

Leitsätze:

1. Eine Bürgschaftserklärung durch Telefax genügt nicht der Schriftform des § 766 S. 1 BGB.
2. Bürgschaftsverträge, zu deren Gültigkeit nach deutschem Recht die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich ist, können nach Art. 11 II, III EGBGB auch ohne diese Schriftlichkeit formgültig sein.

Wesentliche Aussagen:

Die Übernahme einer Bürgschaft setzt nach § 766 S. 1 BGB die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung voraus (Ausn.: § 350 HGB). Schriftlich erteilt ist die Bürgschaftserklärung erst, wenn sie dem Gläubiger sei es auch nur vorübergehend zur Verfügung gestellt wird.

Die Übermittlung des Urkundeninhalts durch Telefax ist nicht als schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung nicht anzusehen. Nach § 126 I BGB ist die durch Gesetz vorgeschriebene Schriftform nur gewahrt, wenn die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet wird. Eine Telekopie enthält keine eigenhändige Unterzeichnung. Die Unterschrift ist nur vom Original übernommen. Dieses bleibt dem Absender. § 766, 1 BGB will den Bürgen vor Übereilung und unzureichender Folgenabwägung schützen. Dem würde es widersprechen, mit einem Fax eine Bürgschaft übernehmen zu können.

Der vermeintliche Bürge, der sich auf die Formunwirksamkeit beruft, verstößt nicht notwendigerweise gegen Treu und Glauben. Ein Formmangel kann - um einer Aushöhlung der Formvorschriften des bürgerlichen Rechts vorzubeugen - nur ausnahmsweise wegen unzulässiger Rechtsausübung unbeachtlich sein. Ein solcher Ausnahmefall kann vorliegen, wenn eine Partei, die längere Zeit aus dem nichtigen Vertrag Vorteile gezogen hat, sich unter Berufung auf den Formmangel ihrer Verpflichtung entziehen will. Dabei kommt auch ein mittelbarer Vorteil als Anknüpfungspunkt für treuwidriges Verhalten in Betracht. Voraussetzung ist jedoch, dass der Leistende den Vorteil im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages erbringt. Hat er aus der Sicht des anderen Vertragsteils im Zeitpunkt der Leistung nicht auf die Erfüllung des Formerfordernisses vertraut, so liegt in der späteren Geltendmachung der Unwirksamkeit kein Rechtsmissbrauch.

Sachverhalt:

Die Kl. - eine Gesellschaft englischen Rechts mit Sitz in Gibraltar - schloss am 30. 7. 1989 in Malaga/ Spanien mit der R-Textilvertriebs GmbH mit Sitz in Bayern (fortan: GmbH) - diese vertreten durch ihren Generalbevollmächtigten W - eine handschriftliche Vereinbarung über die Lieferung von 3000 Stück Jeans. Darin heißt es u. a.:

11. Die Verbindlichkeit der Firma R gegenüber der Firma ... (Kl.) wird auf der Basis Lieferung 3000 Jeans a 28 DM 84000 DM betragen. Dieser Betrag ist zur Zahlung fällig nach 60 Tagen (bzw. 90 Tagen + 1 % auf Warenwert) ab Rechnungsdatum. ...

13 Als zusätzliche Sicherheit erfolgt Abgabe einer selbstschuldnerischen Bürgschaft des Herrn ... (Bekl.).

Bereits am 28. 7. 1989 hatte der Notar Dr. H in B folgende Erklärung des Bekl. - Alleingeschafters und -geschäftsführers der GmbH - beurkundet: „Für die der ... (Kl.) – nachstehend 'Gläubigerin' genannt - gegenüber der ... (GmbH) aus dem Verkauf von 3000 Jeans ... Casablanca, gemäß Proforma-Rechnung vom 1. 7. 1989 zustehende Forderung in Höhe von 84000 DM ... übernehme ich die selbstschuldnerische Bürgschaft. ..." Mit Einverständnis des Bekl. übermittelte der Notar der Kl. zu Händen ihres gesetzlichen Vertreters an dessen Wohnsitz in Malaga am 31. 7. 1989 eine Telekopie der beurkundeten Bürgschaftserklärung. Auf einem Briefbogen der Kl. mit der Absenderangabe Gibraltar teilte deren Vertreter der GmbH unter dem Datum vom 1. 8. 1989 mit:

