaft AG ihre Geschäftsverbindungen an die Klä. gerin ab und teilte dies mit einem Rundschreiben vom 15. Dezember 1950 ihren Kunden, darunter der GmbH, mit. In diesem Rundschreiben heißt es:

"Die uns aus der Geschäftsverbindung mit Ihnen



am 31. Dezember 1950 zustehenden Forderungen und Ansprüche jeder Art gehen mit Wirkung vom 1. Januar 1951 ab auf die Westdeutsche Bank für Landwirtschaft Aktiengesellschaft über. Darüber hinaus erfolgt auch der Übergang des zwischen Ihnen und uns bestehenden Kreditverhältnisses.

Dieser Rechtsübergang erstreckt sich auch auf alle von Ihnen oder zu Ihren Gunsten bestellten Sicherheiten; insbesondere Bürgschaften
.....

Unsere Forderungen am 31.12.1950 und das bestehende Kreditverhältnis werden also derart übergeleitet, daß die hierfür gegebenen Sicherheiten sowohl zur Sicherung aller am 1.1.1951 bestehenden als auch in Zukunft noch entstehenden Ansprüche und Forderungen aus Kredit- und Geschäftsverkehr, Wechseln, Bürgschaften oder aus irgendeinem Rechtsgrunde in gleicher Weise wie bisher für die Bank für Landwirtschaft Aktiengesellschaft alsdann für die Westdeutsche Bank für Landwirtschaft Aktiengesellschaft dienen sollen."

Ein Stück dieses Rundschreibens übersandte die Bank für Landwirtschaft AG dem Beklagten unter Bezugnahme auf seine Bürgschaftserklärung vom 27. Oktober 1950 mit einem Begleitschreiben vom 19. Dezember 1950. In diesem Begleitschreiben heißt es:

"Mit der Abtretung unserer Forderung gehen gemäß § 401 BGB auch die Rechte aus der von Ihnen geleisteten Bürgschaft auf die Westdeutsche Bank

für Landwirtschaft Aktiengesellschaft über.
Wir bitten, durch Vollziehung der Anlage zu bestätigen, daß die von Ihnen gegebene Bürgschaftserklärung sowohl zur Sicherstellung der am 1.1.1951 bestehenden als auch aller in Zukunft noch entstehenden Ansprüche und Forderungen der Westdeutschen Bank für Landwirtschaft Aktiengesellschaft wirksam bleibt".

Der Beklagte unterschrieb die dem Begleitschreiben beigegebene Anlage und sandte sie an die Klägerin. Diese vom Beklagten unterschriebene Erklärung lautet:

"An die Westdeutsche Bank für Landwirtschaft Aktiengesellschaft.

Betr.: meine Bürgschaft für die Verpflichtungen der Firma Handelsges. für H[REDACTED], F[REDACTED], L[REDACTED] mbH.
Ich bestätige den Empfang des Schreibens der Bank für Landwirtschaft Aktiengesellschaft, Filiale K[REDACTED] vom 19.12.1950 sowie einer Ausfertigung des Rundschreibens vom 15.12.1950 und erkläre mich mit dem Inhalt in allen Punkten einverstanden.

K[REDACTED]-F[REDACTED], den 31. Dez. 1950.
gez. Georg B[REDACTED]."

Die Bank für Landwirtschaft AG hatte der GmbH ein laufendes Konto eingerichtet. Am 31. Dezember 1950 wies dieses einen Saldo zugunsten der Bank in Höhe von 57 473,-- DM auf. Daneben unterhielt die Bank für die GmbH ein sog. Trattenkonto für Wechsel, welche von der GmbH ausgestellt und von der Bank akzeptiert wurden. Auf diesem Konto war die GmbH am 31. Dezember 1950 mit 50 000.-- DM belastet.

