



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 305/01

Verkündet am:
10. September 2002
Weber,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

AGBG §§ 3, 9 Bm

Eine Klausel des Factoringnehmers, die den Geschäftsführer der Factoringgeberin (GmbH) im Rahmen eines selbständigen Garantievertrages bei bestrittenen Kaufpreisforderungen zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet, verstößt gegen § 3 AGBG, wenn er mit derartigen Sicherungsabreden bislang nicht befaßt war. Darüber hinaus hält die Klausel einer Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 1 AGBG nicht stand.

BGH, Urteil vom 10. September 2002 - XI ZR 305/01 - OLG Hamm
LG Essen

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. September 2002 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe und die Richter Dr. Siol, Dr. Bungeroth, Dr. Müller und Dr. Wassermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 20. Juli 2001 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagende Bank nimmt den Beklagten aus einer Garantie auf erstes Anfordern in Anspruch. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Am 18. August/29. September 1993 schloß die Klägerin mit der L. Baustoffhandels-gesellschaft mbH (nachfolgend: L. GmbH), deren Geschäftsführer der Beklagte war, einen Factoringvertrag über künftige Kaufpreisforderungen aus Warenlieferungen. Die L. GmbH garantierte

darin u.a. den Bestand und die Einwendungsfreiheit abgetretener Forderungen. Gleichzeitig unterzeichnete der Beklagte im eigenen Namen eine formularmäßige "Garantieerklärung", in der er die Bestandsgarantie in gleichem Umfang übernahm und versprach, jeden unter dieser Garantie verlangten Betrag auf erstes Anfordern der Klägerin zu zahlen.

Im Jahre 1994 erwarb die Klägerin von der L. GmbH angebliche Kaufpreisforderungen gegen die W. und T. AG über 81.758,25 DM und die W. Bau GmbH über 16.674,13 DM. Da die in Anspruch genommenen Gesellschaften eine Kaufpreisschuld bestritten, belastete die Klägerin das Abrechnungskonto der L. GmbH in Höhe der beiden Beträge und forderte sie erfolglos zum Ausgleich auf.

Nachdem die L. GmbH in Vermögensverfall geraten war, kündigte die Klägerin den Factoringvertrag fristlos und nahm den Beklagten im Mai 1995 aus dessen Garantieerklärung in Anspruch.

Der Beklagte hält dem vor allem entgegen, die Kaufpreisansprüche gegen die W. und T. AG sowie die W. Bau GmbH bestünden zu Recht. Er hat außerdem die Einrede der Verjährung erhoben, sich auf Verwirkung berufen und mit einem angeblichen Schadensersatzanspruch aufgerechnet, weil die Klägerin die Kaufpreisansprüche vertragswidrig nicht zurückübertragen und damit deren Durchsetzung verhindert habe.

Das Landgericht hat die auf Zahlung von 96.721,55 DM zuzüglich Zinsen gerichtete Klage abgewiesen, das Berufungsgericht ihr bis auf einen geringen Teil der geltend gemachten Zinsen stattgegeben. Mit der

Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Beklagten ist begründet; sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat im wesentlichen ausgeführt:

Die Forderungsberechtigung der Klägerin ergebe sich aus der persönlichen Garantieerklärung des Beklagten. Danach sei er zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet. Er müsse deshalb unverzüglich auf die Aufforderung des Gläubigers zahlen. Die Verpflichtungsform sei grundsätzlich zulässig und in der Rechtsprechung anerkannt. Der Passus "Zahlung auf erstes Anfordern" werde von der herrschenden Meinung als Hinweis auf den Ausschluß von Einreden oder Einwendungen gegen den Garantieanspruch aufgefaßt. Der Einwand des Beklagten, die abgetretenen Kaufpreisforderungen bestünden einredefrei, sei daher ohne Bedeutung.

Daß einer der Kaufpreisansprüche nach dem Vortrag des Beklagten nicht wie im Factoringvertrag vorgesehen aus einer Warenlieferung

der L. GmbH, sondern eines anderen Verkäufers stamme, ändere an seiner Haftung nichts. Falls er die Forderung als damaliger Geschäftsführer der L. GmbH unter Offenlegung ihrer Herkunft verkauft und übertragen habe, liege darin eine stillschweigende Erweiterung des Factoringvertrages, die auf seine persönliche Garantieübernahme durchschlage. Fehle es dagegen an einer entsprechenden Aufklärung der Klägerin, sei es treuwidrig, wenn er sich jetzt auf den eingeschränkten Inhalt des Factoringvertrages berufe.

