

Bürgschaftsformulare im Licht des AGB-Gesetzes

Von Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Unter dem Blickwinkel von § 9 AGB-Gesetz sind vor allem folgende Klauseln kritisch zu prüfen:

1. Risikoerweiterungsklauseln

a) Es entspricht vielfacher Textierung in Bürgschaftsformularen, daß eine Risikoerweiterung mit der Maßgabe vorgenommen wird, daß die Bürgschaft „zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Forderungen“ bestellt wird, „einschließlich aller bedingten und befristeten Forderungen“, die im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner „aus der Geschäftsverbindung“ resultieren¹. Bei einer derartigen Klausel sind folgende Einzelprobleme zu berücksichtigen:

aa) Zunächst ist zu untersuchen, ob die übernommene Bürgschaftsverpflichtung hinreichend bestimmt ist². Bei der vorerwähnten Risikoerweiterungsklausel wird man dies grundsätzlich bejahen müssen³, weil es nach der BGH-Judikatur ausreicht, daß die „künftigen Forderungen“ in der Weise bestimmbar sind, daß sie „aus der Geschäftsverbindung“ für Schuldner und Gläubiger hergeleitet werden. Lautet hingegen die Bürgschaftsverpflichtung dahin, daß sich der Bürge „für alle gegenüber dem Hauptschuldner erhobenen oder noch zu erhebenden Forderungen durch den Gläubiger“ verpflichtet, so fehlt es an der erforderlichen Bestimmbarkeit⁴.

bb) Des weiteren ist stets durch Auslegungen gem. §§ 133, 157 BGB zu prüfen, ob die vom Gläubiger gegenüber dem Bürgen geltend gemachte Forderung ihrem Inhalt und ihrem Umfang nach von der Bürgschaftsverpflichtung gem. § 765 Abs. 1 BGB gedeckt wird. Bezieht sich zum Beispiel die Bürgschaft auf alle vom Schuldner „übernommenen Verpflichtungen“ aus einem Bauvertrag, so erstreckt sich die Bürgschaftsverpflichtung auch auf eine Vertragsstrafe, sofern sich der Hauptschuldner nicht nur zur Durchführung bestimmter Bauarbeiten, sondern auch zur Einhaltung fester Termine — bei gleichzeitiger Abgabe eines Vertragsstrafeversprechens für deren Nichteinhaltung — verpflichtet hatte⁵. Selbst wenn sich die Bürgschaftsverpflichtung jedoch auf alle Forderungen „aus der Geschäftsverbindung“ zwischen Gläubiger und Schuldner erstreckt, so darf daraus — im Fall der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners — keine Risikoerweiterung in der Weise hergeleitet werden, daß der Gläubiger durch Abtretung weitere Forderungen Dritter gegenüber dem Hauptschuldner erwirbt, sofern diese Forderungen — vor Eröffnung des Konkurses — der Bürgschaftsverpflichtung nicht zugrunde lagen⁶. Ähnlich: Bei einer Bürgschaft, welche zur Ablösung eines Garantieeinhalts gegenüber einem Bauträger gegeben wurde, gilt die Verpflichtung aus der Bürgschaft auch dann, wenn der Bauherr/Gläubiger den Bauträger unmittelbar aus der Bürgschaft in Anspruch nimmt, sofern sich der Bauherr/Gläubiger vergeblich darum bemüht hatte, seinen Anspruch gegenüber dem Bauhandwerker aus abgetretenem Recht zu befriedigen: Wenn nämlich das Risiko der „Schadloshaltung“ aus abgetretenem Recht fehlschlägt, dann ist der Bauträger unmittelbar zur Gewährleistung verpflichtet. Zur

Konsequenz hat dies, daß auch für derartige bedingte und zukünftige Gewährleistungsforderungen gegenüber dem Bauträger eine Bürgschaftsverpflichtung begründet werden kann, soweit sich diese auch auf die Gewährleistungshaftung aufgrund einer gem. §§ 133, 157 BGB vorzunehmenden Auslegung — bezieht⁷.

