
Datum: 11.11.2004
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 86/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2004:1111.22U86.04.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 10 O 531/03

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten zu 2) wird das am 24. März 2004 verkündete Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Münster abgeändert:

Die gegen den Beklagten zu 2) gerichtete Klage wird abgewiesen.

Die Kosten der ersten Instanz werden wie folgt verteilt:

Die Klägerin trägt $\frac{3}{4}$ der Gerichtskosten und $\frac{3}{4}$ ihrer eigenen außergerichtlichen Kosten.

Die Klägerin trägt ferner die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2).

Der Beklagte zu 1) trägt $\frac{1}{4}$ der Gerichtskosten, $\frac{1}{4}$ der außergerichtlichen Kosten der Klägerin und seine eigenen außergerichtlichen Kosten.

Die Kosten der Berufungsinstanz trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte zu 2) vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

G r ü n d e :	1
(gem. § 540 II ZPO)	2
I.	3
Die Klägerin nimmt den Beklagten zu 2) als Bürgen für eine vom Beklagten zu 1) übernommene Darlehnsverpflichtung in Anspruch.	4
Wegen der Einzelheiten der Sachverhaltsdarstellung wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils vom 24.03.2004 verwiesen.	5
Das Landgericht hat durch Versäumnis- und Endurteil vom 24.03.2004 den Beklagten zu 2) als Gesamtschuldner neben dem Beklagten zu 1) antragsgemäß zur Zahlung verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Beklagte zu 2) hafte der Klägerin für die Darlehnsverbindlichkeit des Beklagten zu 1) aus der selbstschuldnerischen Bürgschaft vom 22.11.2001. Die vom Beklagten zu 1) eingegangene Bierbezugs- und Darlehnsrückzahlungsverpflichtung sei nicht sittenwidrig und unabhängig von der im Jahre 1994 vom Beklagten zu 2) übernommenen Bierbezugsverpflichtung zu erfüllen gewesen.	6
Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Beklagten zu 2), mit welcher er seinen Klageabweisungsantrag weiter verfolgt.	7
Er trägt vor, die Bürgschaftserklärung vom 22.11.2001 sei schon nicht in formgültiger Weise abgegeben worden. Bei Unterzeichnung der Urkunde sei als Hauptschuldner noch die I GmbH ausgewiesen gewesen. Dies beruhe darauf, daß auch der vorher geschlossene Sicherungsübereignungsvertrag mit der GmbH zu Stande gekommen sei, die auch Betreiberin bzw. Pächterin des Hotels gewesen sei. Insoweit sei die Bürgschaftsverpflichtung nur zu Gunsten der GmbH in formgültiger Weise abgegeben worden. Soweit nach Unterzeichnung der Bürgschaftsurkunde der Hauptschuldner ausgewechselt worden sei, sei dies nicht formgültiger Weise geschehen. Der Zusatz	8
"am 11.12.2001	9
I"	10
sei durch den Hauptschuldner auf die Urkunde gesetzt worden. Diese Änderung sei lediglich durch Paraphierung seitens seines, des Beklagten zu 2), Vertreters gebilligt worden. Eine solche Paraphierung genüge jedoch nicht dem Schriftformerfordernis des § 126 BGB, welches zu den wesentlichen Bestandteilen einer jeden Bürgschaftserklärung gehöre.	11

Zudem sei eine den Formerfordernissen des § 766 BGB entsprechende Vollmacht für den in seinem, des Beklagten zu 2), Namen aufgetretenen Vertreter nicht vorgelegt worden. Die Vollmachtsurkunde decke die Eingehung einer Bürgschaft nicht ab.

Zudem hafte er, der Beklagte zu 2), für die streitige Darlehnsverbindlichkeit auch deswegen nicht, weil zwischen der Klägerin und dem Hauptschuldner ein wirksamer Darlehnsvertrag nicht zu Stande gekommen sei. Da der Pächter und Betreiber die I GmbH gewesen sei, sei auch nur diese in der Lage gewesen, die Bezugsverpflichtung zu erfüllen, so daß durch den Vertrag vom 11.12./19.12.2001 eine wirksame Darlehns- und Bierbezugsverpflichtung nicht habe begründet werden können. 13

