



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 328/98

Verkündet am:
2. März 2000
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 765, 776; AGBG § 9 Bm Abs. 1

Ein formularmäßiger genereller Verzicht auf die Rechte aus § 776 BGB ist nach § 9 AGBG unwirksam (Abweichung von BGHZ 78, 137, 141 ff; 95, 350, 358 f).

BGH, Urteil vom 2. März 2000 - IX ZR 328/98 - OLG Oldenburg

LG Osnabrück

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Januar 2000 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Paulusch und die Richter Dr. Kreft, Stodolkowitz, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 11. August 1998 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 gewährte dem Ehemann der Beklagten (im folgenden: Hauptschuldner) geschäftliche Kredite. Die Beklagte übernahm unter dem 2. Februar 1990 und dem 2. April 1992 jeweils formularmäßig selbstschuldnerische Bürgschaften "zur Sicherung aller bestehenden und künftigen - auch bedingten oder befristeten - Ansprüche aus der Geschäftsverbindung" mit dem Hauptschuldner, "auch wenn die Sicherheit anlässlich einer bestimmten Kreditgewährung bestellt wird", bis zum Betrag von 100.000 DM.

Ziffer 8 des Bürgschaftsvertrags vom 2. April 1992 lautet:

"Der Bürge verzichtet auf die ... Rechte aus § 776 BGB."

Der Bürgschaftsvertrag vom 2. Februar 1990 enthält eine wortgleiche Klausel.

Unter dem 7. Mai 1993 schloß der Hauptschuldner mit der Klägerin einen Vertrag über die Gewährung eines Betriebsmittelkredits in Höhe von 200.000 DM. Dieser wurde auf einem Darlehenskonto ... 157 zur Verfügung gestellt. Auf der anderen Seite wurde die Kreditlinie auf einem Kontokorrentkonto (Nr. ... 100), die bis dahin 500.000 DM betragen hatte, auf 300.000 DM reduziert. In beiden Verträgen war unter der Überschrift "sonstige Sicherheiten" eine Bürgschaft der Beklagten über 100.000 DM aufgeführt. Nach den Unterschriften der Vertragsparteien enthielten die Verträge folgenden, von der Beklagten unterschriebenen Passus:

"Soweit im Hinblick auf den Güterstand der Ehegatten eine Mitwirkung des anderen Ehegatten erforderlich sein könnte, z.B. insbesondere bei der Bestellung von Sicherheiten, erteilt dieser hiermit seine Zustimmung."

Im Jahre 1996 fiel der Hauptschuldner in Konkurs. Die Klägerin verwertete eine auf einem Grundstück des Hauptschuldners eingetragene Grundschuld und erlöste hieraus nach Abzug der Kosten 330.000 DM. Außerdem zog sie ihr sicherungshalber abgetretene Forderungen ein und ließ ihr sicherungsübereignetes Inventar versteigern. Aufgrund einer Vereinbarung mit dem Konkursverwalter vereinnahmte sie 80 % der Erlöse aus dem Forderungseinzug und 50 % der Erlöse der versteigerten Sachen. Dadurch flossen ihr

71.765,68 DM und 167.109,63 DM zu. Die restlichen Erlöse kamen der Masse zugute.

Mit ihrer Klage nimmt die Klägerin die Beklagte aus der Bürgschaft vom 2. April 1992, hilfsweise aus der Bürgschaft vom 2. Februar 1990, auf Zahlung von 100.000 DM in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; das Oberlandesgericht hat ihr in der Hauptsache stattgegeben. Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache.

I.

Nach Meinung des Berufungsgerichts hat die Beklagte ihre am 2. April 1992 übernommene Bürgschaft konkludent auf durch die Verträge vom 7. Mai 1993 begründete Verbindlichkeiten erweitert. Die Klägerin habe belegt, daß die verbürgten Hauptforderungen noch in den Bürgschaftsbetrag übersteigender Höhe offen seien. Soweit die Klägerin sich mit dem Konkursverwalter darauf geeinigt habe, daß ihr der Erlös aus der Verwertung der anderweitigen Sicher-

heiten nur zum Teil zufließen, könne sich die Beklagte dagegen nicht wehren, weil sie auf ihre Rechte aus § 776 BGB wirksam verzichtet habe.

II.

Das hält in wesentlichen Punkten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Zu Recht rügt die Revision die Auslegung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe sich, indem sie die Kreditverträge vom 7. Mai 1993 mit unterschrieben habe, zugleich für durch diese Verträge neu gewährte Kredite verbürgt.