cc) Bei Verwendung der vorerwähnten Risikoerweiterungsklausel ist der Vorrang der Individualabrede gem. § 4 AGB-Gesetz streng im Auge zu behalten⁸: Ist z. B. die Bürgschaft kraft individualvertraglicher Abrede für ein bestimmtes Darlehn gewährt worden, so kann sie nicht ohne weiteres auf andere Darlehnsforderungen des Gläubigers erstreckt werden⁹. Dies gilt auch dann, wenn Kreditgeschäft und Bürgschaft auf dem gleichen Formular abgedruckt sind, z. B. bei einem Konsumentenkredit¹⁰. Man wird hier regelmäßig den Bereich des Individualvertrages gem. § 4 AGB-Gesetz unter besonderer Berücksichtigung des in § 765 Abs. 1 BGB verankerten Tatbestandselement der „Verbindlichkeit“ bewerten müssen. Denn aus § 766 Satz 1 BGB folgt, daß das bei Abgabe einer Bürgschaftsverpflichtung zu beachtende Schriftformerfordernis eine hohe Warnfunktion besitzt¹¹. Das Erfordernis der eigenhändigen Namensunterschrift des Ausstellers der Urkunde (vgl. § 126 Abs. 1 BGB) gilt dabei für alle wesentlichen Teile einer Bürgschaftserklärung, nämlich: für die Person des Gläubigers, den Verbürgungswillen, die Schuld, für die gebürgt werden soll, so daß auch die Person des Hauptschuldners aus der Bürgschaftsurkunde erkennbar sein muß¹². Den Vorrang des Individualvertrages gem. § 4 AGB-Gesetz wird man deshalb nur dann eingreifen lassen dürfen, wenn sich aus Sinn und Zweck, insbesondere aus der Individualisierung der für den Bürgschaftsvertrag maßgeblichen „Verbindlichkeit“ im Sinn von § 765 Abs. 1 BGB nicht ergibt, daß der Bürgschaft auch sonstige Forderungen aus der „Geschäftsverbindung“ zwischen Gläubiger und Hauptschuldner unterlegt würden¹³. Diese auf § 4 AGB-Gesetz abhebende Erwägung gilt jedoch dann nicht, wenn sich die Risikoerweiterung auf solche Forderungen bezieht, welche mit der Hauptforderung in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen, wie z. B. Zinsrückstände, Provisionen und Spesen¹⁴. Denn daß der Bürge für diese haftet, ergibt sich unmittelbar aus den gesetzlichen Bestimmungen¹⁵ sowie aus dem Zweck des Bürgschaftsvertrages.

¹ BGH, WM 1981 S. 5; BGH, WM 1984 S. 199 — Blanco-Bürgschaft.

² WM 1981 S. 5, 6; BGH, WM 1974 S. 1127; Mormann, in: RGRK-BGB § 765 Rdnr. 4 m.w.N.

³ BGH, WM 1981 S. 5, 6; Schröter, BuB Rdnr. 4/1028.

⁴ BGH, WM 1978 S. 1065.

⁵ BGH, DB 1982 S. 2029.

⁶ BGH, WM 1979 S. 884.

⁷ BGH, WM 1982, S. 485, 486.

⁸ Hierzu vor allem OLG Stuttgart, BB 1977 S. 415, 416; Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. zu § 9 — 11 Rdnr. 260; Wolf/Horn/Lindacher, § 9 B 13.

⁹ OLG Stuttgart, a.a.O.; so insbesondere Schröter, BuB Rdnr. 4/1027 m.w.N.

¹⁰ Schröter, a.a.O., Rdnr. 4/1028.

¹¹ Statt aller Pecher, in: MünchKomm., § 766 Rdnr. 10.

¹² BGH, WM 1984 S. 199; BGH, WM 1957 S. 1222; BGHZ 28 S. 142, 146.

¹³ Hierzu Fn. 1.

¹⁴ A. M. wohl Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. zu § 9—11 Rdnr. 260 bei Fn. 3.

¹⁵ Hierzu auch Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O.