Die unterlassene Rückabtretung der Kaufpreisforderungen an die L. GmbH oder an den Beklagten begründe nicht den offensichtlichen oder liquide beweisbaren Einwand des Rechtsmißbrauchs der Garantie auf erstes Anfordern. Der Beklagte könne auch nicht mit einem Schadensersatzanspruch aufrechnen, da dies dem Sinn der Garantie auf erstes Anfordern widerspreche. Der Anspruch der Klägerin aus der Garantie unterliege der dreißigjährigen Regelverjährung des § 195 BGB a.F. und sei auch nicht verwirkt.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat sich der Beklagte - wie die Revision zu Recht geltend macht - gegenüber der Klägerin nicht wirksam zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet. Die darauf gerichtete überraschende Formulklausel ist nach § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil geworden und überdies gemäß § 9 AGBG unwirksam.

1. Überraschenden Charakter hat eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und dieser mit ihr den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Die Erwartungen des Vertragspartners werden von allgemeinen und von individuellen Begleitumständen des Vertragsschlusses bestimmt. Zu ersteren zählen etwa der Grad der Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht und die für den Geschäftskreis übliche Gestaltung, zu letzteren der Gang und der Inhalt der Vertragsverhandlungen sowie der äußere Zuschnitt des Vertrages. Generell kommt es dabei nicht auf den Kenntnisstand des einzelnen Vertragspartners, sondern auf die Erkenntnismöglichkeiten des für derartige Verträge in Betracht kommenden Personenkreises an (BGHZ 102, 152, 158 f.; Senatsurteile vom 24. Oktober 2000 - XI ZR 273/99, WM 2000, 2423, 2425; vgl. auch BGH, Urteil vom 4. Oktober 2000 - XII ZR 44/98, NJW-RR 2001, 439, 440).

a) Bürgschaften oder Garantien auf erstes Anfordern werden in erster Linie im bankgeschäftlichen Verkehr und im internationalen Handelsverkehr verwendet. Sie bewirken, daß der Sicherungsgeber sofort zahlen muß und Einwendungen gegen die materielle Berechtigung der gesicherten Ansprüche grundsätzlich erst nach Zahlung geltend machen kann. Alle Streitfragen tatsächlicher und rechtlicher Art werden, sofern der Gläubiger nicht seine formale Rechtsstellung offensichtlich oder liquide beweisbar mißbraucht, in den Rückforderungsprozeß verlagert (Senat BGHZ 145, 286, 291 m.w.Nachw.: zum Garantievertrag; Senatsurteil vom 5. März 2002 - XI ZR 113/01, WM 2002, 743, 744; BGH, Urteil vom 18. April 2002 - VII ZR 192/01, WM 2002, 1415, 1416 m.w.Nachw.:

zur Bürgschaft). Mit solchen ungewöhnlich einschneidenden Rechtsfolgen mußte der Beklagte bei Abgabe seiner formularmäßigen Garantieerklärung nicht rechnen.

Die Rechtslage bei einer Garantie auf erstes Anfordern unterscheidet sich sehr wesentlich von der bei einem - gesetzlich nicht geregelten - normalen selbständigen Garantievertrag. Eine normale Garantie eines Dritten ist lediglich eine Sicherheit. Der Garant hat dem Begünstigten dafür einzustehen, daß ein bestimmter tatsächlicher Erfolg eintritt oder die Gefahr eines bestimmten künftigen Schadens sich nicht verwirklicht (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 1985 - IX ZR 11/85, WM 1985, 1035, 1037). Eine Garantie oder Bürgschaft auf erstes Anfordern ist dagegen mehr als eine Sicherheit. Sie verschafft dem Gläubiger weitreichend die Möglichkeit, sich liquide Mittel zu verschaffen, auch wenn der Sicherungsfall nicht eingetreten ist (BGH, Urteil vom 18. April 2002 - VII ZR 192/01, WM 2002, 1415, 1416). Insbesondere die Gefahr, vom Begünstigten im Erstprozeß mißbräuchlich erfolgreich auf Zahlung in Anspruch genommen werden zu können, obwohl die gesicherte Forderung nicht besteht oder einredebehaftet ist, ist Personen, die weder über Erfahrungen im Bankgeschäft verfügen noch aufgrund ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit mit den Rechtsinstituten der Bürgschaft oder Garantie auf erstes Anfordern vertraut sind, in aller Regel nicht bewußt. Der vormals für das Bürgschaftsrecht zuständige IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat deshalb von solchen Personen individualvertraglich übernommene Bürgschaften auf erstes Anfordern als einfache Bürgschaften ausgelegt, wenn der Gläubiger nicht davon ausgehen konnte, dem Bürgen sei die Bedeutung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern bekannt (BGH, Urteile vom 12. März 1992 - IX ZR 141/91, WM 1992,