„Sehr geehrter Herr W, wir beziehen uns auf Ihren Besuch vom 27. -30. 7. 1989 ... Die anstehenden Probleme wurden eingehend erörtert mit folgendem Resultat:

1. Unsere Gesellschaft hat zugestimmt die erste erteilte Order (wir bitten um umgehende Übersendung der Originalorder) - 3000 ca. Jeans Mod. 100 = 1.800 Teile, Mod. 101 = 1.200 Teile anzunehmen, zu fertigen und zu beliefern - das Entsprechende wurde bereits veranlasst.

2. Die Pro-Formarechnung der ... (Kl.) vom 1. 7. 1989 gilt als Bestätigung. ...

3. Als Sicherheiten wurden seitens R angeboten:

a) Die selbstschuldnerische Bürgschaft des Alleingeschafters ... gemäß Notariatsakt ... vom 28. 7. 1989. (Mit Telefax vorab - wir bitten um Herreichung des Originals.) Die Bürgschaft ist angenommen.

b) Vertrag zwischen R und ... (Kl.) vom 30. 7. 1989. Der Vertrag ist für R rechtsverbindlich - ... (Kl.) behält sich Ratifizierung vor."

In dem Schreiben der Kl. vom 2. 9. 1989 an die GmbH heißt es u. a.: „... Was hat ... (Kl.) an Sicherheiten? Nach Hik-Hak-0000. R und Partner haben klare eindeutige Material-resp. Warenbestellungen in verbindlicher Form an ... (Kl.) bisher nicht gegeben. (Nachzuvollziehen) Notariatsakt Dr. H/... (Bekl.) überholt und ohnehin im Original nicht vorliegend. Handschriftlicher Vertrag vom 30. 7. 1989 ... (Kl.)/R überholt, nicht ratifiziert - nicht'up to date' ... (Kl.) wird W nicht R einen Warenkredit limit. einräumen. Ich erwarte IHRE Vorschläge vor Auslieferung der ersten 1800 Jeans. - oder gegen Sicherheit."

Mit Schreiben vom 8. 9. 1989 antwortete die GmbH durch W: „... Hinsichtlich Modalitäten Lieferungen folgender Vorschlag: Original-Bürgschaft bringe ich mit, Neu-Formulierung Vertrag aufbauend auf den 'Terrassenvertrag' nehmen wir gemeinsam in Casa vor. ..."

In der Folgezeit wurden von der Kl. 2813 Jeans zum Stückpreis von 28 DM übersandt und mit Rechnungen vom 8. und 17. 10. 1989 mit insgesamt 78764 DM zum Soll gestellt. Die GmbH zahlte nicht. Die Kl. hat den Bekl. aus der Bürgschaft vom 28. 7. 1989 auf Zahlung von 79551 DM (Rechnungsbetrag, 1 % Zinsen) nebst 4 % Zinsen ab Zustellung der Klageschrift in Anspruch genommen.