Nach dem 31. Dezember 1950 setzte die Klägerin die Geschäftsverbindung mit der GmbH in derselben Weise fort wie bisher die Bank für Landwirtschaft. Jedoch kam das Treutenkonto am 7. Juli 1953 dadurch zum Erlöschen, daß die Klägerin im Frühjahr 1953 im Gegensatz zu früher dazu überging, zur Kreditbeschaffung für die GmbH Wechsel selbst auszustellen und von der GmbH akzeptieren zu lassen. Diese Wechsel wurden nicht kontonmäßig erfaßt, sondern von der Klägerin lediglich (zur Kenntlichmachung ihres Wechselobligos) intern gebucht.

Das laufende Konto wies am 31. Dezember 1953 einen Saldo zugunsten der GmbH in Höhe von 230,17 DM aus.

Anfang September 1954 geriet die GmbH in Konkurs. Ihre Schuld bei der Klägerin beläuft sich nach deren Darstellung auf mindestens 100 000,— DM.

Die Klägerin macht geltend, der Beklagte hafte ihr als Bürge für diese Schuld aus der Bürgschaft vom 27. Oktober 1950, aber auch aus seiner Erklärung vom 31. Dezember 1950. Er habe auch später seine Bürgschaftspflichtung mehrfach mündlich und schriftlich anerkannt. Sie klagt auf Zahlung eines Teilbetrages von 10.000,— DM nebst Zinsen.

Der Beklagte beruft sich darauf, daß er sich nur gegenüber der Bank für Landwirtschaft AG verbürgt habe. Aus der dieser gegenüber am 17. Oktober 1950 übernommenen Bürgschaft könne die Klägerin keine Rechte herleiten. Die Forderung, die die Bank für Landwirtschaft AG am 31. Dezember 1950 gegen ihn gehabt habe, sei längst getilgt. Aus seiner Erklärung vom 31. Dezember 1950 hafte er nicht, weil diese keine formgültige Bürgschaft darstelle

Das Landgericht hat, gegen den Beklagten Versäumnisurteil nach dem Klageantrag erlassen. Nachdem der Beklagte Einspruch eingelegt hatte, hat die Klägerin ihren Klageantrag hilfsweise damit begründet, daß der Beklagte sie durch betrügerische Scheckkreiterei geschädigt habe und ihr aus unerlaubter Handlung Schadensersatzpflichtig sei. Der Geltendmachung eines Anspruchs aus unerlaubter Handlung hat der Beklagte widersprochen, weil es sich um eine unzulässige Klageänderung handle. Das Landgericht hat das Versäumnisurteil aufrecht erhalten.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klägerin mit der Klage abgewiesen.

Mit der Revision bittet die Klägerin, das Urteil des Landgerichts wieder herzustellen.

Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat geprüft, ob das Schreiben des Beklagten vom 31. Dezember 1950 eine wirksame Bürgschaftserklärung enthält, die für sich allein die Haftung für die neu gewährten Kredite begründet. Diese Frage hat es mit Recht verneint.

Nicht zu folgen ist allerdings der Meinung des Berufungsgerichts, ein Bürgschaftsvertrag sei schon deshalb nicht zustande gekommen, weil vom Beklagten eine Bürg-

schaftserklärung nicht gefordert worden sei und er selbst auch nicht den Willen gehabt habe, sich der Klägerin gegenüber zu verbürgen. Die Bank für Landwirtschaft AG hat zwar geglaubt, daß der Beklagte schon aus seiner alten Bürgschaft auch für die in der neuen Geschäftsverbindung entstehende Schuld hafte, und der Beklagte hat mit seinem Schreiben vom 31. Dezember 1950 dieser Auffassung zugestimmt. Das besagt aber nicht, daß dieses Schreiben nur die Kundgabe einer Rechtsansicht und keine Willenserklärung bedeute. Die Bank für Landwirtschaft AG hatte mit ihrem Schreiben vom Beklagten verlangt, er solle durch seine Unterschrift bestätigen, daß die Bürgschaft für alle bestehenden und in Zukunft noch entstehenden Ansprüche der Klägerin gelten solle, und in der Antwort des Beklagten ist bei Berücksichtigung jenes Schreibens der Bank der Ausdruck seines Willens zu finden, für diese Forderungen einzustehen.