854, 855 und vom 2. April 1998 - IX ZR 79/97, WM 1998, 1062, 1063; vgl. auch BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 - IX ZR 24/98, WM 1999, 895, 899). Bei formularmäßigen Bürgschaften und Garantien auf erstes Anfordern, bei deren grundsätzlich gebotener objektiver Auslegung maßgeblich auf den objektiven Erklärungswert abzustellen ist, kommt der Klausel "auf erstes Anfordern" für diesen Personenkreis regelmäßig ein Überraschungseffekt zu (vgl. Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung 4. Aufl. Rdn. 279; Pfeiffer LM § 765 BGB Nr. 115; Sprau LM § 765 BGB Nr. 127).

Das gilt insbesondere, wenn für die Übernahme gerade einer Garantie auf erstes Anfordern in dem betreffenden Geschäftsbereich kein Anlaß besteht und sie deshalb nicht üblich ist. So liegt der Fall hier. Die Klägerin war für die schnelle Durchsetzung ihrer Ansprüche aus dem Factoringvertrag gegen die L. GmbH auf eine Garantie des Beklagten auf erstes Anfordern grundsätzlich nicht angewiesen. Nach ihren Besonderen Geschäftsbedingungen für das Factoringgeschäft hatte sie das Recht, das Abrechnungskonto der L. GmbH rückzubelasten, wenn der Schuldner einer angekauften Forderung deren Bestand bestritt. Im Rahmen der laufenden Geschäftsbeziehungen war damit eine schnelle Durchsetzung einer Rückforderung durch Verrechnung mit Ansprüchen der L. GmbH aus anderen verkauften Forderungen gewährleistet. Für eine Garantie auf erstes Anfordern, die der schnellen und unkomplizierten Durchsetzung gesicherter Ansprüche und vielfach auch der sofortigen Verschaffung liquider Mittel dient (vgl. BGHZ 94, 167, 172; BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 - IX ZR 24/98, WM 1999, 895, 896), bestand kein Anlaß.

Nichts spricht dafür, daß der Beklagte gleichwohl mit einer Garantie auf erstes Anfordern rechnen mußte. Als Geschäftsführer der L. GmbH ist er kein Kaufmann (BGHZ 104, 95, 98). Daß ihm aufgrund seiner Tätigkeit für eine Baustoffhandelsgesellschaft die Bedeutung einer Garantie auf erstes Anfordern bei der Unterzeichnung der formularmäßigen Garantieerklärung bekannt war, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Hinzu kommt, daß die Erklärung nicht einmal als Garantie "auf erstes Anfordern" überschrieben ist und sich die Klausel "auf erstes Anfordern" ohne jede Hervorhebung oder gar Erläuterung erst im hinteren Teil des längeren Textes befindet (vgl. Bydlinski WM 1991, 257, 261 für Bürgschaften auf erstes Anfordern).

b) Abgesehen davon hat das Berufungsgericht weiter nicht beachtet, daß die formularmäßige Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung auf erstes Anfordern auch einer Inhaltskontrolle gemäß § 9 Abs. 1 AGBG nicht standhält.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 9 Abs. 1 AGBG vor, wenn der Verwender der Klausel einseitig seine eigenen Interessen ohne Rücksicht auf die schutzwürdigen Belange seines Vertragspartners durchzusetzen versucht (siehe z.B. Senatsurteil vom 14. Juli 1998 - XI ZR 272/97, WM 1998, 1869, 1870 m.w.Nachw.). So ist es hier. Durch die Klausel werden die Sicherungsrechte der Klägerin über ihr anerkanntes Interesse hinaus unangemessen ausgedehnt.

bb) Bereits vor der Geltung des AGB-Gesetzes hat der Bundesgerichtshof die formularmäßige Bürgschaftsverpflichtung eines GmbH-