Die Klage hatte in beiden Tatsacheninstanzen Erfolg. Die Revision des Bekl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Entscheidungsgründe:

I. Das BerGer. hat ausgeführt, auf die Rechtsbeziehungen der Parteien sei deutsches Recht anwendbar. Zwischen ihnen sei ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande gekommen. Der Bekl. habe die Bürgschaftsübernahme für die Kaufpreisschuld der GmbH gem. §§ 766 S. 1, 126 III BGB formwirksam erklärt. Er habe der Kl. mit der Übersendung der Telekopie den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages anbieten wollen. Dieses Angebot habe die Kl. mit Schreiben vom 1. 8. 1989 angenommen. Zwar sei die Bürgschaft regelmäßig erst mit der Besitzübertragung der schriftlichen Urkunde erteilt. Doch könne das Zugehen einer Abschrift mit Wissen und Willen des Bürgen genügen. Die Lieferungen der Kl. an die GmbH seien aufgrund des Vertrages vom 30. 7. 1989 erfolgt. Dem stehe nicht entgegen, dass die Kl. in ihrem Schreiben vom 2. 9. 1989 die Ansicht geäußert habe, der Vertrag vom 30. 7. 1989 sei nicht mehr wirksam, weil unter anderem die Bürgschaftserklärung im Original nicht überreicht worden sei. Mangels anderweitiger Angaben der Parteien sei davon auszugehen, dass die Kl. und die durch W vertretene GmbH bei der Besprechung am 13. 9. 1989 den so genannten Terrassenvertrag vom 30. 7. 1989 bestätigt hätten.

II. Die Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Das BerGer. hat die Klageforderung nach deutschem Recht beurteilt. Dies ist im Ergebnis grundsätzlich nicht zu beanstanden. Die Anwendung deutschen Rechts folgt - wenn es an einer Vereinbarung nach Art. 27 EGBGB fehlt - aus Art. 28 I, II, 31 I EGBGB. Bei einem Bürgschaftsvertrag hat der Bürge die charakteristische Leistung zu erbringen. Bürge ist nach dem Klägervorbringen der Bekl. Dieser hatte im Zeitpunkt der Beurkundung der Bürgschaftserklärung und in der Folgezeit seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Deshalb unterliegt - von Art. 11 II, III EGBGB abgesehen - sowohl die Frage, ob zwischen den Parteien ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande gekommen ist, als auch die Frage, welche Ansprüche der Kl. aus einem solchen Vertrag zustehen, deutschem Recht. Dies entspricht der schon in der Klageschrift geäußerten Meinung der Kl. Ob darin, dass diese demzufolge den Klageanspruch auf Normen des deutschen Rechts gestützt und der Bekl. dem nicht widersprochen hat,

mit dem BerGer. die Wahl deutschen Rechts durch die Parteien zu sehen und dieses Recht deshalb bereits nach Art. 27 I 1 EGBGB anzuwenden ist, erscheint nicht zweifelsfrei, bedarf aber keiner Entscheidung.

2. Nach deutschem Recht ist zwischen den Parteien ein wirksamer Bürgschaftsvertrag nicht zustande gekommen.

Die Übernahme einer Bürgschaft setzt nach § 766 S. 1 BGB die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung voraus. Die Tatbestandsmerkmale des § 350 HGB, wonach die Bürgschaft der Form des § 766 BGB nicht bedarf, wenn sie auf der Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, liegen im Streitfall auf seiten des Bekl. ungeachtet seiner Eigenschaft als Alleingesellschafter und -geschäftsführer der GmbH nicht vor (vgl. BGH, NJW-RR 1987, 42 = WM 1986, 939; BGH, NJW-RR 1991, 757 = WM 1991, 536).

Die Voraussetzungen des § 766 S. 1 BGB sind nicht erfüllt. Der Bekl. hat zwar eine Bürgschaftserklärung notariell beurkunden lassen und mithin - da er die Urkunde eigenhändig unterzeichnet hat - sowohl nach § 126 I als auch nach § 126 III BGB die Schriftform gewahrt (vgl. RGZ 76, 191 (194 f.); 142, 303 (307); Staudinger-Dilcher, BGB, 12. Aufl., § 126 Rdnr. 32). Es fehlt aber an einer formgerechten „Erteilung“ dieser Erklärung. Schriftlich erteilt ist die Bürgschaftserklärung nicht bereits mit der Unterzeichnung des sie enthaltenden Schriftstücks. Der Begriff des Erteilens verlangt vielmehr eine Entäußerung gegenüber dem Gläubiger, indem die schriftliche Erklärung diesem - und sei es nur vorübergehend (vgl. BGH, LM § 766 BGB Nr. 16 = WM 1976, 422 (423); BGH, WM 1978, 266 (267)) - zur Verfügung gestellt wird (RGZ 61, 414 (415); RG, Warn 1909 Nr. 353; JW 1927, 38 (39); SeuffA 80 Nr. 82; HRR 1932 Nr. 1917; auch RG, JW 1906, 558 = Gruch 51, 181 (185 f.); LZ 1918 Sp. 1067 (1068) - je zur Erteilung der Abtretungserklärung nach § 1154 BGB). Daran fehlt es.