Gleichwohl liegt eine gültige Bürgschaftserklärung nicht vor, weil dieser Wille des Beklagten nicht in der durch § 766 BGB vorgeschriebenen Form erklärt worden ist. Das Erfordernis der Schriftform gilt für alle wesentlichen Teile einer Bürgschaftserklärung. Die Person des Gläubigers, der Verbürgungswille und die Schuld, für die gebürgt werden soll, müssen aus der Bürgschafts-urkunde zu erkennen sein. Unklarheiten können freilich durch Auslegung behoben werden, bei der auch Umstände, die außerhalb der Urkunde liegen, berücksichtigt werden dürfen. Für den durch solche Auslegung ermittelten Willen muß aber irgend ein Anhalt in der Urkunde zu finden sein. Die Schriftform ist nicht gewahrt, wenn sich dieser Wille nur durch Umstände außerhalb der Urkunde ermitteln läßt (vgl. RGZ 145, 229, Urteil des erkennenden Senats VII ZR 410/56 vom 27. Mai 1957 - WM 1957, 1222). Insbe-

sondere genügt es nicht, wenn erst aus einem anderen Schriftstück, auf das die Bürgschaftsurkunde Bezug nimmt, die Erklärung als Bürgschaft erkannt werden kann (RGZ 57, 258; 76, 303).

In dem Schreiben vom 31. Dezember 1950 fehlen wesentliche Erfordernisse einer Bürgschaftserklärung. Vor allem ist die Erklärung des Willens, für eine fremde Schuld einzustehen, in der Urkunde nicht zum Ausdruck gekommen. Man kann aus dem Schreiben nur entnehmen, daß es eine Bürgschaft des Beklagten betrifft, aber nicht, daß eine Bürgschaft übernommen werden soll. Auch die Person des Gläubigers ist nicht erkennbar; aus dem Umstand allein, daß das Schreiben an die Klägerin gerichtet ist, ergibt sich entgegen der Meinung der Revision ihre Gläubigerstellung nicht.

II. Die Revision führt aus, die Erklärung des Beklagten sei als Schuldbeitritt zu werten und verpflichtet ihn deshalb, ohne daß es auf die Form der Erklärung ankomme. Sie weist darauf hin, daß der Beklagte als Gesellschafter der GmbH die als Bürgschaft bezeichnete Verpflichtung auch im eigenen Interesse eingegangen sei.

Dieser Vortrag widerspricht dem Vorbringen der Klägerin in den Vorinstanzen; dort hat sie sich stets nur auf eine Bürgenhaftung des Beklagten berufen. Als Bürgschaft ist die Verpflichtung des Beklagten auch vor dem Prozeß von den Beteiligten stets bezeichnet worden. Im Rechtsverkehr ist es vielfach üblich, daß Gesellschafter einer GmbH sich für die von der Gesellschaft aufgenommenen Bankkredite verbürgen; gehen sie eine solche Verpflichtung ein, so wird dies im Verkehr allgemein

als echte Bürgschaft und nicht als Schuldbeitritt angesehen. Auch im vorliegenden Falle sind keine Anhaltspunkte dafür gegeben, in der Verpflichtung des Beklagten etwas anderes als eine Bürgschaft zu sehen.

III. Die Frage, ob der Beklagte aus der alten Bürgschaftserklärung vom 27. Oktober 1950 haftet, ist mit dem Berufungsgericht zu verneinen.

1) Die Bank für Landwirtschaft AG hat zwar bei der Übertragung ihrer Geschäftsverbindungen zum 31. Dezember 1950 alle Forderungen gegen die GmbH an die Klägerin abgetreten. Mit der Abtretung sind auch die Rechte aus der für diese Forderungen bestellten Bürgschaft nach § 401 BGB auf die Klägerin übergegangen.