Ob die beiden Kreditverträge vom 7. Mai 1993 den Charakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder von Individualverträgen haben, ist in den Vorinstanzen nicht erörtert worden. Die Frage kann indes offenbleiben. Selbst wenn es sich um Individualverträge handeln sollte, ist der Senat an die Auslegung des Berufungsgerichts nicht gebunden. Die tatrichterliche Auslegung ist für das Revisionsgericht nicht bindend, wenn gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind (BGHZ 131, 136, 138; BGH, Urt. v. 25. Februar 1992 - X ZR 88/90, NJW 1992, 1967, 1968; v. 5. Januar 1995 - IX ZR 101/94, NJW 1995, 959). Einer entsprechenden Überprüfung hält die Auslegung des Berufungsgerichts nicht stand.

Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß die Beklagte die Kreditverträge "nur im Hinblick auf den Güterstand und ihre danach erforderliche Mitwirkung" mit unterschrieben hat. Da aber in den Verträgen unter "sonstige Sicherheiten" auch eine Bürgschaft der Beklagten über 100.000 DM aufgeführt gewesen sei und daraus - so meint das Berufungsgericht - habe entnommen werden können, daß die Klägerin diese Bürgschaft auch für die neuen Kredite habe in Anspruch nehmen wollen, habe die Beklagte dem durch ihre Unterschrift zugestimmt. Diese Erwägungen sind fehlerhaft. Wenn die Beklagte den von ihrem Ehegatten abgeschlossenen Kreditverträgen (die tatsächlich nur auf eine bankinterne Umschuldung hinausliefen, dazu unten II 2 c aa) allein aus ehегüterrechtlicher Rücksichtnahme zugestimmt hat, weil der Kreditnehmer, ihr Ehemann, diese vermeintlich ohne ihre Zustimmung nicht wirksam abschließen konnte, liegt der Gedanke fern, daß sie eine Bürgschaft hat übernehmen wollen. Falls die Beklagte überhaupt zur Kenntnis genommen hat, daß die Klägerin eine Bürgschaft der Beklagten auch zur Deckung der "neuen Kredite" verwenden wollte, mußte sie deswegen noch nicht annehmen, die Klägerin erwarte von ihr - über die Bürgschaft vom 2. April 1992 hinaus - eine neue Bürgschaft. Denn nach Ansicht des Berufungsgericht sind seinerzeit beide Parteien davon ausgegangen, die Bürgschaft vom 2. April 1992 sei auch mit weiter Zweckerklärung wirksam und decke somit die "neuen Kredite" mit ab. Folgerichtig kann dann auch nicht angenommen werden, daß die Klägerin der Beklagten den Abschluß eines neuen Bürgschaftsvertrages angetragen hat oder auch nur hat antragen wollen. Eine neue Bürgschaft wäre deswegen nur zustande gekommen, wenn die Klägerin die Mitunterzeichnung der Kreditverträge durch die Beklagte als Angebot auf Abschluß eines Bürgschaftsvertrages verstanden und dieses dann auch angenommen hätte. Etwas derartiges hat das Berufungsgericht - insoweit konsequent - nicht in Erwägung gezogen, weil bei-

de Parteien der Meinung gewesen seien, die Bürgschaft vom 2. April 1992 reiche aus.

Nach dem bisher Gesagten liegt auf der Hand, daß sich die Beklagte am 7. Mai 1993 nicht erneut verbürgt hat. Das kann der Senat selbst feststellen.

2. Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die am 2. April 1992 übernommene Bürgschaft (noch) Forderungen der Klägerin gegen den Hauptschuldner sichert, ist nicht rechtsfehlerfrei festgestellt.

a) Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, daß die Bürgschaftserklärung vom 2. April 1992 jedenfalls insoweit gegen § 9 AGBG verstößt, als dadurch auch künftige Ansprüche der Klägerin gegen den Hauptschuldner abgesichert werden sollten (vgl. BGHZ 130, 19, 31 ff; 132, 6, 9; 137, 153, 156; zur Höchstbetragsbürgschaft vgl. BGH, Urt. v. 13. Juni 1996 - IX ZR 229/95, WM 1996, 1391, 1392; v. 28. Oktober 1999 - IX ZR 364/97, WM 2000, 64, 65 f, z.V.b. in BGHZ). Entgegen der von der Revisionserwiderung vertretenen Ansicht war die Beklagte nicht in der Lage, die Erweiterungen der Verbindlichkeiten ihres Ehemannes so zu verhindern, wie ein Geschäftsführer oder Mehrheitsgesellschafter Kreditaufnahmen durch "seine" GmbH verhindern kann. Weder der Abschluß von Darlehensverträgen durch einen Ehegatten noch die Verbürgung dieser Darlehensverbindlichkeiten durch den anderen Ehegatten bedürfen nach § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB der Einwilligung (vgl. Staudinger/Thiele, BGB 13. Bearb. § 1365 Rdnr. 6; Soergel/Lange, BGB 12. Aufl. § 1365 Rdnr. 25; BGB-RGRK/Finke, 12. Aufl. § 1365 Rdnr. 7). Das mag bei einem - anlässlich der Kreditaufnahme abgeschlossenen - Sicherungsvertrag, durch den sich ein Sicherungsgeber zur Bestellung von Realsicherheiten