a) Die Übermittlung des Urkundeninhalts an die Kl. durch Telefax ist als schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung nicht anzusehen.

Nach § 126 I BGB ist die durch Gesetz vorgeschriebene Schriftform nur gewahrt, wenn die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet wird. Eine Telekopie enthält keine eigenhändige Unterzeichnung. Die Unterschrift ist nur vom Original übernommen. Dieses bleibt dem Absender. Es entspricht auch nicht dem Sinn und Zweck des § 766 S. 1 BGB, in der Übermittlung der Telekopie einer Bürgschaftserklärung deren schriftliche Erteilung zu sehen. Die Formbedürftigkeit der Bürgschaftserklärung hat ihren gesetzgeberischen Grund im Schutzbedürfnis des Bürgen, der zu größerer Vorsicht angehalten und vor nicht ausreichend überlegten Erklärungen gesichert werden soll (vgl. Mudgan, Die gesamten Materialien zum BGB II, S. 1295; BGHZ 24, 297 (301) = NJW 1957, 1275 = LM § 766 BGB Nr. 2; BGH, NJW 1984, 798 = LM § 766 BGB Nr. 18 = WM 1984, 199; BGH, NJW 1986, 928 = LM § 766 BGB Nr. 19 = WM 1986, 95 (96); BGH, NJW 1989, 1484 = LM § 766 BGB Nr. 20 = WM 1989, 559 (560)). Dieser Schutzzweck verbietet eine Übertragung der Rechtsprechung zur Wahrung von Rechtsmittel- und Rechtsmittelbegründungsfristen durch Einsatz fernmeldetechnischer Übertragungsmittel - unter anderem Telekopien (vgl. BGH, NJW 1990, 188 = LM § 518 Abs. 1 ZPO Nr. 25 = WM 1989, 1820 m. w. Nachw.; auch BVerfGE 74, 228 (235) = NJW 1987, 2067) - auf die Bürgschaft. Diese prozessrechtliche Rechtsprechung findet ihre Rechtfertigung in dem Bestreben, den Rechtsuchenden - sofern dadurch die zuverlässige Feststellung von Inhalt und Rechtsverbindlichkeit der abgegebenen Erklärung sowie der Person des Erklärenden nicht in Frage gestellt wird - zur Wahrung ihrer Rechte die volle Ausnutzung der Rechtsmittel- und Rechtsmittelbegründungsfristen auch unter Zuhilfenahme der modernen Nachrichtenübermittlungstechnik zu ermöglichen.

Diesem Gesichtspunkt erleichterter und schnellerer Kommunikation durch Gebrauchmachen von fernmeldetechnischen Übertragungsmitteln kann im materiellen Recht für die Erteilung einer Bürgschaftserklärung durch Nichtkaufleute keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden. Dem mit der Schriftform bezweckten Schutz vor Übereilung und unzureichender Folgenabwägung bei Übernahme einer Bürgschaft kommt heute im Vergleich zur Zeit der Entstehung des BGB gewiß keine geringere, sondern eher eine vermehrte Bedeutung zu. Aus diesem Grund hat der BGH es bereits im Jahre 1957 abgelehnt, in der Übermittlung eines Telegramms die Erteilung einer schriftlichen Bürg-