Deswegen deckt die Bürgschaft aber noch nicht die Forderungen, die erst ab 1. Januar 1951 durch von der Klägerin selbst an die GmbH gewährte Kredite entstanden sind. Zwar sollte die Abtretung, wie aus dem Rundschreiben vom 15. Dezember 1950 hervorgeht, alle Rechte umfassen, die der Bank für Landwirtschaft AG gegen die GmbH zustanden, auch etwa künftig noch entstehende Forderungen. Die Abtretung künftiger Forderungen ist auch rechtlich zulässig. Hier liegt es aber so, daß für die Bank für Landwirtschaft AG eine Forderung aus in Zukunft zu gewährendem Kredit überhaupt nicht mehr entstehen konnte. Der Tatbestand, der eine solche Forderung entstehen ließ, verwirklichte sich von vornherein in der Person der Klägerin, nicht in derjenigen der Bank für Landwirtschaft AG. Die Forderungen aus den nach dem 1. Januar 1951 gewährten Krediten hat die Klägerin erworben, weil sie selbst den Kredit gewährt hat, und nicht kraft einer von der Bank für Landwirtschaft AG erklärten

Abtretung. Da es sich also bei den durch die spätere Kreditgewährung entstandenen Ansprüchen nicht um solche handelt, die der Klägerin nach § 398 BGB übertragen worden sind, kommt insoweit auch kein Übergang der Rechte aus der Bürgschaft nach § 401 BGB in Betracht.

Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat aus diesem Grunde verneint, daß eine Bürgschaft, die für den innerhalb einer Geschäftsverbindung zu gewährenden Kredit übernommen worden war, einem Rechtsnachfolger des Gläubigers zugute kommt, der diese Geschäftsverbindung fortsetzt und nun selbst in deren Rahmen Kredit gewährt (vgl. Warn 1914 Nr. 184 und Gruch Bd. 54 S. 407)

Die vom Reichsgericht in diesen Entscheidungen vertretene Auffassung ist im Schrifttum teils gebilligt, teils abgelehnt worden. Von der Gegenmeinung (vgl. Lüringer-Hachenburg HGB 3. Aufl. § 25 Anm. 24; Staudinger 10. Aufl. Vorbem. 26 vor § 765 BGB) wird - für Fälle des § 25 HGB - hervorgehoben, daß der Nachfolger des Gläubigers auf Grund eines von dem Vorgänger abgegebenen Kreditversprechens zur Kreditgewährung verpflichtet sei und es sich deshalb um dasselbe Schuldverhältnis handle, für das die Bürgschaft eingegangen worden sei. Das ändert aber nichts daran, daß dem alten Gläubiger, ungeachtet seines Kreditversprechens, zur Zeit der Abtretung oder des sonstigen Rechtsübergangs Forderungen doch nur zustehen, soweit Kredit bereits gewährt worden ist; und auch nur insoweit hat er Rechte aus der Bürgschaft. Spätere Kreditgewährung durch den neuen Gläubiger begründet weitere Ansprüche für diesen kraft der eigenen Kreditgewährung, nicht kraft einer Abtretung.

2) Erstreckt sich danach die Kreditbürgschaft nicht schon nach § 401 BGB auf Forderungen, die der

Rechtsnachfolger des Gläubigers durch eigene Kreditgewährung erwirbt, so kann doch schon bei Übernahme der Kreditbürgschaft wirksam vereinbart werden, sie solle bei einem Gläubigerwechsel auch für solche Forderungen gelten (vgl. die angeführte Entscheidung des Reichsgerichts in Warn 1914 Nr. 184; OLG Dresden in SA 65 Nr. 237; Staudinger aaO; RGRK 10. Aufl. § 765 Anm. 2). Der Bürgschaftsvertrag enthält dann neben der Bürgschaftsübernahme gegenüber dem gegenwärtigen Gläubiger einen Vertrag zugunsten eines Dritten (§ 328 BGB), nämlich des Nachfolgers des Gläubigers (vgl. OLG Dresden aaO; Staudinger § 766 Anm. 9; ferner für den Fall der Verbürgung zugunsten eines Wechselinhabers und zugleich der späteren Erwerber des Wechsels RG Warn 1915 Nr. 9).