verpflichtet, anders sein, falls zur Erfüllung das gesamte Vermögen herangezogen werden muß oder dem Zugriff des Sicherungsnehmers ausgesetzt wird. Daß der Ehemann der Beklagten die von dieser verbürgten Kredite seinerseits unter Einsatz seines gesamten Vermögens besichert habe, ist aber in den Tatsacheninstanzen nicht vorgetragen worden.

b) Unrichtig ist demgegenüber die Meinung des Berufungsgerichts, im vorliegenden Fall besichere die Bürgschaft nur die im Zeitpunkt der Verbürgung bestehenden Kreditforderungen, diese aber - nach Maßgabe des Höchstbetrags der Bürgschaft - insgesamt.

aa) Eine formularmäßige Zweckerklärung, die es dem Bürgschaftsgläubiger ermöglicht, einen anderen Kredit als denjenigen, der objektiv Anlaß für die Verbürgung gewesen ist, unter Deckung zu nehmen, benachteiligt den Bürgen entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (§ 9 Abs. 1 AGBG). Deswegen wird auch eine formularmäßige Zweckerklärung, mit welcher die Bürgschaft pauschal auf alle gegenwärtigen Forderungen gegen den Hauptschuldner erstreckt wird, nicht wirksam in den Bürgschaftsvertrag einbezogen (BGB, Urt. v. 28. Oktober 1999 - IX ZR 364/97, aaO). Die Bürgschaft bleibt lediglich insoweit wirksam, als sie den sogenannten Anlaßkredit sichert (§ 6 Abs. 2 AGBG i.V.m. §§ 133, 157 BGB).

bb) Welche Kredite objektiv den Anlaß für die Verbürgung vom 2. April 1992 gebildet haben, hat das Berufungsgericht nicht rechtsfehlerfrei festgestellt.

Das Berufungsgericht hat angenommen, vor der "Erweiterung" im Mai 1993 seien Anlaß der Verbürgung "die am 2. April 1992 bestehenden Darlehensverbindlichkeiten und das damalige Kreditlimit" gewesen. Diese eher bei-läufig getroffene Bemerkung widerspricht - wie die Revision mit Recht rügt (§ 286 ZPO) - dem durch das Zeugnis ihres Ehemannes unter Beweis gestell-ten Vortrag der Beklagten. Danach war Anlaß der Verbürgung vom 2. April 1992 die Gewährung eines Eigenkapitalhilfedarlehens (im folgenden: EKH-Darlehen) in Höhe von 100.000 DM. Das hat der vom Landgericht für glaub-würdig erachtete Zeuge auch so bestätigt. Damit hat sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt. Für die Revisionsinstanz ist deshalb von der Be-hauptung der Beklagten auszugehen.

Das EKH-Darlehen ist zwar - auch nach Ansicht der Revision - noch of-fen. Es liegt der Klage aber nicht zugrunde. Nach dem im Tatbestand des Be-rufungsurteils wiedergegebenen Klagevorbringen "rührt die jetzt noch beste-hende Restforderung aus dem Kontokorrentkonto Nr. ... 100" her. Das EKH-Darlehen hat die Klägerin auf dem Konto Nr. ... 141 gebucht. Danach wäre die Klage unbegründet, weil die Klägerin die Bürgin für Forderungen in Anspruch nimmt, für die sich diese nicht verbürgt hätte.

c) Selbst wenn Anlaß für die Verbürgung - wie das Berufungsgericht gemeint hat - alle Darlehensverbindlichkeiten und Kontokorrentforderungen bis zu dem am 2. April 1992 bestehenden Kreditlimit gewesen sein sollten, wäre bislang nicht belegt, daß noch verbürgte Forderungen von mindestens 100.000 DM bestehen.