schaftserklärung zu sehen, und zwar - wegen des Umkehrschlusses aus § 127 S. 2 BGB - auch dann, wenn das Aufgabeformular eigenhändig unterschrieben ist (BGHZ 24, 297 (302) = NJW 1957, 1275 = LM § 766 BGB Nr. 2 m. Anm. Rietschel). Dies entspricht seitdem einhelliger Meinung (vgl. Mormann, in: RGRK, 12. Aufl., § 766 Rdnr. 2; Pecher, in: MünchKomm, 2. Aufl., § 766 Rdnr. 10; Soergel-Hefermehl, BGB, 12. Aufl., § 126 Rdnr. 12 m. Fußn. 23; Staudinger-Horn, § 766 Rdnr. 15). Für die Übermittlung einer Bürgschaft durch Telefax treffen die gleichen Erwägungen zu. Auch sie ist deshalb der Erteilung einer schriftlichen Bürgschaftserklärung nicht gleichzuachten und wird mithin dem Formerfordernis des § 766 S. 1 BGB nicht gerecht (so auch OLG Frankfurt, NJW 1991, 2154 = WM 1991, 1714 f. m. zust. Anm. Vollkommer in EWiR 1991, 973 f.; Palandt-Heinrichs, BGB, 52. Aufl., § 126 Rdnr. 7; Schürmann, NJW 1992, 3005 (3006); vgl. auch OLG Hamburg, NJW 1990, 1613; OLG Hamm, NJW 1991, 1185 m. Anm. Hensen in EWiR 1991, 123 f.; Buckenberger, DB 1980, 289 (291); Scherer-Rutke, Telekommunikation und WirtschaftsR 1988 S. 139 (146); Tschentscher, CR 1991, 141 (143); nicht ganz eindeutig Ebnet, NJW 1992, 2985 (2989 f.)).

b) Das BerGer. meint, es sei in Rechtsprechung und Lehre anerkannt, dass das Zugehen einer Abschrift mit Wissen und Wollen des Bürgen zur Annahme einer wirksamen Erteilung der Bürgschaft genügen könne, insbesondere dann, wenn das Original - wie hier - dem Bürgen entzogen bleibe. Da die Übermittlung des Urkundentextes durch Telefax der Übermittlung einer Abschrift gleichstehe und der Notar die Telekopie der Bürgschaftserklärung im Einvernehmen mit dem Bekl. an die Kl. gesandt habe, habe der Bekl. sich seiner Bürgschaftserklärung wirksam entäußert. Dem ist nicht zu folgen.

Allerdings haben RG und BGH in Einzelfällen die Überlassung einer Abschrift der schriftlichen Bürgschaftserklärung zu deren Erteilung ausreichen lassen (RGZ 126, 121; BGH, NJW 1957, 217 = LM § 766 BGB Nr. 1 = WM 1957, 130). Eine nähere Betrachtung der diesen Entscheidungen zugrundeliegenden Fallgestaltungen zeigt jedoch, dass nicht der Übermittlung einer Abschrift, vielmehr anderen Umständen die für die Annahme einer „Erteilung“ entscheidende Bedeutung beizumessen ist.

In dem Urteil RGZ 126, 121 wurde gegenüber dem Kl. im Rahmen einer Sitzung des Aufsichtsrats einer AG von den Mitgliedern des Aufsichtsrats zur Sicherung von Forderungen des Kl. gegen die AG in dem über die Sitzung aufgenommenen Protokoll die selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen. Das Protokoll wurde unter anderem von dem bekl. Aufsichtsratsmitglied unterschrieben und von dem ebenfalls anwesenden Kl. mit dem Vermerk unterzeichnet, dass der mit dem Protokoll einverstanden sei. Dieses wurde „zu den Papieren der AG genommen“. Dem Kl. wurde entsprechend dem Willen und der Absicht aller Beteiligten mit Beschluß des Bekl. vom Vorstand der AG eine Abschrift erteilt. Das RG hat angenommen, unter diesen Umständen sei die schriftliche Bürgschaftserklärung mit Willen des Bekl. in die Hand des Kl. gelangt und ihm zur Verfügung gestellt, also „erteilt“ worden.

