



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 195/05

Verkündet am:
27. Februar 2007
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 134, 399 Alt. 2, HWiG § 1 Abs. 1 Nr. 1 a.F., § 5 Abs. 1

- a) Der wirksamen Abtretung von Darlehensforderungen eines Kreditinstituts stehen weder das Bankgeheimnis noch das Bundesdatenschutzgesetz entgegen.
- b) Arbeitsplatz i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a.F. (§ 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB) ist nur derjenige des Verbrauchers.
- c) Zu den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 HWiG (§ 312f Satz 2 BGB), wenn der Bürge seine Bürgschaftserklärung am Arbeitsplatz des persönlichen Schuldners abgibt.

BGH, Urteil vom 27. Februar 2007 - XI ZR 195/05 - OLG Stuttgart
LG Ravensburg

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 2007 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe sowie die Richter Dr. Müller, Dr. Joeres, Dr. Ellenberger und Dr. Grüneberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten zu 3) wird unter Zurückweisung der Rechtsmittel der Beklagten zu 1) und 2) das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 22. Juni 2005 im Kostenpunkt - mit Ausnahme der Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) und 2) - und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten zu 3) erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt aus abgetretenem Recht der Raiffeisenbank F. (im Folgenden: Zedentin) von den Beklagten zu 1) und 2) im

Rahmen einer Teilklage die Rückzahlung eines Darlehens; den Beklagten zu 3) nimmt sie als Bürgen in Anspruch.

2 Der Beklagte zu 1) schloss mit der Zedentin am 23. Dezember 1996 einen Darlehensvertrag über 405.500 DM zur Zwischenfinanzierung des Kaufs einer Eigentumswohnung. Zur Abwicklung der Darlehensauszahlung eröffnete er zusammen mit seiner Ehefrau, der Beklagten zu 2), bei der Zedentin am 8. Januar 1997 außerdem ein Gemeinschaftskontokorrentkonto, das im Jahr 1998 ein Soll von ca. 125.000 DM aufwies. Am 14. Oktober 1998 unterzeichnete der Beklagte zu 3), der Vater der Beklagten zu 2), eine selbstschuldnerische Höchstbetragsbürgschaft über 150.000 DM zur Sicherung aller bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche der Zedentin gegen die Beklagten zu 1) und 2). Die Bürgschaftsurkunde enthielt keine Widerrufsbelehrung und bestimmte in Ziffer 9, dass jede Änderung oder Ergänzung des Bürgschaftsvertrages oder eine Vereinbarung über dessen Aufhebung, um Gültigkeit zu erlangen, der Schriftform bedürfe. Die weiteren Umstände des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages sind zwischen den Parteien streitig. Der Beklagte zu 3) behauptet, er habe seine Bürgschaftserklärung bei einem unbestellten Besuch einer Mitarbeiterin der Zedentin in der Zahnarztpraxis der Beklagten zu 2) abgegeben. Dabei sei ihm zugesagt worden, dass er aus der Bürgschaft entlassen werde, sobald eine vom Beklagten zu 1) erwartete, inzwischen erfolgte Steuerrückerstattung von ca. 50.000 DM eingegangen sei.

3 Am 22./28. Oktober 1998 schlossen die Beklagten zu 1) und 2) mit der Zedentin einen Darlehensvertrag über 550.000 DM, der ein Altdarlehen von 424.000 DM und - zur Ablösung der Überziehung des Kontokor-

rentkontos - eine Kreditaufstockung von 126.000 DM umfasste. Die Beklagten zu 1) und 2) unterzeichneten eine gesonderte, der Vorschrift des § 7 VerbrKrG a.F. entsprechende "Information über das Recht zum Widerruf". Der Darlehensvertrag enthielt ferner "Allgemeine Darlehensbedingungen", deren Ziffer 11 mit "Refinanzierung" überschrieben ist und folgenden Inhalt hat:

"Die Bank ist berechtigt, im Fall der Refinanzierung die Darlehensforderung abzutreten und die vom Darlehensnehmer bestellten Sicherheiten an die Refinanzierungsstelle zu übertragen."

- 4 Nachdem über das finanzierte Objekt im Jahr 2002 die Zwangsversteigerung angeordnet worden war, kündigte die Zedentin mit Schreiben vom 1. Oktober 2002 den im Oktober 1998 geschlossenen Darlehensvertrag und verlangte unter Fristsetzung bis zum 30. November 2002 die Rückzahlung von 287.190,52 €.

- 5 Mit Vereinbarungen vom 25. September 2003 trat die Zedentin ihre Forderungen gegen die Beklagten zu 1) und 2) und die eingeräumten Sicherheiten, u.a. die von dem Beklagten zu 3) übernommene Bürgschaft, an die Klägerin ab.