aa) Daß das Berufungsgericht - als Folge seiner nicht haltbaren Feststellung, die Beklagte habe sich letztmalig am 7. Mai 1993 verbürgt (dazu oben 1) - von dem Forderungsbestand zum 7. Mai 1993 ausgegangen ist, wirkt sich allerdings nicht aus, soweit es um die an diesem Tag vollzogene Umwandlung des damals bestehenden Kontokorrentkredits in ein Tilgungsdarlehen geht. Die Ansicht des Berufungsgerichts, dadurch sei der Kontokorrentkredit in Höhe von 200.000 DM erloschen - gegebenenfalls hätte sich dadurch auch die Haftung der Beklagten entsprechend vermindert (§ 767 Abs. 1 Satz 1 BGB) -, ist unrichtig. Die sich als "bankinterne Umschuldung" darstellende Umwandlung eines Kontokorrentkredits in ein Darlehen unter Verwendung eines neuen Kontos bedeutet im Zweifel lediglich eine Vertragsänderung mit der Folge, daß eine zur Absicherung des Rückzahlungsanspruchs aus dem Kontokorrentkreditvertrag eingegangene Bürgschaft bestehenbleibt (BGH, Urt. v. 30. September 1999 - IX ZR 287/98, ZIP 1999, 1881, 1882).

bb) Ausgewirkt haben kann sich jedoch, daß die Beklagte - abgesehen von der Begrenzung durch den Höchstbetrag der Bürgschaft - möglicherweise nicht für alle Schulden ihres Ehemannes als Bürgin einstehen muß. Das hat das Berufungsgericht verkannt.

Die Höhe der Verbindlichkeiten (auf den Konten mit den Endziffern 100 bis 102, 140, 150 bis 153, 170) im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme (2. April 1992) hat die Klägerin mit insgesamt 614.792,82 DM angegeben. Davon entfiel ein Teil auf Kontokorrentkonten, deren Limit 300.000 DM (Konto Nr. ... 100), 160.000 DM (Konto Nr. ... 101) und 70.000 DM (Konto Nr. ... 102) betragen haben soll. Das EKH-Darlehen auf dem Konto Nr. ... 141 war in die-

ser Aufstellung nicht berücksichtigt, wohl aber ein gleichartiges Darlehen über 20.000 DM auf dem Konto Nr. ... 140.

Nach der Anlage 4 zum Schriftsatz der Klägerin vom 6. Juli 1998 entwickelten sich die einzelnen Konten wie folgt: Das Kontokorrentkonto Nr. ... 101 wurde am 15. April 1994 unter Auszahlung eines Guthabens aufgelöst. Das Kontokorrentkonto Nr. ... 102 wurde am 20. Dezember 1996 aufgelöst, der Sollstand von 70.361,86 DM auf das Kontokorrentkonto Nr. ... 100 umgebucht. Das Darlehenskonto Nr. ... 150 wurde am 26. Mai 1997 aufgelöst, der Sollstand von 5.047,93 DM dem Kontokorrentkonto Nr. ... 100 belastet. Die Darlehenskonten Nr. ... 151, ... 152 und ... 153 wurden nach Tilgung der Darlehen spätestens im Jahre 1994 geschlossen. Die Darlehenskonten Nr. ... 154, ... 155 und ... 156 wurden spätestens im Jahre 1997 aufgelöst, die Sollstände von 71.954,61 DM, 27.125,02 DM und 53.460,70 DM auf das Kontokorrentkonto Nr. ... 100 übertragen.

Das Limit des Kontokorrentkontos Nr. ... 100 wurde mit Vertrag vom 7. Mai 1993 um 200.000 auf 300.000 DM ermäßigt. Dafür wurde das Darlehenskonto Nr. ... 157 neu mit 200.000 DM eingerichtet. Für dessen Sollstand hatte die Beklagte, wie oben ausgeführt, einzustehen, weil es sich lediglich um eine bankinterne Umschuldung handelte. Dieses Konto wurde am 14. Mai 1997 aufgelöst; mit dem Sollstand von 129.596,02 DM wurde wiederum das Kontokorrentkonto Nr. ... 100 belastet.

Da die Beklagte für den Sollstand auf dem neuen Konto Nr. ... 157 einstehen muß, hat ihr andererseits die Ermäßigung des Limits auf dem Kontokorrentkonto Nr. ... 100 zugute zu kommen. Sie mußte somit einstehen für den

Sollstand auf dem Kontokorrentkonto Nr. ... 100 bis zu dem auf 300.000 DM ermäßigten Limit zuzüglich der vom Kontokorrentkonto Nr. ... 102 übertragenen 70.361,86 DM, der vom Konto Nr. ... 150 übertragenen 5.047,93 DM und der vom Darlehenskonto Nr. ... 157 übertragenen 129.596,02 DM. Für die Belastungen des Kontokorrentkontos Nr. ... 100 nach Auflösung der Darlehenskonten Nr. ... 154 bis ... 156 haftete die Beklagte nicht, weil diese Darlehen im Zeitpunkt der Verbürgung - am 2. April 1992 - noch nicht bestanden. Insgesamt haftete die Beklagte somit in Höhe von