In dem Urteil des BGH vom 28. 11. 1956, das jedoch weder in LM § 766 BGB Nr. 1 noch in WM 1957, 130 ff. vollständig abgedruckt ist, hatte die Bekl. aus Anlass eines dem Kl. von einem Dritten gemachten notariellen Angebots auf Abschluß eines Kaufvertrages über ein Grundstück zunächst zu Protokoll des Notars für den Fall des Zustandekommens des Vertrages die Übernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft für die Kaufpreisschuld erklärt. Nachdem die Urkunde bereits von dem Notar verlesen und unter anderem von dem Kl. und der Bekl. unterschrieben worden war, wurde die Bürgschaftserklärung im Einverständnis der Beteiligten aus Gründen der Kostenersparnis wieder gestrichen und durch eine entsprechende privatschriftliche Bürgschaftserklärung der Bekl. ersetzt. Die Urschrift dieser Erklärung wurde dem Notar von der Bekl. ausgehändigt, damit er sie an den Kl. weiterreiche und ihm schon vorher - was er auch tatsächlich tat - eine Abschrift der Bürgschaftsurkunde aushändige. In diesem Geschehen hat der BGH unter Hinweis auf RGZ 126, 121 (123) die Erteilung der schriftlichen Bürgschaftserklärung i. S. des § 766 S. 1 BGB gesehen, obwohl nicht festgestellt war, daß dem Kl. das Original der Bürgschaftserklärung später übermittelt worden ist.

Diesen Entscheidungen kann ungeachtet ihres Wortlauts, der die Erteilung von Abschriften in den Vordergrund zu stellen scheint, nicht entnommen werden, dass in der Übermittlung einer Abschrift anstelle der Urschrift die Erteilung einer schriftlichen Bürgschaftserklärung liegen kann (vgl. aber das obiter dictum in BGH, NJW 1968, 1131 (1132) = LM § 766 BGB Nr. 13; Soergel-Mühl, BGB, 11. Aufl., §

766 Rdnr. 1; Staudinger-Horn, § 766 Rdnr. 17). Bereits in der Entscheidung des RG, Gruch 51, 181 (185 f.) wurde betont, die Erteilung einer Abtretungserklärung nach § 1154 BGB könne auch darin liegen, daß der Zedent sich der schriftlichen Abtretungserklärung dem Zessionar gegenüber entäußert, indem er sie in dessen Gegenwart dem Notar übergibt in der erkennbaren Absicht, sich damit der Verfügung darüber zugunsten des Zessionars zu begeben und sie diesem einzuräumen. Wendet man diesen Gedanken wegen der grundsätzlichen Vergleichbarkeit von § 766 S. 1 und § 1154 I 1 BGB (vgl. dazu RG, SeuffA 80 Nr. 82) auf die wiedergegebenen Urteile an, so wird deutlich, dass die Voraussetzungen einer Erteilung der schriftlichen Bürgschaftserklärung in beiden Fällen auch ohne die Übermittlung einer Abschrift hätte angenommen werden können und dass dieser lediglich die Bedeutung eines Beweismittels für den auf andere Weise wirksam zustande gekommenen Bürgschaftsvertrag beizumessen ist (vgl. in diesem Zusammenhang BGH, NJW 1992, 1448 = LM H. 8/1992 § 766 BGB Nr. 22 = WM 1992, 177 (180); Palandt-Thomas, § 766 Rdnr. 1; nicht ganz eindeutig Pecher, in: MünchKomm, § 766 Rdnr. 17).