Schließlich seien sowohl die Bürgschaftsverpflichtung als auch die Bierbezugsverpflichtung gem. § 138 BGB nichtig. Denn die Klägerin habe mit ihm, dem Beklagten zu 2) bereits am 10.11./22.11.1994 einen Darlehns- und Bierbezugsvertrag geschlossen, der nach Auffassung der Klägerin noch heute Gültigkeit habe. Insoweit nehme ihn die Klägerin in dem Verfahren 10 O 584/03 LG Münster, welches derzeit beim 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm anhängig sei, zugleich auch auf Schadensersatz aus der Bierbezugsverpflichtung vom 10.11./22.11.1994 in Anspruch. 14

Der Beklagte zu 2) beantragt nunmehr, 15

abändernd die Klage abzuweisen. 16

Die Klägerin beantragt, 17

die Berufung zurückzuweisen. 18

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und hält die vom Beklagten zu 2) übernommene Bürgschaft für formwirksam, zumal die Abänderung der Bürgschaftsurkunde einvernehmlich erfolgt sei und von der ursprünglichen Unterschrift räumlich abgedeckt werde. Zudem seien auch die vorgetragenen Einwendungen gegen die Wirksamkeit der vom Beklagten zu 1) als Hauptschuldner übernommenen Bierbezugs- und Rückzahlungsverpflichtung unbegründet. 19

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 20

II. 21

Die Berufung des Beklagten zu 2) hat Erfolg. 22

Allerdings scheitert die Bürgschaftshaftung des Beklagten zu 2) nicht im Hinblick auf die Abhängigkeit der Bürgschaft vom Bestand der Hauptforderung (§ 767 I BGB) etwa daran, daß zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1) als Hauptschuldner kein wirksamer Darlehnsvertrag zustandegekommen wäre. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen in dem angefochtenen Urteil verwiesen werden. 23

Jedoch ist eine Bürgschaftshaftung des Beklagten zu 2) gem. § 765 BGB für die vom Beklagten zu 1) übernommene Darlehnsverpflichtung aus dem Vertrag vom 11.12.2001/19.12.2001 wegen Formunwirksamkeit der Bürgschaftserklärung zu verneinen. 24

Die Formunwirksamkeit der Bürgschaftserklärung vom 22.11.2001/11.12.2001 ergibt sich vorliegend allerdings noch nicht im Hinblick auf die vorgenommenen Änderungen in dem Text der Bürgschaft. Die Auswechslung des Hauptschuldners (Beklagter zu 1) statt der I GmbH) 25

war von der Unterschrift des als Vertreter des Beklagten zu 2) auftretenden Rechtsanwalts G gedeckt. Die Änderung des Urkundstextes befindet sich nämlich über der Unterschrift und ist unstreitig vom Willen des Unterzeichnenden gedeckt gewesen. Deshalb ist es auch unerheblich, daß die Änderung nur mit einer Paraphe und nicht mit der vollen Unterschrift abgezeichnet ist. Denn eine erneute Unterzeichnung war überhaupt nicht erforderlich (vgl. BGH WM 1973, 386, 387; NJW 1994, 2300, 2301; Palandt-Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 126 Rz. 5).

Die Unwirksamkeit der Bürgschaftserklärung ergibt sich jedoch daraus, daß bei Unterzeichnung der Bürgschaftserklärung keine formwirksame Bevollmächtigung des für den Beklagten zu 2) als Vertreter tätig gewordenen Rechtsanwalts G vorgelegen hat. Zwar bedarf nach § 167 II BGB die Erteilung der Vollmacht nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Diese Vorschrift ist jedoch einschränkend auszulegen. Bei formbedürftigen Bürgschaften ist es generell gerechtfertigt, die Vollmacht zur Abgabe der entsprechenden Willenserklärung oder die Befugnis zur Ergänzung eines Blanketts der Schriftform zu unterwerfen. Der Zweck der Schutzvorschrift des § 766 BGB, dem Bürgen Inhalt und Umfang seiner Haftung deutlich vor Augen zu führen, würde ausgehöhlt, wenn man es ausreichen ließe, daß der Bürge die Unterschrift auf ein Papier setzt, welches nicht sämtliche notwendigen Erklärungsbestandteile enthält, und einen Dritten mündlich ermächtigt, die fehlenden Angaben nachzuholen. Würde man eine solche Regelung zulassen, könnte die gesetzliche Formvorschrift ihre Warnaufgabe dem Bürgen gegenüber nicht erfüllen (vgl. BGH NJW 1996, 1469; Palandt-Heinrichs, BGB, § 167 Rz. 2).