300.000,00 DM

70.361,86 DM

5.047,93 DM

129.596,02 DM

505.005,81 DM

und nicht - wie das Berufungsgericht angenommen hat - in Höhe von 777.546,32 DM. In diese Summe hat das Berufungsgericht die Beträge der EKH-Darlehen (von zusammen 120.000 DM) auf den Konten mit den Endziffern 140 und 141 eingerechnet, für welche die Klägerin die Bürgschaft gar nicht genommen haben will.

cc) Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand ist nicht auszuschließen, daß die Forderungen, für welche die Beklagte als Bürgin einstehen muß, im Hinblick auf die Erlöse aus der Verwertung von Sicherheiten (Sicherungseigentum und sicherungsabgetretene Forderungen) getilgt sind.

Gutgeschrieben hat die Klägerin dem Schuldner Erlöse in Höhe von insgesamt 568.875,31 DM. Das ist zwar mehr als die im Vorstehenden ermittelte Haftungssumme von 505.005,81 DM. Es steht derzeit aber nicht fest, wieviel

der Hauptschuldner der Klägerin insgesamt schuldete und wie die Sicherheitenlöhne darauf zu verrechnen waren.

Weitergehende Erlöse - rechnerisch machen sie 20 % von 89.707,11 DM = 17.941,42 DM und 50 % von 334.219,26 = 167.109,63 DM aus - überließ die Klägerin der Konkursmasse. Deswegen hat die Beklagte sich auf § 776 Satz 1 BGB berufen. § 776 BGB sieht vor, daß der Bürge, wenn der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek oder Schiffshypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen aufgibt, insoweit frei wird, als er aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 BGB hätte Ersatz erlangen können. Zu den Rechten im Sinne von § 776 BGB sind über die ausdrücklich erwähnten akzessorischen Rechte hinaus auch selbständige Sicherungsrechte wie Sicherungsgrundschulden, Sicherungseigentum oder Sicherungsabtretungen zu zählen, zu deren Übertragung auf den zahlenden Bürgen der Gläubiger in analoger Anwendung der §§ 774, 412, 401 BGB schuldrechtlich verpflichtet ist (vgl. BGHZ 78, 137, 143; 110, 41, 43; BGH, Urt. v. 28. April 1994 - IX ZR 248/93, WM 1994, 1161, 1163; MünchKomm-BGB/Habersack, 3. Aufl. § 776 Rdn. 6).

Das Berufungsgericht hat die Berufung auf § 776 BGB nicht gelten lassen, weil die Beklagte im Bürgschaftsvertrag auf die entsprechende Rechtsfolge wirksam verzichtet habe.

§ 776 BGB enthält kein zwingendes Recht, sondern ist grundsätzlich abdingbar (vgl. BGH, Urt. v. 24. September 1980 - VIII ZR 291/79, WM 1980, 1255, 1256; Staudinger/Horn, BGB 13. Bearb. § 776 Rdn. 20). Ob der Verzicht wirksam ist, wird im vorliegenden Fall erheblich. Es kann derzeit nicht ausge-

geschlossen werden, daß im Falle der Unwirksamkeit des Verzichts die Klägerin vollständig befriedigt ist.

Ein formularmäßiger Verzicht, wie er in Ziffer 8 des Bürgschaftsvertrages enthalten ist, ist unwirksam. Allerdings haben der VIII., der III. und der erkennende Senat des Bundesgerichtshofs früher - vor und nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes - die gegenteilige Meinung vertreten (BGHZ 78, 137, 141 ff; 95, 350, 358 f; 108, 179, 183; BGH, Urt. v. 7. November 1985 - IX ZR 40/85, WM 1986, 95, 97; v. 13. Dezember 1990 - IX ZR 79/90, WM 1991, 558, 559; v. 17. März 1994 - IX ZR 174/93, WM 1994, 1064, 1066). In einer neueren Entscheidung hat der Senat - ohne die Frage letztlich entscheiden zu müssen - aber bereits Zweifel geäußert, ob an dieser Auffassung festzuhalten sei (BGHZ 136, 347, 352).

Der Bundesgerichtshof hat seine frühere Auffassung damit gerechtfertigt, daß in der Regel weder der Bürge noch die Gläubigerbank den Hauptschuldner in seiner geschäftlichen Tätigkeit einschränken wollten. Nach Nr. 19 AGB-Banken (jetzt: Nr. 14) dienten alle irgendwie in den Besitz oder die Verfügungsgewalt der Bank gelangten Sachen und Rechte eines Kunden als Pfand für alle bestehenden und künftigen Ansprüche der Bank gegen ihn. Gegebenenfalls stünden diese Pfandrechte als Sicherheiten neben der Bürgschaft. Ohne Ausschluß der Rechte des Bürgen aus § 776 BGB müßten die Werte, an denen die Bank Pfandrechte erlangt habe, blockiert werden. Denn jede von ihr zugelassene Verfügung des Kunden über diese Werte würde das Aufgeben eines Sicherungsmittels für die verbürgte Kreditschuld bedeuten. Der Ausschluß der Rechte aus § 776 BGB vermeide somit wesentliche Nachteile für den Hauptschuldner und diene im Regelfall auch den Belangen des Bürgen.