Zumindest lassen die Entscheidungen RGZ 126, 121 und BGH, Urt. v. 28. 11. 1956 erkennen, daß die Übermittlung einer Abschrift allein, d. h. ohne eine Entäußerung der Urschrift zugunsten des Gläubigers zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 766 S. 1 BGB nicht ausreicht.

Im Streitfall kann von einer Entäußerung der Urschrift der Bürgschaftserklärung zugunsten der Kl. nicht die Rede sein. Der Bekl. hat die Bürgschaftserklärung in Abwesenheit eines Vertreters der Kl. beurkunden lassen und hat die Niederschrift der Kl. weder in Urschrift noch in Ausfertigung, die die Urschrift im Rechtsverkehr regelmäßig vertritt (§§ 45, 47 BeurkG), jemals zur Verfügung gestellt. Er hat dem Notar lediglich den Auftrag erteilt, der Kl. eine Telekopie der Niederschrift zukommen zu lassen, ihn aber nicht zur Übermittlung einer Ausfertigung an die Kl. ermächtigt oder in sonstiger Weise zu deren Gunsten eingeschaltet. Unter diesen Umständen ist den Voraussetzungen des § 766 I BGB nicht Genüge getan (vgl. auch Staudinger-Dilcher, § 130 Rdnr. 26).

3. Der Bekl. verstößt nicht gegen Treu und Glauben, wenn er seiner Inanspruchnahme durch die Kl. die Formunwirksamkeit der Bürgschaftserklärung entgegenhält. Ein Formmangel kann - um einer Aushöhung der Formvorschriften des bürgerlichen Rechts vorzubeugen - nur ausnahmsweise wegen unzulässiger Rechtsausübung unbeachtlich sein (vgl. BGHZ 26, 142 (151) = NJW 1958, 217 = LM § 766 BGB Nr. 3; NJW 1957, 1275 (1276) - insoweit in BGHZ 24, 297 = LM § 766 BGB Nr. 2 nicht abgedr.; BGH, NJW-RR 1991, 757 = WM 1991, 536 (537)). Ein solcher Ausnahmefall kann vorliegen, wenn eine Partei, die längere Zeit aus dem nichtigen Vertrag Vorteile gezogen hat, sich unter Berufung auf den Formmangel ihrer Verpflichtung entziehen will. Dabei kommt auch ein mittelbarer Vorteil, den ein Gesellschafter durch Leistung an die Gesellschaft erlangt, als Anknüpfungspunkt für treuwidriges Verhalten in Betracht (BGHZ 26, 142 (151) = NJW 1958, 217 = LM § 766 BGB Nr. 3; BGH, NJW-RR 1987, 42 = WM 1986, 939 (940)). Voraussetzung ist jedoch, dass der Leistende den Vorteil im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages erbringt. Hat er aus der Sicht des anderen Vertragsteils im Zeitpunkt der Leistung nicht auf die Erfüllung des Formerfordernisses vertraut, so liegt in der späteren Geltendmachung der Unwirksamkeit kein Rechtsmissbrauch.

Die Kl. hat sich darauf berufen, sie habe den Liefervertrag mit der GmbH nur im Vertrauen auf das Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages geschlossen. Allein der Abschluss des Liefervertrages räumte der GmbH und mittelbar dem Bekl. indes keine das Vertrauen der Kl. in Anspruch nehmende vorteilhafte Position ein. Da die Erteilung der Bürgschaft als Sicherungsmittel im Liefervertrag vereinbart war, konnte die Kl. ohne weiteres die Erfüllung der ihr obliegenden Verpflichtung bis zur Übermittlung einer formwirksamen Bürgschaftserklärung verweigern. Erst mit der Warenlieferung selbst erhielt die GmbH den erstrebten Vorteil. Zu diesem Zeitpunkt brauchte der Bekl. jedoch nicht mehr davon auszugehen, dass die Leistungsbereitschaft der Kl. auf ihrem Vertrauen auf die Wirksamkeit der Bürgschaft beruhte. In dem Schreiben vom 2. 9. 1989 hatte sie unter anderem ausgeführt, der notarielle Akt sei überholt und liege ohnehin im Original nicht vor. Aufgrund dieser Äußerung bestand für den Bekl. mangels anderer Anhaltspunkte kein Anlass, irgendwelchen Mißverständnissen über die Einhaltung des Schriftformerfordernisses zu begegnen. Dem Bekl. ist deshalb mit Rücksicht auf die Entge-