26

Die vorgenannte BGH-Entscheidung ist zwar für einen Fall ergangen, in welchem eine Blankounterschrift sowie eine mündliche Ermächtigung zur weiteren Ausfüllung der Vollmachtsurkunde gegeben worden waren. Die Entscheidung ist jedoch auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Denn die Frage, welche inhaltlichen Anforderungen für die gebotene Schriftform gelten, ist grundsätzlich an § 766 S. 1 BGB auszurichten. Anzugeben sind daher die Personen des Gläubigers und des Hauptschuldners sowie die gesicherte Forderung, soweit diese Merkmale aus der Bürgschaftsurkunde noch nicht ersichtlich sind, sowie der Wille des Vollmachtsgebers, sich zu verbürgen (vgl. BGH a.a.O.).

27

Allerdings vertritt ein Teil der Literatur die Auffassung, die Formbedürftigkeit der Vollmacht gelte nicht für alle Fälle, in denen der Bürge eine Vollmacht erteile. Im Falle der Vollmachterteilung müsse sich diese nicht notwendig auch auf den Inhalt und die Ausgestaltung des Vertretergeschäfts beziehen, soweit dessen Einzelheiten überhaupt schon bekannt seien. Bei Vornahme des formbedürftigen Geschäfts werde der mit der Formvorschrift bezweckte Schutz dadurch verwirklicht, daß der Vertreter die vorgesehene Form wahre. Die Vollmacht könne in diesen Fällen mündlich erteilt werden. Nur dann, wenn der Bürge durch eine unwiderrufliche Vollmacht oder eine vergleichbare Situation rechtlich und tatsächlich soweit gebunden sei, daß er keine Möglichkeit mehr habe, das Vertretergeschäft zu verhindern, sei auch für die Vollmacht die Form des § 766 notwendig (vgl. Münchener Kommentar-Schramm, BGB, 4. Aufl., § 167 Rz. 28; Rösler, NJW 1999, 1152; Fischer JUS 1998, 205).

28

Eine solche Differenzierung je nach Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit der Vollmacht wird jedoch vom BGH nicht gebilligt. Dies ergibt sich aus einer weiteren Entscheidung des BGH zur Frage der Formbedürftigkeit der Vollmacht zum Abschluß eines Verbraucherkreditvertrages; in diesem Fall soll im Gegensatz zu den Fällen der Bürgschaft für die Wirksamkeit der Kreditvollmacht nicht erforderlich sein, daß dort bereits die nach § 4 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 VerbrKrG geforderten Angaben in die Vollmachtsurkunde aufgenommen

29

werden. Begründet werden die höheren Anforderungen an die Einhaltung der Schriftform für eine Bürgschaftsvollmacht ausdrücklich mit dem Schutzzweck des § 766 BGB und der Besonderheit der Bürgschaftshaftung (vgl. BGH NJW 2001, 1931, 1932 a.E.).

Diesen Schriftlichkeitsanforderungen genügt die vom Beklagten zu 2) unter dem 08.11.2001 unterzeichnete Vollmachtsurkunde (GA 131) nicht. Der Text der Vollmacht "wegen Auskunft bei Kreditreform/Bürgel" läßt nicht einmal erkennen, daß damit die Vollmacht zur Übernahme einer Bürgschaft erteilt werden sollte. Aus der genannten Angabe läßt sich vielmehr schließen, daß eine Vollmacht zur Einholung einer Auskunft über die Pächterin und/oder den Beklagten zu 1) zur Aufklärung dessen Bonität erteilt werden sollte. Selbst wenn mit dieser Auskunftseinholung das Risiko einer Bürgschaftsübernahme durch den Beklagten zu 2) abgeschätzt werden sollte, ist der Vollmachtsurkunde nicht zu entnehmen, daß der Beklagte zu 2) auch den Willen geäußert hat, eine Vollmacht zur Bürgschaftsübernahme zu erteilen. Es fehlen Angaben zur Person des Gläubigers, des Hauptschuldners und darüber hinaus auch zu einer zu sichernden Forderung. Auch im Wege der Auslegung kann die lediglich zur Vornahme einer bestimmten Geschäftshandlung erteilte Vollmacht (Spezialvollmacht) in ihrem Umfang nicht auf die hier in Rede stehende Bürgschaftserklärung ausgedehnt werden. Daran ändert auch nichts der Vortrag der Klägerin, daß der Beklagte zu 2) sich seinerzeit in Verhandlungen mit Vertretern der Klägerin zur Übernahme einer Bürgschaft für die Darlehensforderung gegen den Beklagten zu 1) bereit gefunden und erklärt haben soll, alles Weitere werde sein Anwalt erledigen. Denn auch in diesem Fall ist die Schutzfunktion des § 766 BGB durch Nichteinhaltung der erforderlichen Schriftform nicht gewahrt worden. 30