Unter Berücksichtigung des Vorrangprinzips von § 4 AGB-Gesetz sind im Zweifel für eine Risikoerweiterungsklausel enge Maßstäbe anzulegen. Die Ergebnisse der BGH-Judikatur zur Bestellung von Sicherheiten gem. Ziff. 19 der Banken-AGB sind hier nicht ohne weiteres übertragbar^{15a}. Der entscheidende Grund ist darin zu sehen, daß die Sicherheitenbestellung — und die darin klauselmäßig verankerte Risikoerweiterung gem. Ziff. 19 der Banken-AGB — ausschließlich das Vertragsverhältnis zwischen der Bank/AGB-Verwender einerseits und dem Kunden andererseits betrifft. Demgegenüber ist die Bürgschaft gem. §§ 765 ff BGB ein risikobehaftetes Rechtsgeschäft; sie ist schuldnerbezogen, hat also die Person eine Dritten im Auge und das in dieser Person, bezogen auf die „Verbindlichkeit“ gem. § 765 Abs. 1 BGB, liegende Bonitäts- und Insolvenzrisiko¹⁶. Dies gilt gleichermaßen im kaufmännischen wie im nicht-kaufmännischen Bereich, weil gem. § 4 AGB-Gesetz insoweit eine Differenzierung ausscheidet.

Gleichwohl darf nicht übersehen werden, daß § 4 AGB-Gesetz eine Auslegung der Bürgschaftsverpflichtung unter Einbeziehung der AGB im Sinn der §§ 133, 157 BGB keineswegs schlechthin verbietet¹⁷. Denn im Rahmen von § 4 AGB-Gesetz geht es um die Bewältigung des bekannten Problems, daß nämlich AGB-Klauseln aufgrund der globalen Einbeziehung gem. § 2 AGB-Gesetz Vertragsbestandteil werden, sofern die Parteien in dem sie verbindenden Individualvertrag keine hiervon abweichenden, den konkreten Fall betreffenden Regelungen — vorrangig — getroffen haben¹⁸. Daraus folgt beispielhaft formuliert: Bezieht sich die übernommene Bürgschaftsverpflichtung auf einen dem Hauptschuldner gewährten Kontokorrentkredit, so scheidet die vorerwähnte Risikoerweiterungsklausel keinesfalls am Vorrangprinzip von § 4 AGB-Gesetz. Denn das Sicherungsbedürfnis des Gläubigers eines Kontokorrentkredits ist notwendigerweise auf „alle bestehenden und künftigen Forderungen“, einschließlich aller „bedingten und befristeten Forderungen“ bezogen, die „aus der Geschäftsverbindung“ zwischen Gläubiger und Hauptschuldner resultieren. Gleiches dürfte dann gelten, wenn die Bürgschaft einen Betriebsmittelkredit absichert. Andererseits dürfte das Vorrangprinzip von § 4 AGB-Gesetz dann zum Zuge kommen, wenn die Bürgschaft der Absicherung eines bei Vertragsabschluß eindeutig individualisierten Kredits dient¹⁹. Fehlt es indessen an einer konkretisierten, individualisierten „Verbindlichkeit“ im Sinn von § 765 Abs. 1 BGB, weil sich der Bürge für die „Schulden“ eines Dritten verbürgt hat, so ist es ausgeschlossen, das Vorrangprinzip von § 4 AGB-Gesetz gegenüber der Risikoerweiterungsklausel zu bemühen. Denn dann werden Umfang und Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung vor allem durch die Risikoerweiterungsklausel bestimmt — ein Gesichtspunkt, der dann freilich den Rückgriff auf § 3 AGB-Gesetz oder auf § 9 AGB-Gesetz nahelegt.