Geschäftsführers, jeden Betrag bis zur vereinbarten Höhe auf erstes Anfordern des Gesellschaftsgläubigers zu zahlen, als unwirksam angesehen, weil sie von der gesetzlichen Regelung abweicht und die Durchsetzung des Bürgschaftsanspruchs ohne weitere Prüfung seiner Voraussetzungen ermöglicht (BGH, Urteil vom 5. Juli 1990 - IX ZR 294/89, WM 1990, 1410, 1411). Daran ist auch für den zeitlichen Geltungsbereich des AGB-Gesetzes festzuhalten. Bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern handelt es sich um ein für den Sicherungsgeber ganz besonders risikoreiches Rechtsgeschäft, weil der Bürge nicht nur das Mißbrauchsrisiko, sondern auch das Risiko der Insolvenz des Gläubigers bei der Durchsetzung seiner Rückforderungsansprüche zu tragen hat. Das Streben des Gläubigers, sich mit Hilfe der nur durch den Rechtsmißbrauchseinwand begrenzten Vorleistungspflicht des Bürgen liquide Mittel zu verschaffen, ist daher nicht als berechtigt anzuerkennen (BGH, Urteil vom 18. April 2002 - VII ZR 192/01, WM 2002, 1415, 1416; bestätigt von BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 - VII ZR 502/99, WM 2002, 1876, 1878).

cc) Für das formularmäßige selbständige Garantieverprechen, auf erstes Anfordern des Gläubigers zu zahlen, gilt grundsätzlich nichts anderes. Dafür spricht bereits die funktionelle Austauschbarkeit von Bürgschaft und Garantie. Zwar mag der Garantiegeber bei der Verwendung der Bezeichnung "Garantie" im allgemeinen deutlicher auf die Gefährlichkeit der abstrakten Verpflichtung hingewiesen werden als bei einer Bürgschaft, wo die genannte Verpflichtungsform aufgrund des im Gesetz normierten Akzessoritätsprinzips untypisch ist. Dieser Warneffekt ist aber gering und fällt bei Nichtkaufleuten - wie dem Beklagten - nicht ins Gewicht (Staudinger/Horn, BGB 13. Bearb. vor § 765 Rdn. 232; a.A. Heinsius, Festschrift Merz, S. 177, 193 f.). Auch sonst ist der Garantie-

geber infolge des weitgehenden Einwendungsausschlusses nicht weniger schutzbedürftig als der Bürge. Es besteht daher kein sachlicher Grund, bezüglich der Wirksamkeit der Klausel danach zu differenzieren, ob sie Bestandteil eines Bürgschafts- oder selbständigen Garantievertrages ist.

III.

Die angefochtene Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO a.F.).

1. Die Unwirksamkeit der Klausel hat allerdings nicht zur Folge, daß überhaupt keine Garantieverpflichtung des Beklagten mehr bestünde. Der selbständige Garantievertrag ist vielmehr gemäß § 6 Abs. 1 AGBG als solcher wirksam, ohne daß es einer ergänzenden Vertragsauslegung bedarf (vgl. auch BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 - VII ZR 502/99, WM 2002, 1876, 1878).

2. Es fehlen - vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus konsequent - aber Feststellungen zum materiellen Garantiefall. Dieser setzt den Nichtbestand oder nicht einredefreien Bestand mindestens einer der Klägerin zum Kauf angedienten Forderung voraus. Dazu liegt streitiges Vorbringen der Parteien vor.

IV.

Entgegen der Ansicht der Revision ist die Klage auch nicht teilweise abweisungsreif, weil die angeblich über eine Mehrfachabtretung an die Klägerin gelangte Kaufpreisforderung gegen die W. und T. AG entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht unter das selbständige Garantieverprechen des Beklagten falle. Zwar sieht der Wortlaut des den "Bestandsgarantien" der L. GmbH und des Beklagten zugrunde liegenden Factoringvertrages lediglich den zukünftigen Verkauf von Kaufpreisansprüchen aus Warenlieferungen der Hauptschuldnerin vor. Es unterliegt aber keinem vernünftigen Zweifel, daß die Garantieerklärung des Beklagten ihrer Zielsetzung und den Geboten von Treu und Glauben nach alle unter seiner Geschäftsführung veräußerten nicht bestehenden oder nicht einredefreien Kaufpreisansprüche erfaßt. Als damaliger Geschäftsführer der L. GmbH mußte er auf die zwischen ihr und der Klägerin festgelegten Verkaufsbedingungen achten. Alles spricht daher dafür, daß er auch im Falle des vertragswidrigen Verkaufs von Kaufpreisforderungen anderer Inhaber haftet. Diese Auslegung des selbständigen Garantievertrages kann der erkennende Senat selbst vornehmen, da insoweit weiterer Sachvortrag der Parteien nicht zu erwarten ist (vgl. BGHZ 124, 39, 45).

V.

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO a.F.). Damit die erforderlichen Feststellungen zum Eintritt des Garantie-

fall es getroffen werden können, war die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F.).

Nobbe

Siol

Bungeroth

Müller

Wassermann