- 6 Das Landgericht hat die auf Zahlung eines Teilbetrages von 76.693,78 € zuzüglich Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht der Klage stattgegeben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstreben die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revisionen der Beklagten zu 1) und 2) sind unbegründet. Die Revision des Beklagten zu 3) hat Erfolg und führt - soweit das Berufungsgericht zu seinem Nachteil erkannt hat - zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache.

I.

8 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

9 Der Klägerin stehe der Zahlungsanspruch gegen die Beklagten zu 1) und 2) aus dem Darlehensvertrag vom 22./28. Oktober 1998 und gegen den Beklagten zu 3) aus der Bürgschaft vom 14. Oktober 1998 zu. Die Klägerin sei aktivlegitimiert, weil die Abtretung vom 25. September 2003 wirksam sei; insbesondere könne aus dem Bankvertrag kein - stillschweigend vereinbartes - Abtretungsverbot hergeleitet werden.

10 Dem Beklagten zu 3) stehe kein Recht zum Widerruf seiner Bürgschaftserklärung zu, weil eine Bürgschaft nicht in den Anwendungsbereich des § 1 HWiG falle. Außerdem sei er zur Abgabe der Bürgschaftserklärung nicht an seinem Arbeitsplatz bestimmt worden, weil er diese nach seinem - von der Klägerin bestrittenen - Vortrag in den Praxisräumen der Beklagten zu 2) abgegeben habe. Seinen weiteren Tatsachenvortrag, eine Mitarbeiterin der Bank habe ihm bei Unterzeichnung der Bürgschaftserklärung und nochmals am 9. Februar 2001 zugesagt, aus

der Bürgschaftsverpflichtung entlassen zu werden, wenn eine von dem Beklagten zu 1) erwartete Steuerrückerstattung über ca. 50.000 DM - die unstreitig am 4. Februar 1999 in Höhe von 53.417,89 DM erfolgte - auf dem Kontokorrentkonto der Beklagten zu 1) und 2) eingehe, habe er im zweiten Rechtszug nicht wirksam wiederholt.

II.

11 Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nur teilweise stand.

12 1. Das Berufungsgericht hat allerdings zu Recht die Aktivlegitimation der Klägerin bejaht. Entgegen der Auffassung der Revision steht der Wirksamkeit der Abtretung der Darlehens- und der Bürgschaftsforderung weder ein vertragliches noch ein gesetzliches Abtretungsverbot entgegen.

13 a) Die Abtretung durch die Zedentin ist nicht gemäß § 399 Alt. 2 BGB ausgeschlossen, weil eine hierfür erforderliche "Vereinbarung mit dem Schuldner" nicht vorliegt.

14 Nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum setzt ein Abtretungsausschluss einen Vertrag voraus, in dem sich die Vertragsparteien zumindest stillschweigend über den Ausschluss der Abtretung geeinigt haben (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2002 - VIII ZR 327/00, WM 2002, 1845, 1846; MünchKommBGB/Roth, 4. Aufl. § 399 Rdn. 30; Palandt/Grüneberg, BGB 66. Aufl. § 399 Rdn. 8; Staudinger/Busche,

BGB Neubearbeitung 2005 § 399 Rdn. 54 jew. m.w.Nachw.). Dies beruht darauf, dass nach § 398 BGB die Abtretbarkeit der Regelfall und deren Ausschluss die Ausnahme ist, die - wie auch der eindeutige Wortlaut des § 399 Alt. 2 BGB besagt - von den Parteien erklärt worden sein muss und diesen nicht lediglich unterstellt werden darf.

15 Nach diesen Grundsätzen ist hier die stillschweigende Vereinbarung eines Abtretungsausschlusses zu verneinen. Für den hierzu erforderlichen übereinstimmenden inneren Willen der Parteien fehlt es an jedem Anhaltspunkt. Ganz im Gegenteil ist in Ziffer 11 der Allgemeinen Darlehensbedingungen für den Fall der Refinanzierung die Berechtigung der Zedentin zur Forderungsabtretung ausdrücklich vorgesehen. Dessen ungeachtet widerspricht ein Abtretungsausschluss - für den Kunden erkennbar - den berechtigten Interessen der Bank. Diese ist an einer freien Abtretbarkeit der Kreditforderungen zum Zwecke der Refinanzierung oder der Risiko- und Eigenkapitalentlastung interessiert (vgl. OLG Köln WM 2005, 2385, 2386; LG Frankfurt/Main WM 2005, 1120, 1123; LG Koblenz WM 2005, 30, 32; Bruchner BKR 2004, 394, 396; Cahn WM 2004, 2041, 2048; Langenbacher BKR 2004, 333, 334; Nobbe WM 2005, 1537, 1541; Schantz VuR 2006, 464, 465).