b) Die Prüfung von Risikoerweiterungsklauseln — sei es als überraschende Klausel gem. § 3 AGB-Gesetz oder als unwirksame Klausel gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz — erfordert eine strenge Differenzierung danach, ob die jeweilige Risikoerweiterungsklausel eine betragsmäßige Begrenzung aufweist²⁰. Denn üblicherweise erstreckt sich die Risikoerweiterungsklausel — über ihren bislang behandelten Inhalt hinaus —

auch auf „Zinsen, Provisionen und Kosten“, und zwar selbst dann, wenn ein etwa genannter Höchstbetrag dadurch „überschritten“ wird. Berücksichtigt man beide Komponenten einer Risikoerweiterungsklausel, so ergeben sich folgende Differenzierungen:

aa) Risikoerweiterungsklauseln, die sich auf „Zinsen, Provisionen und Kosten“ beziehen, sind weder im nicht-kaufmännischen Bereich noch im kaufmännischen Verkehr gem. § 3 AGB-Gesetz als überraschende Klausel zu beanstanden²¹. Dies gilt selbst dann, wenn die Belastung des Bürgen mit „Zinsen, Provisionen und Kosten“ dazu führt, daß die Bürgschaftssumme „überschritten“ wird. Denn jeder, der sich gegenüber einer Bank/Sparkasse — in diesem Bereich werden die vorerwähnten Risikoerweiterungsklauseln vornehmlich verwendet — verbürgt, muß im Rahmen einer Kreditbürgschaft mit derartigen Klauseln rechnen²². Grundsätzlich geht es auch zu weit, in diesen Fällen die Bank/Sparkasse für verpflichtet zu halten, den Bürgen über das Risiko einer derartigen Bürgschaft ausdrücklich aufzuklären^{22a}. Denn die Warnfunktion des § 766 BGB schützt die Interessen des Bürgen — jedenfalls in der Regel — ausreichend.

bb) Umgekehrt: Ist die zu verbürgende „Verbindlichkeit“ im Sinn von § 765 Abs. 1 BGB der Höhe nach limitiert, enthält das Bürgschaftsformular aber den ausdrücklichen Klauselzusatz, die Bürgschaft werde „ohne betragsmäßige Beschränkung“ begründet, so kann dies vor allem gegenüber einem Nichtkaufmann überraschend im Sinn von § 3 AGB-Gesetz sein²³. Denn wenn schon ein Bürge — aufgrund der vorerwähnten Risikoerweiterungsklausel — die Haftung für eine Vielzahl von Forderungen aus einer bankmäßigen Geschäftsverbindung übernimmt, so ist es regelmäßig überraschend, weil vom Bürgen nicht erwartet, wenn er dann aufgrund einer AGB-Klausel ein Bürgschaftsobligo begründet, das im Gegensatz zur „Verbindlichkeit“ gem. § 765 Abs. 1 BGB keine betragsmäßige Begrenzung enthält. Freilich ist es ohne weiteres möglich, daß die Bank/Sparkasse den in dieser Klausel enthaltenen Überraschungseffekt durch eine individuelle Belehrung des Bürgen beseitigt²⁴. Bei einer Verbürgung für einen Kontokorrentkredit gilt diese Erwägung aber in der Regel nicht. Denn eine Beschränkung der Bürgschaft steht hier quer zu dem Interesse des Bankkunden, die Kreditfazilitäten möglichst flexibel zu nutzen^{24a}. Entgegen der Auffassung von Horn²⁵ wird man indessen eine eindeutige Vereinbarung oder ausdrückliche Belehrung nicht schon dann fordern müssen, wenn die Bürgschaftsverpflichtung durch einen Höchstbetrag begrenzt ist, die Risi-

^{15a} a. M. Rehbein, FS für Werner, 1984, S. 697, 703 f der BGH hat daher auch in seinem Urteil vom 11. Oktober 1984 — IX ZR 73/83 — die formularmäßige Verpflichtung des Bürgen gemäß Ziff. 19 Abs. 1 der Banken-AGB für unwirksam erklärt, WM 1984 S. 1465.

¹⁶ Vgl. Boetius, Der Garantievertrag, Diss. München 1966 S. 40.

¹⁷ Hierzu auch Pecher, in: MünchKomm., § 765 Rdnrn. 10 ff.

¹⁸ Ulmer/Brandner/Hensen, § 4 Rdnr. 7 m.w.N.