Ob eine Kreditbürgschaft sich in dieser Weise auch auf Ansprüche des die Kreditverbindung fortsetzenden Nachfolgers des ursprünglichen Gläubigers erstrecken soll, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln, wobei auch das spätere Verhalten des Bürgen mit berücksichtigt werden kann (RG Warn 1914 Nr. 184; OLG Dresden aaO).

a) Das Berufungsgericht hat unter Beachtung dieser Grundsätze geprüft, ob die Bürgschaftserklärung vom 27. Oktober 1950 dahin ausgelegt werden kann, daß sie auch künftig entstehende Forderungen eines neuen Kreditgebers decken sollte. Es hat ausgeführt, für einen dahin gehenden Willen des Beklagten sei nichts dargetan. In der Bürgschaftsurkunde sei ausdrücklich vereinbart worden, daß die Bürgschaft bei einem Wechsel der Inhaber oder bei einer Änderung der Rechtsform der Firma des Hauptschuldners bestehen bleiben solle; es fehle aber eine entsprechende Bestimmung für den Fall, daß die Person des Kreditgebers wechsele.

Die Auslegung, die das Berufungsgericht der Bürgschaftserklärung gegeben hat, ist rechtlich nicht zu beanstenden. Die Bürgschaftsurkunde jedenfalls läßt von dem Willen, die Bürgschaft auch auf Forderungen eines neuen Kreditgebers zu erstrecken, nichts erkennen. Ein solcher Wille müste aber wegen der Vorschrift des § 766 BGB in der schriftlichen Bürgschaftserklärung mindestens angedeutet sein.

b) Die Erstreckung der Bürgschaft auf die von der Klägerin gewährten Kredite hätte auch nachträglich vereinbart werden können. In dem Schreiben der Bank für Landwirtschaft AG vom 19. Dezember 1950 kann deren Angebot an den Beklagten gesehen werden, den Bürgschaftsvertrag in dieser Hinsicht abzuändern. Das Berufungsgericht verneint das zu Unrecht; es begründet seine Auffassung mit zwei Erwägungen.

Einmal soll nach der Absicht des Berufungsgerichts dieses Schreiben deshalb nicht als Angebot auf Abänderung des Bürgschaftsvertrages angesehen werden können, weil die Bank für Landwirtschaft AG davon ausgegangen sei, daß die Bürgschaft nach § 401 BGB ohnehin für die neu entstehenden Forderungen der Klägerin gelte. Der Umstand, daß die Bank für Landwirtschaft AG die Rechtslage so beurteilte, hindert aber, wie schon unter 1) ausgeführt, nicht, in ihrem Schreiben den Ausdruck ihres Willens zu sehen, durch Vereinbarung mit dem Beklagten sein Einstehen für die Ansprüche der Klägerin aus künftiger Kreditgewährung herbeizuführen.

Weiter will das Berufungsgericht das Schreiben vom 19. Dezember 1950 deshalb nicht als Angebot auf Abänderung des Bürgschaftsvertrags gelten lassen, weil

die vom Beklagten erbetene Bestätigung nicht an die Bank für Landwirtschaft AG, sondern an die Klägerin gesandt werden sollte. Auch dieser Umstand würde der Annahme nicht entgegenstehen, daß eine Abänderung des Bürgschaftsvertrags gewollt war. Die Bank für Landwirtschaft AG konnte darauf verzichten, daß die Annahme des Angebots ihr gegenüber erklärt wurde (§ 151 BGB), und den Beklagten bitten, das Angebot durch Erklärung gegenüber der Klägerin anzunehmen (vgl. auch RGZ 129, 109, 113).