16 b) Entgegen der Revision ergibt sich ein vertraglicher Abtretungsausschluss auch nicht aus dem Bankgeheimnis. Dies entspricht der nahezu einhelligen Auffassung in der Instanzrechtsprechung und in der Literatur (vgl. KG NZG 2006, 706; OLG Köln WM 2005, 2385, 2386; LG Frankfurt/Main WM 2005, 1120, 1122; LG Koblenz WM 2005, 30, 32; Rohe, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1. März 2006, § 399 Rdn. 13; Palandt/Grüneberg aaO § 399 Rdn. 8; Staudinger/

Busche, BGB Neubearbeitung 2005 § 399 Rdn. 54; Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht § 1 Rdn. 23 f.; Petersen, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionenschutz, S. 38 ff.; Böhm BB 2004, 1641, 1642 f.; Bütter/Aigner BB 2005, 119, 121 f.; Bütter/Tonner ZBB 2005, 165, 169 ff.; Bruchner BKR 2004, 394 ff.; Cahn WM 2004, 2041, 2048 ff.; Hofmann/Walter WM 2004, 1566, 1571 f.; Jobe ZIP 2004, 2415, 2416 ff.; Langenbacher BKR 2005, 333 f.; Nobbe WM 2005, 1537, 1540 ff.; Rinze/Heda WM 2004, 1557, 1559; Rögner NJW 2004, 3230, 3232 f.; Stiller ZIP 2004, 2027, 2029), die auch der Senat bereits gebilligt hat (Beschluss vom 27. Januar 1998 - XI ZR 208/97, nicht veröffentlicht). Die von der Revision im Anschluss an eine - vereinzelt gebliebene - Entscheidung des OLG Frankfurt/Main (WM 2004, 1386, 1387) vorgebrachten Gegenargumente überzeugen nicht.

17 aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht das Bankgeheimnis in der Pflicht des Kreditinstituts zur Verschwiegenheit über kundenbezogene Tatsachen und Wertungen, die ihm aufgrund, aus Anlass oder im Rahmen der Geschäftsverbindung zum Kunden bekannt geworden sind und die der Kunde geheim zu halten wünscht (vgl. BGHZ 27, 241, 246; Senatsurteil vom 24. Januar 2006 - XI ZR 384/03, WM 2006, 380, 384 m.w.Nachw., zur Veröffentlichung in BGHZ 166, 84 vorgesehen). Die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses ist eine besondere Ausprägung der allgemeinen Pflicht der Bank, die Vermögensinteressen des Vertragspartners zu schützen und nicht zu beeinträchtigen (Senatsurteil aaO, S. 385).

18 bb) Aus dieser Verschwiegenheitspflicht, die rein schuldrechtlichen Charakter hat, folgt kein dinglich wirkendes Abtretungsverbot. Hierzu be-

dürfte es einer - wie oben ausgeführt hier nicht vorliegenden - ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung der Parteien i.S. des § 399 Alt. 2 BGB.

19 Allerdings kann die aus dem Bankgeheimnis folgende Verschwiegenheitspflicht mit der Auskunftspflicht des Zedenten nach § 402 BGB, die Bestandteil des der Zession zugrunde liegenden schuldrechtlichen Grundgeschäfts ist, in Konflikt geraten. Danach ist der Zedent verpflichtet, dem Zessionar die zur Geltendmachung der Forderung nötigen Auskünfte zu erteilen. Ein hiermit verbundener Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht kann jedoch lediglich auf schuldrechtlicher Ebene eine Schadensersatzpflicht aus § 280 Abs. 1 BGB i.V. mit § 241 Abs. 2 BGB auslösen, berührt aber die Wirksamkeit des dinglichen Verfügungsgeschäfts der Forderungsabtretung nicht (LG Koblenz WM 2005, 30, 32; Staudinger/Busche, BGB Neubearbeitung 2005 § 399 Rdn. 54; Nobbe WM 2005, 1537, 1541). Gegen die Auffassung, jede Zession verletze wegen der mit ihr verbundenen Informationspflichten stets die Verschwiegenheitspflicht des Kreditinstituts (vgl. OLG Frankfurt/Main WM 2004, 1386, 1387), spricht zudem, dass § 402 BGB zwar eine typisierende, aber keineswegs zwingende Regelung enthält, sondern abbedungen oder beschränkt werden kann. Der Zedent kann etwa weiterhin zur Einziehung der abgetretenen Forderung verpflichtet werden, so dass es zu keiner Informationsweitergabe kommt und das Bankgeheimnis von vornherein nicht betroffen ist (vgl. Bütter/Tonner ZBB 2005, 165, 170; Langenbucher BKR 2004, 333, 334; Stiller ZIP 2004, 2027, 2029; siehe auch Rundschreiben 4/97 des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen zur Veräußerung von Kundenforderungen im Rahmen von Asset-

Backed Securities-Transaktionen vom 19. März 1997 unter III., WM 1997, 1821, 1822).