¹⁹ Hierzu OLG Stuttgart, BB 1977 S. 415, Schröter, BuB, Rdnr. 4/1027.

²⁰ Hierzu BGH, WM 1984 S. 198; OLG München, WM 1984 S. 224; LG Augsburg, WM 1984 S. 223, 224; vgl. auch BGH, WM 1981 S. 5, 6.

²¹ A. M. wohl Wolf/Horn/Lindacher, § 9 B 12; zweifelnd wohl auch Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. zu §§ 9—11 Rdnr. 280.

²² BGH, WM 1984 S. 198, 199; BGH, WM 1980 S. 863.

^{22a} OLG München, WM 1984 S. 489; einschränkend im Ergebnis — allerdings fallbezogen — OLG Düsseldorf, ZIP 1984 S. 42 (nicht rechtskräftig).

²³ OLG Düsseldorf, a.a.O. (Ehemann: Kreditnehmer/Ehefrau: Bürgin).

²⁴ Hierzu Ulmer/Brandner/Hensen, § 3 Rdnr. 23 m.w.N.

^{24a} So auch Rehbein, a.a.O., S. 701.

²⁵ Staudinger/Horn, vor §§ 765 ff Rdnr. 22; OLG Düsseldorf a.a.O..

koerweiterungsklausel hingegen bestimmt, daß „Zinsen, Provisionen und Kosten“ die ausgeworfene Hauptsumme „überschreiten“ können. Denn eindeutige Vereinbarungen und Belehrungen machen nur dort Sinn, wo der Risikobereich der §§ 765 ff BGB überschritten wird. Gerade dies aber ist bei der vorerwähnten Klauselgestaltung, wie sich aus § 767 Abs. 1 BGB und § 767 Abs. 2 BGB ergibt, nicht der Fall. Denn danach haftet der Bürge zum einen für den „Verzug des Hauptschuldners“, zum anderen für die „Kosten“ der Kündigung und die der Rechtsverfolgung²⁶.

cc) Risikoerweiterungsklauseln, die sich auf „bestehende und künftige Forderungen“ erstrecken, wird man unter dem Blickwinkel von § 3 AGB-Gesetz weder als üblich noch als ungewöhnlich qualifizieren^{26a} können: Handelt es sich z. B. um eine Kreditbürgschaft, welche im Rahmen eines Kontokorrentkredits vereinbart worden ist, so wird man auch gegenüber Nichtkaufleuten grundsätzlich keine Veranlassung haben, diese Klausel als nach § 3 AGB-Gesetz überraschend einzustufen²⁷. Denn in einem solchen Fall muß der Bürge damit rechnen, daß die Bank/Sparkasse Wert darauf legt, eine Sicherheit zu erhalten, welche sich auch auf „künftige“ Forderungen erstreckt. Im übrigen wird man hier die gleichen Grundsätze im Rahmen von § 3 AGB-Gesetz bemühen können, welche im Vorstehenden herausgearbeitet worden sind, um das Vorrangprinzip von § 4 AGB-Gesetz zu umschreiben. Denn die Einstufung einer Risikoerweiterungsklausel als überraschend gem. § 3 AGB-Gesetz erfordert, daß die durch den Bürgschaftsvertrag umschriebenen Rechte und Pflichten des Bürgen — individualvertragsfern oder individualvertragsfremd²⁸ — begründet oder erweitert werden²⁹.

dd) Soweit Risikoerweiterungsklauseln als nach § 3 AGB-Gesetz überraschend qualifiziert werden, liegt es auf der Hand: Diese Klauseln verstoßen dann auch gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz und sind unwirksam. Bezieht sich die Risikoerweiterungsklausel auf „Zinsen, Provisionen und Kosten“, gilt freilich: Diese Klausel ist weder im nicht-kaufmännischen Bereich noch im kaufmännischen Verkehr gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam; sie entspricht vielmehr — wie bereits dargelegt — der Typizität des Bürgschaftsvertrages³⁰. Auch Risikoerweiterungsklauseln, die sich auf alle „bestehenden und künftigen Forderungen“ erstrecken, sind in der Regel gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz nicht zu beanstanden, sofern nicht das Vorrangprinzip der Individualabrede gem. § 4 AGB-Gesetz zum Zuge gelangt.