Gegen eine willkürliche Freigabe von Sicherheiten werde dieser durch § 242 BGB geschützt.

Es erscheint bereits zweifelhaft, ob die dieser Rechtsprechung zugrundeliegende Annahme zutrifft, jede von der Gläubigerbank zugelassene Verfügung des Kunden über die Sachen und Rechte, an denen durch Nr. 19 (heute Nr. 14) AGB-Banken oder vergleichbare Allgemeine Geschäftsbedingungen begründete Sicherungsrechte bestehen, bedeute das Aufgeben eines Sicherungsrechts im Sinne von § 776 BGB. Vielmehr spricht vieles dafür, die Zweckvereinbarung dieser Sicherungsrechte dahin zu verstehen, daß dem Kunden jedenfalls so lange, wie die Bank ihr Sicherungsrecht nicht geltend macht, die Möglichkeit der Verfügung über die belasteten Sachen und Rechte verbleiben soll (vgl. BGH, Urt. v. 9. Juni 1983 - III ZR 105/82, WM 1983, 926, 927). Dann wäre der Kreditnehmer auch ohne "Aufgabe" der Sicherungsrechte durch die Bank in seiner geschäftlichen Bewegungsfreiheit nicht ungebührlich eingeschränkt. Eines Verzichts des Bürgen auf die Rechtswohlthat des § 776 BGB bedürfte es dazu nicht.

Aber auch wenn man dies mit der bisherigen Rechtsprechung anders sehen wollte, könnten die ihr zugrundeliegenden Erwägungen einen uneingeschränkten Verzicht des Bürgen auf die ihm durch § 776 BGB eingeräumte Rechtsstellung nicht rechtfertigen. Ein derartiger Verzicht ist allenfalls insoweit nicht zu beanstanden, als es um solche Rechte geht, die dem Kreditinstitut aufgrund der erwähnten Klauseln seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen zustehen. Anders liegt es grundsätzlich hinsichtlich solcher Sicherungsrechte, die nicht durch Nr. 19 AGB-Banken a.F. (Nr. 14 AGB-Banken n.F.) oder vergleichbare Allgemeine Geschäftsbedingungen begründet wurden, sondern auf

gesonderten Sicherungsvereinbarungen beruhen. Bei derartigen Sicherungsrechten kann nicht allgemein davon ausgegangen werden, daß sie ohne eine Aufgabe durch den Sicherungsnehmer die geschäftliche Handlungsfreiheit des Hauptschuldners unangemessen beschränken. Damit entfällt zugleich die Grundvoraussetzung, auf der die bisherige Rechtsprechung zur klauselmäßigen Zulässigkeit eines uneingeschränkten Verzichts auf die Rechtsfolge des § 776 BGB beruht.

Ein solcher uneingeschränkter Verzicht ist vielmehr nach § 9 AGBG unwirksam, weil er den Bürgen entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. § 776 BGB soll den Bürgen, der mit seinem gesamten Vermögen für die Erfüllung seiner Verpflichtungen aus der Bürgschaft einzustehen hat, in besonderer Weise schützen. Die Norm steht in engem Zusammenhang mit § 774 BGB. Danach gehen - wie dargelegt - nicht nur die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, sondern auch die für sie bestellten akzessorischen Sicherungsrechte bei einer Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen auf diesen über; nichtakzessorische Sicherungsrechte sind auf ihn zu übertragen. Dadurch wird unterstrichen, daß der Bürge selbst wenn ihm im Einzelfall die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) nicht zusteht - nicht der primäre Schuldner ist. Der Bürge, der den Gläubiger befriedigt hat, soll in dessen Rechtsstellung - und zwar in jeder Hinsicht - einrücken, um sich nach Möglichkeit bei dem Hauptschuldner oder einem Dritten, der die Hauptschuld neben dem Bürgen besichert hat, "erholen" zu können. Durch diese Verstärkung der Durchsetzbarkeit des Rückgriffsanspruchs sollen die Folgen der Bürgenhaftung gemildert werden. Diese Begünstigung des Bürgen würde entwertet, wenn es dem Gläubiger gestattet wäre, zu Lasten des Bürgen einseitig weitere für die Hauptschuld bestellte Sicherungsrechte aufzugeben