20 c) Schließlich verstößt die Abtretung auch nicht gegen ein gesetzliches Abtretungsverbot gemäß § 134 BGB.

21 aa) Entgegen der Ansicht der Revision, die sich insoweit ebenfalls nur auf die Entscheidung des OLG Frankfurt/Main (WM 2004, 1386, 1387 f.) stützen kann, lässt sich ein gesetzliches Abtretungsverbot nicht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unwirksamkeit der Abtretung von Honorarforderungen von Ärzten, Rechtsanwälten, Steuerberatern und Vertretern ähnlicher Berufe (vgl. BGHZ 115, 123, 124 ff. betr. Arzt/Zahnarzt; BGHZ 122, 115, 117 betr. Rechtsanwalt; BGH, Urteil vom 22. Mai 1996 - VIII ZR 194/95, WM 1996, 1815, 1816 betr. Steuerberater; ebenso OLG Dresden NJW 2004, 1464 betr. Verfahrenspfleger/ Sozialarbeiter) begründen.

22 Nach diesen Entscheidungen folgt das Abtretungsverbot aus einem Verstoß gegen § 134 BGB i.V. mit § 203 Abs. 1 StGB. Dieses Verbotsgesetz stellt die unbefugte Offenbarung eines anvertrauten oder sonst bekannt gewordenen fremden Geheimnisses durch die in § 203 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 StGB aufgeführten Berufsangehörigen unter Strafe. Für die Verletzung des Bankgeheimnisses durch Vorstandsmitglieder oder Angestellte eines privaten Kreditinstituts oder - wie hier - einer Genossenschaftsbank sieht das Strafgesetzbuch keine Sanktion vor. Eine analoge Anwendung des § 203 Abs. 1 StGB scheidet wegen Art. 103 Abs. 2 GG von vornherein aus.

- 23 bb) Ein gesetzliches, dinglich wirkendes Abtretungsverbot ist auch nicht Bestandteil des Bankgeheimnisses, wenn man dieses - wie Teile der Literatur - als Gewohnheitsrecht einordnet (so z.B. Schwintowski/Schäfer, Bankrecht 2. Aufl. § 3 Rdn. 3; Klüwer/Meister WM 2004, 1157; Koberstein-Windpassinger WM 1999, 473, 474; Toth-Feher/Schick ZIP 2004, 491, 493).
- 24 Gewohnheitsrecht stellt nur dann ein gesetzliches Verbot i.S. des § 134 BGB dar, wenn es ein Rechtsgeschäft unmissverständlich verwirft, indem es sich - was allerdings atypisch wäre - gegen ein bestimmtes Rechtsgeschäft richtet (vgl. MünchKommBGB/Armbrüster, 5. Aufl. § 134 Rdn. 32). Dies ist hier nicht der Fall. Es fehlt bereits an der für eine gewohnheitsrechtliche Ausprägung erforderlichen lang dauernden Übung, die durch die Rechtsüberzeugung der beteiligten Verkehrskreise getragen werden muss (vgl. hierzu nur BVerfGE 28, 21, 28; BGHZ 37, 219, 222), dass ein Verstoß gegen das Bankgeheimnis auch die Unwirksamkeit der Abtretung nach sich zieht.
- 25 cc) Anders als die Revision meint, stehen der Wirksamkeit der Abtretung schließlich auch nicht die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes entgegen.
- 26 (1) Das Bundesdatenschutzgesetz regelt die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten, d.h. von Einzelangaben über die persönlichen und sachlichen Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (§ 1 Abs. 2 i.V. mit § 3 Abs. 1 BDSG). Werden Informationen über die Kreditbeziehung, die zur Geltendmachung der Forderung notwendig sind, dem Zessionar durch den

Zedenten offenbart, handelt es sich um die Übertragung von Daten an einen Dritten nach § 3 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 a BDSG und damit um Datenverarbeitung i.S. des § 3 Abs. 4 Satz 1 BDSG, die gemäß § 4 Abs. 1 BDSG nur zulässig ist, soweit das Bundesdatenschutzgesetz (z.B. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG) oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat. Zu den Voraussetzungen eines solchen Erlaubnistatbestandes hat das Berufungsgerecht keine Feststellungen getroffen. Hierauf kommt es vorliegend auch nicht an. Selbst im Falle eines Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen lässt sich aus dem Bundesdatenschutzgesetz kein gesetzliches Abtretungsverbot i.S. des § 134 BGB herleiten.