2. Bürgschaftsspezifische Klauseln

a) Soweit in Bürgschaftsformularen der Banken/Sparkassen die Bestimmung des § 770 BGB abbedungen ist, scheint folgende Differenzierung angezeigt:

aa) § 770 Abs. 1 BGB erfaßt die Fälle, in denen dem Hauptschuldner — und damit auch dem Bürgen — ein Recht zur Anfechtung zusteht. Wegen der zeitlichen Schranken des § 121 BGB ist die Irrtumsanfechtung gem. §§ 119, 120 BGB von praktisch geringer Bedeutung³¹. Denn entweder hat der Hauptschuldner „unverzüglich“ nach der Kenntniserlangung die Anfechtung des Rechtsgeschäfts gem. §§ 119, 120 BGB erklärt, dann kommt es auf ein Anfechtungsrecht gem. § 770 Abs. 1 BGB zugunsten des Bürgen nicht mehr

entscheidend an. Hat hingegen der Hauptschuldner sein Anfechtungsrecht wegen Fristversäumnis verloren, so muß sich auch der Bürge daran festhalten lassen³². Praktische Relevanz besitzt deshalb vor allem das Anfechtungsrecht des § 123 BGB³³. Unter dieser Voraussetzung aber verstößt ein Verzicht des Bürgen/AGB-Kunden auf das Recht zur Anfechtung gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz und ist deshalb unwirksam³⁴, was allerdings praktisch nur geringe Bedeutung hat. Es ist für die Bank/Sparkasse kein rechtfertigender Grund ersichtlich, das dem Bürgen wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 BGB zustehende Anfechtungsrecht abzuschneiden, zumal der Gläubiger in diesem Fall keineswegs schutzbedürftig ist.

bb) Das sich aus § 770 Abs. 2 BGB ergebende Aufrechnungsrecht des Bürgen, der keine Bankgeschäfte betreibt, kann anerkanntermaßen³⁵ nur innerhalb der Verbots Grenzen von § 11 Nr. 3 AGB-Gesetz wirksam abbedungen werden. Der Verzicht des Bürgen auf die Einrede gem. § 770 Abs. 2 BGB ist also gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam, falls die Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger unbestritten, entscheidungsreif oder rechtskräftig festgestellt worden ist³⁶. Ist sie hingegen bestritten, so ist das Aufrechnungsverbot auch gegenüber dem Bürgen ohne weiteres wirksam³⁷. Anderes gilt jedoch bei einem von der Bank herausgelegten Aval^{37a}, soweit die Bank nicht zum Schaden des Bürgen handelt.

b) In verschiedenen Formularen (freilich nicht in den Formularen der Privatbanken) findet sich ein auf § 768 Abs. 1 BGB abzielender weitreichender *Einredeverzicht* des Bürgen, sofern die Gegenforderung nicht unbestritten oder rechtskräftig festgestellt worden ist. Diese Klausel erfaßt wesentliche Gesichtspunkte, die sich aus dem *Akzessorietätsprinzip* der Bürgschaftsverpflichtung gem. §§ 765 ff BGB ergeben³⁸. Ohne weiteres läßt sich nicht sagen, ob und inwieweit eine derartige Verzichtsklausel wirksam oder nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz zu beanstanden ist. Vielmehr erscheint folgende Differenzierung angezeigt:

aa) Der Grundsatz der Akzessorietät ist — so der BGH³⁹ — „zwingendes Recht“. Daraus folgt: Der Verzicht des Bürgen auf etwaige Einreden gem. § 768 Abs. 1 BGB ist immer dann nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz wirksam, wenn der zugrundeliegende Vertrag keine akzessorische Bürgschaft im Sinn der §§ 756 ff BGB, sondern ein Garantievertrag gem. § 305 BGB ist⁴⁰. Charakteristisches Merkmal für das Vorliegen einer Garantie ist, daß der Bürge auf die ihm etwa zu-

²⁶ Hierzu auch Wolf/Horn/Lindacher, § 9 B 13; vgl. auch OLG Hamburg, ZIP 1982 S. 1421: Rückbürgschaft bei Gewährleistungsbürgschaft ist aber m. E. nicht überraschend.