(zu von dritter Seite gestellten Sicherheiten vgl. BGH, Urt. v. 13. Januar 2000 - IX ZR 11/99 z.V.b.). Dem will § 776 BGB vorbeugen, indem er den Bürgen insoweit von seinen Verpflichtungen befreit, als er aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 BGB hätte Ersatz erlangen können. Eine Klausel, die dem Bürgen diese Möglichkeit ganz allgemein abschneidet, indem sie ihm ohne gewichtige Gründe und ein überwiegendes Interesse des Gläubigers einen generellen Verzicht auf die Rechtsfolgen des § 776 BGB ansinnt, ist mit dem Grundgedanken dieser Vorschrift nicht vereinbar und beeinträchtigt den Bürgen unangemessen (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG).

Dem steht nicht entgegen, daß der Bürge auch nach der bisherigen Rechtsprechung gegen eine willkürliche Freigabe von Sicherheiten durch § 242 BGB geschützt wird. Die Angemessenheit einer Klausel im Sinne von § 9 AGBG verlangt einen sachgerechten vertraglichen Ausgleich der Interessen von Verwender und Vertragspartner (vgl. BGH, Urt. v. 21. Februar 1995 - KZR 33/93, WM 1995, 1636, 1638). Der Verwender darf nicht versuchen, nur seine eigenen Interessen durchzusetzen, ohne von vornherein die Interessen des Gegners hinreichend zu berücksichtigen (vgl. BGHZ 120, 108, 118; BGH, Urt. v. 16. Oktober 1996 - VIII ZR 54/96, WM 1997, 131, 134). Bei einer bloßen Willkürkontrolle ist ein derartiger Interessenausgleich nicht gewährleistet. Vielmehr werden die Interessen des Verwenders in erheblich größerem Umfang, nämlich bis zur Grenze der Unsachlichkeit, geschützt, als dies für die Angemessenheit einer Klausel von § 9 AGBG vorausgesetzt wird. Auch prozessual ist der bloße Schutz durch das Willkürverbot für den Bürgen unangemessen nachteilig. Er muß die Bank verklagen, um zu seinem Recht zu kommen. Ob er den Rechtsstreit gewinnt, ist ungewiß, weil er beweispflichtig ist und oft die Tatsachen nicht kennt, von denen das Vorliegen der Willkür abhängt.

Daß ein undifferenzierter klauselmäßiger Verzicht des Bürgen auf die Rechte des § 776 BGB gegen § 9 AGBG verstößt, wird auch in großen Teilen des Schrifttums vertreten (vgl. etwa Hadding/Häuser/Welter, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Sonderdruck des Gutachtens Bürgschaft und Garantie, S. 643 f; Tiedtke BB 1984, 19, 23; ders. ZIP 1986, 150, 155; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht Rdn. 363, 364; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten 5. Aufl. Rdnr. 791a; MünchKomm-BGB/Habersack, § 776 Rdn. 3; Ulmer/Brandner/Henksen, AGBG 8. Aufl. Anh. §§ 9 - 11 Rdn. 262; Fischer WM 1998, 1705, 1712).

Selbst wenn sich die Beklagte der Klägerin gegenüber auf § 776 BGB berufen kann, steht damit noch nicht fest, daß die Beklagte der Klägerin nichts mehr schuldet. Gegebenenfalls müßte sich die Klägerin allerdings so behandeln lassen, als wären die Verwertungserlöse zu 100 % ihr zugeflossen. Dann hätte sie auf ihre Forderung gegen den Hauptschuldner 753.926,36 DM erhalten. In welchem Umfang dadurch der Betrag von 505.005,81 DM, für den die Beklagte als Bürgin haftet, getilgt worden wäre, kann derzeit noch nicht gesagt werden. Möglicherweise überstiegen die Forderungen der Klägerin gegen den Hauptschuldner den Betrag von 753.926,36 DM.

Es kommt darauf an, ob die anderweitigen Sicherheiten der Klägerin bei Bürgschaftsübernahme oder zu einem späteren Zeitpunkt ausschließlich die verbürgte Hauptschuld absicherten oder ob sie von vornherein auch der Sicherung anderer Ansprüche der Klägerin dienten. Nur im ersten Fall hätte die Beklagte bei einer Befriedigung der Klägerin die zusätzlichen Sicherheiten in vollem Umfang für sich verwerten dürfen. Sollte der Sicherungszweck derjenigen

Rechte, die - neben der Bürgschaft - zunächst allein die Hauptforderung absicherten, später durch Vereinbarung zwischen Klägerin und Hauptschuldner ohne wirksame Zustimmung der Beklagten auf andere Ansprüche der Klägerin ausgedehnt und der Verwertungserlös für diese nicht von der Bürgschaft abgedeckten Ansprüche verwertet worden sein, läge darin eine Aufgabe dieser Rechte im Sinne von § 776 BGB (vgl. BGH, Urt. v. 17. Dezember 1959 - VII ZR 194/58, WM 1960, 371, 372; Staudinger/Horn, § 776 BGB Rdnr. 11; BGB-RGRK/Mormann, § 776 BGB Rdnr. 1). Dann wäre die Beklagte insoweit von ihrer Bürgenverpflichtung frei geworden, als sie aus dem jeweiligen Recht hätte Ersatz erlangen können, d.h. in Höhe des Verwertungserlöses.