27 In der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass § 134 BGB bei einer gegen die Vorgaben des Bundesdatenschutzgesetzes verstoßenden Abtretung nicht anwendbar sei (vgl. OLG Celle WM 2004, 1384, 1385; Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht § 1 Rdn. 22; Bütter/Aigner BB 2005, 119, 122; Bütter/Tonner ZBB 2005, 165, 170; Cahn WM 2004, 2041, 2051; Früh WM 2000, 497, 501; ders., in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Stand: September 2006, Rdn. 3/138h; Nobbe WM 2005, 1537, 1543 f.; Rinze/Heda WM 2004, 1557, 1563; Theewen WM 2004, 105, 113). Die Gegenauffassung hält demgegenüber § 28 BDSG für ein Verbotsgesetz i.S. des § 134 BGB, so dass im Falle eines Verstoßes gegen § 28 BDSG auch die Abtretung unwirksam sei (Küppers/Brause AG 1998, 413, 418; Kusserow/Dittrich WM 1997, 1786, 1791; Schantz VuR 2006, 464, 467).

28 (2) Der Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung an.

29 (a) Nach der Konzeption des Bundesdatenschutzgesetzes kommt diesem kein Vorrang vor dem Bankgeheimnis zu. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht (Canaris, in: Großkomm. HGB 4. Aufl. Bankvertragsrecht I Rdn. 72; Petersen, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionenschutz, S. 92) kann auch der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19. September 1985 (III ZR 213/83, BGHZ 95, 362, 367) nichts anderes entnommen werden. Vielmehr erlangen die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes im Verhältnis zum Bankgeheimnis nur dann Bedeutung, wenn eine Frage aufgrund des Bankgeheimnisses nicht abschließend beantwortet werden kann.

30 Das Verhältnis zwischen Datenschutz und Bankgeheimnis wird maßgeblich von § 1 Abs. 3 Satz 2 BDSG bestimmt. Danach bleibt die Verpflichtung zur Wahrung von Berufsgeheimnissen, die nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhen, von den Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes unberührt. Dies bedeutet nicht nur, dass Datenschutz und Bankgeheimnis nebeneinander gelten, sondern auch, dass das Datenschutzrecht im Verhältnis zum Bankgeheimnis als Berufsgeheimnis eine Auffangfunktion hat (Bergmann/Möhrle/Herb, Bundesdatenschutzgesetz, Stand: August 2006, § 1 Rdn. 23 f.; Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz 2. Aufl. § 1 Rdn. 25; Walz, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz 6. Aufl. § 1 Rdn. 182 und § 28 Rdn. 134; Dörr/Schmidt, Neues Bundesdatenschutzgesetz 2. Aufl. § 1 Rdn. 22; Fisahn CR 1995, 632, 634 f.; Koberstein-Windpassinger WM 1999, 473, 476; Koch MMR 2002, 504, 506 f.; Nobbe WM 2005, 1537, 1544; Rinze/Heda WM 2004, 1557, 1563; a.A. Schaffland/Wiltfang, Bundesdatenschutzgesetz, Stand: Dezember 2006, § 1 Rdn. 35, die das Bankgeheimnis - ohne Begründung - nicht zu den Berufsgeheimnissen zählen). Dies ergibt sich

bereits aus der Verwendung des Wortes "unberührt" und wird von der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf des Art. 1 des Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes bestätigt, wonach sowohl gesetzliche Regelungen als auch von der Rechtsprechung für besondere Geheimnisse entwickelte Grundsätze den Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes vorgehen sollen (vgl. BT-Drucks. 11/4306, S. 39 zu § 1 Abs. 5).

31 (b) Die Herleitung eines gesetzlichen Abtretungsverbots aus dem Bundesdatenschutzgesetz würde zudem zu einem untragbaren Wertungswiderspruch führen. Nach § 3 Abs. 1 BDSG fallen in dessen Anwendungsbereich lediglich die Daten natürlicher Personen, nicht aber diejenigen juristischer Personen. Es ist kein sachlich gerechtfertigter Grund ersichtlich, die Abtretung von Darlehensforderungen eines Kreditinstituts gegen natürliche Personen an einem datenschutzrechtlichen Abtretungsverbot scheitern zu lassen, die Abtretung solcher Forderungen gegen juristische Personen aber als wirksam anzusehen. Ein solches Ergebnis wäre insbesondere im Hinblick auf den spezifischen Geheimnis- und Vertrauensschutz, der durch das Bankgeheimnis zwischen Kreditinstitut und Kunde begründet wird, nicht mehr verständlich (vgl. Nobbe WM 2005, 1537, 1544).