Soweit in der Bürgschaftserklärung vom 22.11.2001 die für die Einhaltung der Schriftform erforderlichen Angaben, nämlich Person des Gläubigers, des Hauptschuldners sowie der gesicherten Forderung, enthalten sind, führt dies nicht zur Annahme, für die Einhaltung der Schriftform der Vollmachtserteilung seien geringere Anforderungen zu stellen. Insbesondere können die inhaltlichen Erfordernisse nicht wahlweise durch die Bürgschaftserklärung oder die Vollmachtsurkunde erfüllt werden (vgl. auch OLG Düsseldorf OLGR 2003, 445; OLG München OLGR 1998, 272). 31

Der Beklagte zu 2) verstößt auch nicht dadurch gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), daß er sich auf die Formunwirksamkeit gem. § 125 S. 1 BGB beruft. 32

Der Formmangel eines Rechtsgeschäfts kann nur ganz ausnahmsweise wegen unzulässiger Rechtsausübung unbeachtlich sein, weil sonst die gesetzlich vorgesehenen Formvorschriften ausgehöhlt würden. Lediglich dann kann das Verhalten einer Partei treuwidrig sein, wenn sie über längere Zeit aus einem nichtigen Vertrag Vorteile gezogen hat und sich nunmehr ihren Verpflichtungen unter Berufung auf den Formmangel entziehen will. Bei einem Bürgen kommt dies beispielsweise dann in Betracht, wenn er als Gesellschafter der Hauptschuldnerin aus der Gewährung des Kredits jahrelang mittelbar Vorteile gezogen, durch sein Handeln ein berechtigtes Vertrauen des Gläubigers auf die Wirksamkeit des Vertrages begründet und jener im Hinblick darauf seine Leistungen erbracht hat (vgl. BGH NJW 1996, 1467). 33

Derartige Voraussetzungen sind vorliegend jedoch nicht gegeben. Zwar kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß die Klägerin den Kredit an den Beklagten zu 1) nur ausgezahlt hat, weil sie annahm, der Beklagte zu 2) habe ihr eine wirksame Bürgschaft erteilt. Dies allein begründet jedoch nicht den Einwand des treuwidrigen Verhaltens, weil ein Gläubiger, der vor Darlehensgewährung bestimmte Sicherheiten fordert, diese in der Regel auch für rechtswirksam gegeben hält. Erforderlich ist vielmehr ein zusätzliches Verhalten, das den Gläubiger zu einem dem Bürgen mindestens mittelbar günstigen Verhalten veranlaßt hat (BGH a.a.O.). Diese Voraussetzungen sind vorliegend aber schon deswegen nicht gegeben, 34

weil der Beklagte zu 2) durch die Darlehensgewährung an den Beklagten zu 1) jedenfalls nicht über einen längeren Zeitraum Vorteile in Form des Weiterbetriebs des Gaststättenobjekts erzielt hat. Vielmehr ist der Beklagte zu 1) bereits ab Oktober 2002, also nach Ablauf von etwa einem Jahr seit Darlehensgewährung, seinen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachgekommen, wovon auch der Beklagte zu 2) als Verpächter betroffen war. Es ist daher nicht der Fall gegeben, daß die Bürgschaft jahrelang als bestehend behandelt wurde und der Beklagte zu 2) als Bürge längere Zeit wirtschaftlichen Vorteil aus dem Geschäft gezogen hat (vgl. BGHZ 121, 224; 132, 119; Palandt-Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 125 Rz. 27).

Das angefochtene Urteil war daher abzuändern und die gegen den Beklagten zu 2) gerichtete 35
Klage abzuweisen.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 92, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 36

Gem. § 543 II Nr. 2 ZPO ist zur Rechtsfortbildung die Revision zugelassen worden 37
insbesondere zur weiteren Klärung der Schriftformerfordernisse bei der Erteilung einer
Vollmacht zur Abgabe einer Bürgschaftserklärung.