Eine Abänderung des Bürgschaftsvertrages in dem von der Bank für Landwirtschaft AG angestrebten Sinne ist aber deshalb nicht zustande gekommen, weil die Annahmeerklärung des Beklagten der Form des § 766 BGB ermangelt. Da es sich nur um eine Abänderung der Bürgschaft nämlich um ihre Ausdehnung auf die in Zukunft entstehenden Forderungen der Klägerin handelte, kann zwar zur Wahrung der Form nicht gefordert werden, daß der Beklagte eine vollständige, alle wesentlichen Teile einer Bürgschaft enthaltende Erklärung abgegeben hätte. Es würde z. B. ausgereicht haben, wenn er geschrieben hätte, seine Bürgschaft vom 27. Oktober 1950 solle sich auch auf Forderungen der Klägerin aus von dieser zu gewährendem Kredit erstrecken. Aber dieser Wille ist aus dem Text des Schreibens des Beklagten vom 31. Dezember 1950 nicht zu entnehmen.

IV. Danach haftet der Beklagte der Klägerin aus seiner Bürgschaft vom 27. Oktober 1950 nach § 401 BGB nur, soweit Forderungen der Bank für Landwirtschaft AG am 31. Dezember 1950 bestanden haben, auf die Klägerin übergegangen sind und heute noch bestehen.

Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, gehört zu diesen Forderungen auch der Anspruch aus dem zum 31. Dezember 1950 anerkannten Kontokorrentsaldo. Dieser Saldo wurde bei Beginn der Geschäftsverbindung mit der Klägerin in das nunmehr von dieser fortgeführte Kontokorrent als durch Bürgschaft gesicherter Posten aufgenommen. Eine ins Kontokorrent aufgenommene Einzelforderung geht bei der Saldoziehung unter, und es besteht dann nur noch ein Anspruch aus dem Saldoanerkenntnis. Nach § 356 HGB konnte die Klägerin gleichwohl aus der Bürgschaft insoweit gegen den Beklagten vorgehen, als ihr Guthaben die Höhe der gesicherten Forderung erreichte. Wird aber der Saldo mehrfach hintereinander festgestellt, so haftet der Bürge, wie das Berufungsgericht im Einklang mit Rechtsprechung und Schrifttum annimmt (vgl. RGZ 76, 330, 333), nur bis zur Höhe des niedrigsten Saldos. Ergibt sich auch nur einmal bei Abschluß einer Rechnungsperiode, daß der Teil, dem die in das Kontokorrent aufgenommene, durch Bürgschaft gesicherte Forderung zustand kein Guthaben hat, so erlischt der Anspruch aus der Bürgschaft.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß das laufende Konto am 31. Dezember 1953 ein Guthaben der GmbH aufgewiesen habe und zu diesem Zeitpunkt alle drei Jahre vorher auf die Klägerin übergegangenen Forderungen erloschen gewesen seien. Deshalb bestehe kein Anspruch mehr aus der Bürgschaft vom 27. Oktober 1950. Demgegenüber macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß am 31. Dezember 1955 noch eine Schuld von 12.000 DM aus Finanzwechseln bestanden habe.

Der Senat kann von der Prüfung absehen, ob diese

Rüge begründet ist. Aus den sogleich unter V. zu erörternen Gründen muß das angefochtene Urteil ohnehin aufgehoben werden. In der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht kann die Klägerin die Frage, wie hoch der Kontokorrentsaldo zum 31. Dezember 1953 war, wieder aufgreifen.

V. Die Revision macht geltend, der Beklagte könne sich, was die Erklärung vom 31. Dezember 1950 angehe, auf das Fehlen der Form des § 766 BGB nicht ohne Arglist berufen. Denn er habe gewußt, daß die Klägerin d. GmH nur Kredit gewährt habe, weil sie geglaubt habe, daß eine gültige Bürgenverpflichtung des Beklagten vorliege, und der Beklagte sei als Gesellschafter der GmH durch die von der Klägerin in diesem Glauben gewährten Kredite mitbegünstigt worden.