32 Aufgrund dessen kann auch das von der Gegenansicht herangezogene Argument, zur Verwirklichung des verfassungsmäßigen Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sei die Sanktion der Nichtigkeit der Abtretung notwendig (vgl. Schantz VuR 2006, 464, 467), nicht überzeugen. Im Übrigen wird der Verstoß gegen Datenschutzbestimmungen nicht nur - wie der Verstoß gegen das Bankgeheimnis - durch einen zivilrecht-

lichen Schadensersatzanspruch, sondern darüber hinaus auch durch die Bußgeld- und Strafvorschriften der §§ 43, 44 BDSG ausreichend sanktioniert.

33 (c) Weiterhin spricht gegen die Nichtigkeit der Abtretung infolge eines Verstoßes gegen Datenschutzbestimmungen, dass ansonsten in weiten Bereichen die nach § 398 BGB vom Gesetzgeber gewollte grundsätzliche Abtretbarkeit von Geldforderungen ausgehebelt würde. Stattdessen wäre nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG die Zulässigkeit der Übermittlung der zur Geltendmachung der Forderung erforderlichen Informationen an den Zessionar von dem Ergebnis der Abwägung der berechtigten Interessen der zedierenden Bank an deren Weitergabe und der schutzwürdigen Belange des Kreditnehmers an deren Nichtweitergabe abhängig, die in jedem Einzelfall gesondert vorgenommen werden müsste. Dass der Gesetzgeber ein solches Ergebnis gewollt hat, kann insbesondere vor dem Hintergrund, dass er mit den Regelungen des § 354a HGB und des § 22d Abs. 4 KWG, nach denen unter den dort genannten Voraussetzungen selbst ein vertragliches Abtretungsverbot nach § 399 Alt. 2 BGB die Abtretbarkeit der Forderung nicht hindert, die Verkehrsfähigkeit von Geldforderungen insbesondere von Kreditinstituten gestärkt hat, nicht angenommen werden.

34 (d) Entgegen der Auffassung der Revision (so auch Kusserow/Dittrich WM 1997, 1786, 1791) spricht auch die Sanktionierung von Verstößen gegen § 28 BDSG als Ordnungswidrigkeit gemäß § 43 BDSG oder die Eigenschaft des § 28 BDSG als Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB nicht für ein gesetzliches Abtretungsverbot. Weder Vorschriften, die eine Ordnungswidrigkeit statuieren, noch solche, die ein Schutz-

gesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB darstellen, sind stets Verbotsgesetze i.S. des § 134 BGB. Vielmehr muss jeweils geprüft werden, ob der Zweck des übertretenen Gesetzes dieses als Verbotsgesetz erscheinen lässt (vgl. BGHZ 132, 313, 318; MünchKommBGB/Armbrüster, 5. Aufl. § 134 Rdn. 60 m.w.Nachw.). Dies ist hier - wie ausgeführt - nicht der Fall.

35 2. Das Berufungsgericht hat des Weiteren zutreffend entschieden, dass der Beklagte zu 3) seine Bürgschaftserklärung nicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a.F. wirksam widerrufen hat.

36 a) Allerdings scheidet ein Widerrufsrecht des Beklagten zu 3) nicht schon daran, dass - wie das Berufungsgericht unter Berufung auf BGHZ 139, 21 gemeint hat - der durch die Bürgschaft gesicherte Vertrag nicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a.F. widerrufen werden konnte. Wie der erkennende Senat - nach Erlass des angefochtenen Urteils - unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung mit Urteil vom 10. Januar 2006 (XI ZR 169/05, BGHZ 165, 363, 366 ff. m.w.Nachw.) entschieden hat, kommt es hierauf nicht an. Vielmehr besteht unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 HWiG bzw. des § 312 BGB ein eigenes Widerrufsrecht des Bürgen, weil ein Bürge, der in einer Haustürsituation einen gewerblichen Zwecken dienenden Kredit verbürgt, im Hinblick auf den Schutzzweck dieser Normen und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nicht schlechter stehen darf als derjenige, der in einer solchen Situation den Kreditvertrag als Mithaftender unterzeichnet (Senat aaO, S. 368 f.).