^{26a} Vgl. Schröter, a.a.O., BuB, Rdnr. 4/1029.

²⁷ Hierzu auch BGH, WM 1984 S. 198, 199; BGH, WM 1981 S. 5, 6.

²⁸ Hierzu Staudinger/Schlosser, § 3 Rdnr. 23.

²⁹ Vgl. auch Erman/H. Hefermehl, § 3 Rdnr. 7 m.w.N.

³⁰ Vgl. auch Wolf/Horn/Lindacher, § 9 B 13.

³¹ Palandt/Thomas, § 770 Anm. 2.

³² Pecher, in: MünchKomm., § 770 Rdnr. 3.

³³ Pecher, in: MünchKomm., § 770 Rdnr. 4.

³⁴ A. M. Wolf/Horn/Lindacher, § 9 B 15; auch wohl Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. zu §§ 9–11 Rdnr. 261.

³⁵ BGH, WM 1981 S. 5; hierzu auch Merz, WM 1982 S. 174, 179 f; Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O..

³⁶ Ulmer/Brandner/Hensen, a.a.O..

³⁷ Ebend.

^{37a} BGH, ZIP 1984 S. 418, 419 in Abgrenzung zu BGH, WM 1981 S. 5.

³⁸ Staudinger/Horn, § 768 Rdnr. 20 m.w.N.

³⁹ BGH, WM 1986 S. 122.

⁴⁰ Hierzu im einzelnen Graf von Westphalen, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, S. 66 ff.

stehenden „Einreden und Einwendungen“ verzichtet, was im Zweifel immer dann anzunehmen ist, wenn die Klausel verwendet wird, der Begünstigte sei berechtigt, „Zahlung auf erstes Anfordern“ zu verlangen⁴¹. Freilich gilt dies nicht generell, weil durchaus nach der Rechtsprechung des BGH die Klausel „Zahlung auf erstes Anfordern“ mit dem Wesen einer Bürgschaftsverpflichtung vereinbar ist⁴². Hier entscheiden die jeweiligen Umstände des Einzelfalls, die durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln sind⁴³. Soweit allerdings die Klausel „Zahlung auf erstes Anfordern“ mit dem Zusatz versehen ist, daß der Verpflichtete auch auf etwaige „Einreden und Einwendungen“ verzichtet, wird regelmäßig eine abstrakte Garantieverpflichtung gem. § 305 BGB vorliegen, was vor allem im internationalen Handelsverkehr von maßgebender Bedeutung ist⁴⁴. Fehlt indessen der Zusatz des Einrede- und Einwendungsverzichts, kann die Klausel „Zahlung auf erstes Anfordern“ — abhängig von den jeweiligen Umständen — auch dahin verstanden werden, daß zwischen beiden Parteien nur ein vorläufiger Ausschluß von Einreden und Einwendungen gewollt ist⁴⁵. Nach erfolgter Zahlung kann dann der Bürge die sich aus der — nicht aufgehobenen — Akzessorietät ergebenden Einreden und Einwendungen gem. § 768 Abs. 1 BGB geltend machen und gegebenenfalls die Leistung gem. § 812 BGB kondizieren⁴⁶.

bb) Liegt nach alledem ein abstrakter Garantievertrag gem. § 305 BGB vor, so bestehen keine Bedenken dagegen, den Verzicht des Bürgen auf etwaige Einreden oder Einwendungen gem. § 768 Abs. 1 BGB als wirksam anzusehen. Denn es ist die Konsequenz der abstrakten Garantieverpflichtung gem. § 305 BGB, daß der bürgschaftsspezifische Grundsatz der Akzessorietät aufgehoben ist. Freilich wird man dies nur dann bejahen können, wenn eindeutige Indizien dafür vorliegen, daß beide Parteien eine abstrakte Garantie, nicht aber eine Bürgschaft auf „erstes Anfordern“⁴⁷ gewollt haben. Es kommt also auf die Auslegung des jeweiligen Individualvertrages an.