Dienten die zusätzlichen Sicherungsrechte hingegen bereits bei Bürgschaftsübernahme oder - im Falle einer nachträglichen Begründung - zu diesem späteren Zeitpunkt zugleich der Absicherung anderer Ansprüche, mußte die Beklagte beim Fehlen besonderer Absprachen stets damit rechnen, daß der Erlös aus der Verwertung dieser Rechte zur Erfüllung der anderen Ansprüche verwendet würde. In einer solchen Verwendung war mithin eine "Aufgabe" derartiger von Anfang an mehrfach sichernder Rechte nicht zu sehen. Vielmehr war es der Entscheidung der Klägerin als Gläubigerin überlassen, auf welche Forderungen sie die Erlöse aus der Verwertung solcher Sicherheiten verrechnete (vgl. BGH, Urt. v. 29. April 1997 - XI ZR 176/96, NJW 1997, 2514, 2515; v. 4. November 1997 - XI ZR 181/96, NJW 1998, 601).

Ob die Klägerin mit dem Hauptschuldner eine Tilgungsreihenfolge - die im zuletzt genannten Fall auch die Beklagte gegen sich gelten lassen müßte (BGH, Urt. v. 27. April 1993 - XI ZR 120/92, WM 1993, 1078, 1080) - vereinbart oder ob der Schuldner eine einseitige Tilgungsbestimmung gemäß § 366

Abs. 1 BGB getroffen hat, ist nicht festgestellt. Fehlt es an beidem, so gilt § 366 Abs. 2 BGB. Danach war die Klägerin berechtigt, die Erlöse aus der Sicherheitenverwertung zunächst auf solche Forderungen zu verrechnen, für welche die Klägerin am wenigsten gesichert war. Welche Forderungen dies waren, steht nicht fest.

III.

Das angefochtene Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 563 ZPO).

Die Bürgschaft vom 2. Februar 1990, auf welche die Klägerin ihr Klagebegehren hilfsweise gestützt hat, verschafft ihr jedenfalls keine weitergehenden Rechte als die Bürgschaft vom 2. April 1992.

IV.

Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO), weil sie weiterer Aufklärung bedarf. Das Berufungsgericht wird insbesondere feststellen müssen, welcher Kredit bzw. welche Kredite objektiver Anlaß der Verbürgung vom 2. April 1992 war bzw. waren. Falls die Klägerin bezüglich des EKH-Kredits wegen einer staatlichen Kreditgarantie kein Sicherheitsbedürfnis

hatte, wie das Landgericht angenommen hat, könnte dies der Annahme entgegenstehen, der EKH-Kredit sei objektiver Anlaß der Verbürgung gewesen. Insoweit trifft die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast (BGH, Urt. v. 7. März 1996 - IX ZR 43/95, NJW 1996, 1470, 1472; v. 15. April 1997 - IX ZR 112/96, NJW 1997, 3230, 3232; v. 2. Juli 1998 - IX ZR 255/97, WM 1998, 1675, 1676; v. 28. Oktober 1999 - IX ZR 364/97, aaO).

Wenn das Berufungsgericht feststellen sollte, daß nicht das EKH-Darlehen, sondern die sonstigen Kreditverbindlichkeiten - ganz oder teilweise - Anlaß der Verbürgung waren, wird das Berufungsgericht prüfen müssen, in welcher Höhe die "Anlaßkredite" heute noch bestehen. Die Parteien erhalten durch die Zurückverweisung Gelegenheit, zu der Frage vorzutragen, ob und gegebenenfalls wie sie bei Kenntnis der Unwirksamkeit des Ausschlusses von § 776 BGB den Vertrag ergänzt hätten. Die Klägerin mag vortragen, weshalb sie
sich

mit dem Konkursverwalter über die Aufteilung der Erlöse aus der Sicherheitenverwertung geeinigt und nach welchen Kriterien sie die ihr zugeflossenen Erlöse auf die Kreditschulden verrechnet hat.

Paulusch

Kreft

Stodolkowitz

Zugehör

Ganter