37 b) Das Berufungsgericht hat aber ein Widerrufsrecht des Beklagten zu 3) mit der zutreffenden Begründung verneint, dass der Beklagte zu 3) bereits nach seinem eigenen Vorbringen zum Abschluss des Bürg-

schaftsvertrages nicht in einer Haustürsituation bestimmt worden ist. Der Beklagte zu 3) befand sich, als er mit der Vertreterin der Zedentin sprach und seine Bürgschaftserklärung unterschrieb, weder an seinem Arbeitsplatz noch im Bereich einer Privatwohnung i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a.F., sondern in den Praxisräumen der Beklagten zu 2). Dort war er nicht beschäftigt.

38 aa) Unter § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a.F. fällt grundsätzlich nur der Arbeitsplatz des Verbrauchers. Das Ansprechen am Arbeitsplatz eines Dritten, der zu demjenigen des Verbrauchers keine Verbindung aufweist, wird im Unterschied zur Privatwohnung eines Dritten vom Wortlaut der Nr. 1 ("seinem Arbeitsplatz") nicht erfasst (h.M.; vgl. nur Münch-KommBGB/Ulmer, 4. Aufl. § 312 Rdn. 37; Staudinger/Thüsing, BGB Neubearbeitung 2005 § 312 Rdn. 82; Ann, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1. März 2006, § 312 Rdn. 14; Palandt/Grüneberg, BGB 66. Aufl. § 312 Rdn. 14).

39 Eine erweiternde Auslegung dieses Merkmals kommt auch im Hinblick auf die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. Nr. L 372 S. 31) nicht in Betracht. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie beschränkt den Anwendungsbereich ebenfalls auf Verträge, die anlässlich eines Besuchs des Gewerbetreibenden beim Verbraucher "an seinem Arbeitsplatz" geschlossen werden, während es für Vertragsschlüsse in der Wohnung ausreichend ist, wenn diese mit dem Verbraucher "in seiner oder in der Wohnung eines anderen Verbrauchers" zustande kommen.

40 bb) § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a.F. findet vorliegend auch nicht gemäß § 5 Abs. 1 HWiG a.F. Anwendung. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a.F. ist nach dem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachvortrag des Beklagten zu 3) nicht durch anderweitige Gestaltungen umgangen worden. Dies würde voraussetzen, dass er durch die Vertragsanbahnung ebenso überrascht worden ist, wie wenn sie am eigenen Arbeitsplatz erfolgt wäre (MünchKommBGB/Ulmer, aaO § 312 Rdn. 37, 50). Es genügt - wie auch die Entstehungsgeschichte des § 1 Abs. 1 HWiG a.F. zeigt (vgl. BT-Drucks. 10/2876, S. 9, 10) - nicht allein die "Überrumpelung" des Verbrauchers. Der Verbraucher muss sich vielmehr in einer arbeitsplatz-typischen "Befangenheitssituation" befinden (Ann, aaO § 312 Rdn. 14).

41 Nach diesen Grundsätzen liegt hier kein Umgehungstatbestand vor. Der Beklagte zu 3) wurde in die Praxisräume der Beklagten zu 2) gerufen, die in keinem Zusammenhang mit seiner beruflichen Sphäre standen. Er hätte sich anders als bei einer Ansprache an seinem Arbeitsplatz dem Gespräch mit der Angestellten der Zedentin und deren Einwirkung jederzeit durch Rückkehr in seine in derselben Stadt befindliche Wohnung entziehen können. Die Überrumpelungssituation, in der sich der Beklagte zu 3) nach seinem Vorbringen befunden hat, beruhte nicht auf der in § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a.F. vorausgesetzten arbeitsplatz-typischen "Befangenheitssituation", sondern auf der Anwesenheit seiner Tochter, der Beklagten zu 2), und dem Wunsch oder Drängen, ihr zu helfen. Hiervor will § 1 HWiG nicht schützen.

42 3. Mit Erfolg rügt die Revision des Beklagten zu 3) jedoch, dass das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft entscheidungserhebliches Vorbringen übergangen hat (§ 286 ZPO).

43 a) Wie die Revision zutreffend aufzeigt, hat der Beklagte zu 3) in erster Instanz vorgetragen, eine Mitarbeiterin der Zedentin habe bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages erklärt, dass die Bürgschaftsübernahme lediglich vorübergehend sei und er unter Aushändigung der Bürgschaftsurkunde wieder aus der Haftung entlassen werde, sobald die von dem Beklagten zu 1) erwartete - und später unstreitig erfolgte - Steuererstattung in Höhe von ca. 50.000 DM auf dem Kontokorrentkonto eingegangen sei. Das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen, für das der Beklagte zu 3) Beweis angeboten und auf das er in seiner Berufungserwiderung Bezug genommen hat, verfahrensfehlerhaft nicht berücksichtigt.