In der Tat drängt sich bei dem hier gegebenen Sachverhalt die Frage auf, ob der Beklagte nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößt, wenn er sich der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft unter Berufung auf den Formmangel entzieht. Zwar kann, wenn die Formvorschriften des bürgerlichen Rechts nicht ausgehöhlt werden sollen, der Formmangel nur ausnahmsweise wegen unzulässiger Rechtsausübung als unbeachtlich angesehen werden. Jedoch ist es in der Rechtsprechung einer Partei namentlich dann verwehrt worden, sich auf die Formnichtigkeit eines Geschäfts zu berufen, wenn die Partei das Geschäft längere Zeit hindurch als gültig behandelt und Vorteile aus dem Geschäft gezogen hat. Für den Bürgen, der in der Regel durch die Bürgschaft nur mit dem Einstehen für eine fremde Schuld belastet wird, ergibt sich eine solche Lage meist nicht; deshalb wird dem Bürgen im Regelfall nicht entgegengehalten werden können, er verstoße gegen Treu und Glauben, wenn er sich

weigert, bei nichtiger Bürgschaft zu leisten (vgl. das in NJW 1957 S. 1275 abgedruckte Urteil des erkennenden Senats). In dem hier zu entscheidenden Fall ist aber, wie die Revision mit Recht ausführt, die Kreditgewährung an die GmbH dem Beklagten als deren Gesellschafter mittelbar zugute gekommen und zwar über einen Zeitraum von mehreren Jahren hinweg. Es spricht auch alles dafür, daß diese Kredite nicht gewährt worden wären, wenn die Klägerin nicht auf den Bestand der Bürgschaftsverpflichtung vertraut hätte. Die Klägerin hat ferner behauptet, daß der Beklagte seine Bürgschaftsverpflichtung wiederholt mündlich und schriftlich anerkannt habe (S. 7 d. Urt.); und so liegt die Annahme nahe, daß solche Erklärungen des Beklagten die Klägerin zur Gewährung weiteren Kredits veranlaßt haben.

Diese Umstände sprechen dafür, es dem Beklagten zu versagen, sich auf den Formmangel der Bürgschaft zu berufen. Der Senat ist jedoch nicht in der Lage, diese Frage selbst schon endgültig zu entscheiden. Ob ein formnichtiges Geschäft ausnahmsweise nach dem Grundsatz von Treu und Glauben wie ein gültiges zu behandeln ist, kann sich nur aus einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalles ergeben. Im vorliegenden Fall kann für diese Würdigung auch der vom Berufungsgericht nicht erörterte Vortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 3. April 1956 von Bedeutung sein, nach dem die Verluste der Klägerin darauf beruhen sollen, daß sie unter Verletzung banküblicher Sorgfalt von dem Prokuristen Rupp ausgestellte, ungedeckte Schecks entgegengenommen habe. Bei dieser Lage muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

VI. Auf den hilfsweise geltend gemachten Klagegrund der unerlaubten Handlung ist das Berufungsgericht sachlich nicht eingegangen mit der Begründung, es liege eine Klageänderung vor, der der Beklagte widersprochen habe und die nicht sachdienlich sei. Die Revision rügt Verletzung der §§ 269 und 264 ZPO.

Der Senat kann von der Behandlung dieser Prozeßrüge absehen. Die Frage der Sachdienlichkeit der Klageänderung wird in der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht praktisch nicht mehr von Bedeutung sein. Die unerlaubte Handlung, auf die die Klägerin hilfsweise das Klagebegehren gestützt hat, erblickt die Klägerin in der Beteiligung des Beklagten an den Vorgängen, die zur Herstellung der von R. unterzeichneten ungedeckten Schein geführt haben. Mit diesen Vorgängen muß sich das Berufungsgericht, wie oben unter V ausgeführt, ohnehin bei der Beurteilung des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung befassen, falls es der Klage sonst nicht stattgeben kann. Damit fallen die Gründe weg, aus denen das Berufungsgericht die Sachdienlichkeit der Klageänderung verneint hat.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Dr. Winkelmann

Erbel

Meyer