gennahme der Lieferungen durch die GmbH nicht der Vorwurf treuwidrigen Verhaltens zu machen, wenn er sich auf die Formunwirksamkeit der Bürgschaft beruft. Für diesen Vorwurf bietet auch die nach der Behauptung der Kl. am 12. 12. 1989 vom Bekl. fernmündlich abgegebene Erklärung, zu seiner Bürgschaft stehen zu wollen, keine geeignete Grundlage. Die Kl. ist dadurch zu Leistungen an die GmbH nicht veranlaßt worden, denn die Lieferungen waren damals bereits erfolgt.

4. Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i. S. des § 826 BGB ist dem Bekl. ebenfalls nicht anzulasten. Dazu fehlt es an einem hinreichenden Vortrag der Kl. Ihre Vermutung, der Bekl. habe sie durch die Übermittlung der Fernkopie über die Erteilung der Bürgschaft betrügerisch getäuscht, reicht nicht aus. Nach alledem kann die Klage mit der Begründung des BerGer. keinen Erfolg haben.

5. Gleichwohl ist der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif. In den Fällen, in denen ein Vertrag zwischen Personen geschlossen wird, die sich in verschiedenen Staaten befinden, ist dieser auch dann formgültig, wenn er die Formerfordernisse eines dieser Staaten erfüllt (Art. 11 II EGBGB). Wird der Vertrag - wie hier - durch einen Vertreter geschlossen, so ist der Staat maßgebend, in dem sich der Vertreter befindet (Art. 11 III EGBGB). Zu den Verträgen im Sinne dieser Vorschriften gehören auch nach § 766 S. 1 BGB formbedürftige Bürgschaftsverträge (v. Bar, IPR II, Rdnr. 605; Spellenberg, in: Münch-Komm, Art. 11 EGBGB Rdnr. 65). Zwar verlangt § 766 S. 1 BGB nur die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung, nicht auch die schriftliche Vertragserklärung des Gläubigers. Gleichwohl fordert die Bestimmung jene Schriftlichkeit für die Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages (RGZ 62, 379 (381)), so dass dieser einer bestimmten Form unterliegt. Art. 34 EGBGB steht einer Anwendung von Art. 11 II , III EGBGB in keinem Fall entgegen. Die erstgenannte Bestimmung bezieht sich nach ihrem mit dem Willen des Gesetzgebers übereinstimmenden Wortlaut (vgl. BT-Dr 10/504 S. 43) - insoweit bewusst abweichend von der weitergehenden Sonderanknüpfung in Art. 7 II des EG-Schuldvertragsübereinkommens (vgl. BT-Dr 10/503, S. 63 zu Nr. 4) - allein auf den Ersten Unterabschnitt des Ersten Abschnitts des Zweiten Kapitels EGBGB und damit nicht auf Art. 11 , der zum Zweiten Abschnitt dieses Kapitels gehört.

Ob ein Bürgschaftsvertrag zwischen den Parteien nach dem Recht des Staates, in dem sich der gesetzliche Vertreter der Kl. befand, als er die ihm durch Telekopie übermittelte Bürgschaftserklärung annahm, formgültig zustande gekommen ist, hat das BerGer. - von seinem Standpunkt aus zutreffend - nicht geprüft. Die Parteien haben sich zu dieser Frage bislang nicht geäußert. Es erscheint deshalb geboten, die Sache unter Aufhebung des Berufungsurteils an das BerGer. zurückzuverweisen.