44 Der bloße Umstand, dass der Beklagte zu 3) im Berufungsrechtszug diese Einwendung nicht ausdrücklich wiederholt hat, lässt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht darauf schließen, dass er hieran nicht länger festhalten wollte. Der Berufungsbeklagte kann in der Berufungserwiderung grundsätzlich weitgehend auf sein Vorbringen in erster Instanz Bezug nehmen und sich auf die Verteidigung des angefochtenen Urteils beschränken (st.Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 17. Mai 2002 - V ZR 123/01, WM 2002, 2421, 2424 und vom 22. Februar 2006 - VIII ZR 40/04, WM 2006, 923, 926). Darüber hinaus lässt die Würdigung des prozessualen Verhaltens des Beklagten zu 3) durch das Berufungsgericht, zu dessen abweichender Bewertung der Senat befugt ist (vgl. BGHZ 115, 286, 290; BGH, Urteil vom 17. Mai 2002 - V ZR 123/01, aaO), auch unberücksichtigt, dass für ihn kein Anlass bestand, sein diesbezügliches Vorbringen in der Berufungsinstanz zu vertiefen. Das Landgericht hatte die Klage ohne Rücksicht auf dieses Vorbringen mangels Aktivlegitimation der Klägerin abgewiesen. Der Beklagte zu 3)

konnte sich deshalb darauf beschränken, sein erstinstanzliches Vorbringen zu dieser Frage im Wege der Bezugnahme zum Gegenstand des Berufungsverfahrens zu machen. Ein Fallenlassen dieser Behauptung war hiermit nicht verbunden.

45 b) Der übergangene Sachvortrag ist auch entscheidungserheblich.

46 aa) Das Vorbringen des Beklagten zu 3) ist hinreichend substantiiert. Dass sich der Inhalt der behaupteten Nebenabrede nicht in der Bürgschaftsurkunde vom 14. Oktober 1998 wieder findet und auch zu dem vereinbarten Bürgschaftshöchstbetrag von 150.000 DM in einem gewissen Widerspruch steht, wird bei der weiteren Sachverhaltsaufklärung durch das Berufungsgericht und im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sein. Der Sachvortrag des Beklagten zu 3), dem insoweit die Beweislast obliegt (vgl. BGH, Urteil vom 17. März 1994 - IX ZR 102/93, WM 1994, 784, 786), ist hierdurch aber nicht widersprüchlich oder unsubstantiiert.

47 bb) Die von dem Beklagten zu 3) behauptete Nebenabrede, die als Individualabrede dem Text der Formularbestimmung gemäß § 4 AGBG vorginge, wäre auch trotz der Schriftformklausel in Ziffer 9 der Bürgschaftsurkunde wirksam geworden. Denn eine Vereinbarung, die die Haftung des Bürgen im Vergleich zu dem beschränkt, was sich aus der Urkunde in Verbindung mit den gesetzlichen Vorschriften ergibt, wird formlos gültig (BGH, Urteile vom 15. Juni 1988 - VIII ZR 316/87, WM 1988, 1122, 1123, und vom 17. März 1994 - IX ZR 102/93, WM 1994, 784, 785).

48 cc) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung wäre die Nebenabrede auch nicht mangels Vertretungsmacht der für die Zedentin handelnden Mitarbeiterin unwirksam. Bei Ziffer 9 der Bürgschaftsurkunde handelt es sich um eine sog. einfache Schriftformklausel, die keinen Hinweis enthält, aus dem sich unmissverständlich ergibt, dass mündliche Erklärungen des Vertreters unbeachtlich sein sollen (vgl. Münch-KommBGB/Basedow, 4. Aufl. § 305b Rdn. 14; Staudinger/Schlosser, BGB Neubearbeitung 2006 § 305b Rdn. 50; Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht 10. Aufl. § 305b BGB Rdn. 35). Dann ist aber § 55 HGB anwendbar. Nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sachvortrag des Beklagten zu 3) ist die Mitarbeiterin der Zedentin als deren Handlungsgehilfin i.S. der § 55 Abs. 1, § 59 HGB anzusehen. Die Nebenabrede wurde bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages vereinbart und stellt keine Änderung eines abgeschlossenen Vertrages i.S. des § 55 Abs. 2 HGB dar.

III.

49 Die Revisionen der Beklagten zu 1) und 2) waren demnach als unbegründet zurückzuweisen. Hinsichtlich der gegen den Beklagten zu 3) gerichteten Klage war das Berufungsurteil dagegen aufzuheben (§ 562

Abs. 1 ZPO) und, da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Nobbe

Müller

Joeres

Ellenberger

Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Ravensburg, Entscheidung vom 20.01.2005 - 6 O 399/04 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 22.06.2005 - 9 U 34/05 -