cc) Gleiches gilt in der Sache aber auch dann, wenn die Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB ergibt, daß zwischen beiden Parteien eine Bürgschaft auf „erstes Anfordern“ gewollt ist⁴⁸. Auch unter dieser Voraussetzung ist der Verzicht des Bürgen auf etwaige Einreden oder Einwendungen nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unbedenklich. Denn die Klausel, wonach „Zahlung auf erstes Anfordern“ zu leisten sei, führt nach Auffassung des BGH⁴⁹ lediglich dazu, daß der Bürge — in der Regel handelt es sich dann um eine Bank/Sparkasse — auf „erstes Anfordern“ — vorläufig — Zahlung leisten muß, daß ihm aber etwaige Einreden oder Einwendungen nach Zahlung vorbehalten bleiben — mit der Folge, daß er eine etwaige unberechtigterweise erfolgte Zahlung gem. § 812 BGB zurückverlangen kann. Demgegenüber führt der Verzicht auf etwaige Einreden oder Einwendungen bei der abstrakten, auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Garantie dazu, daß nicht der Bürge, sondern der Garantie-Auftraggeber verpflichtet ist, etwaige ihm aus dem Grundverhältnis zustehenden Einreden oder Einwendungen gegenüber dem Begünstigten geltend zu machen und durchzusetzen⁵⁰. Der Verzicht des Bürgen auf etwaige Einreden oder Einwendungen ist bei einer Bürgschaft auf „erstes Anfordern“ sicherlich eine Abweichung vom dispositiven Recht des § 768 Abs. 1 BGB. Doch folgt daraus

deswegen keine unangemessene Benachteiligung des Bürgen im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz, weil der Bürge ja — freilich: nach Zahlung — berechtigt bleibt, etwaige Einreden oder Einwendungen geltend zu machen. Diese sind — im Gegensatz zur abstrakten Garantie — in diesem Rechtsverhältnis nicht aufgehoben, sondern lediglich zeitlich aufgeschoben.

dd) Dessen ungeachtet wird man die Unwirksamkeitssanktion von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz jedoch immer dann eingreifen lassen müssen, wenn sich aus den jeweiligen Umständen des Individualvertrages ergibt, daß ausschließlich eine akzessorische Bürgschaft im Sinn der §§ 765 ff BGB gewollt ist. Unter dieser Voraussetzung ist die Klausel, wonach der Bürge „Zahlung auf erstes Anfordern“ zu leisten verpflichtet ist, weil ihm etwaige Einreden und Einwendungen gem. § 768 Abs. 1 BGB abgeschnitten sind, auch mit dem Vorrangprinzip von § 4 AGB-Gesetz unvereinbar. Daß die Klausel „Zahlung auf erstes Anfordern“ mit dem Wesen der Bürgschaftsverpflichtung vereinbar ist⁵¹, bedeutet nämlich nicht, daß der Bürge/AGB-Kunde nicht mit Recht verlangen kann, daß die ihm zustehenden Rechte solange auf Basis des dispositiven Rechts der §§ 765 ff BGB respektiert werden, als keine anderweitige, den Typus des akzessorischen Bürgschaftsvertrages verschiebende Individualvereinbarung zwischen beiden Parteien vorliegt. So gesehen wird man auch die Klausel „Zahlung auf erstes Anfordern“ als überraschende Klausel gem. § 3 AGB-Gesetz qualifizieren können, weil sie ja dann jedenfalls individualvertragsfern, wenn nicht sogar auch individualvertragsfremd unter Berücksichtigung der §§ 765 ff BGB ist⁵².

ee) Besonders schwierig ist die Antwort auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Verzicht des Bürgen auf seine Rechte gem. § 768 Abs. 1 BGB im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz wirksam oder unwirksam ist, falls sich aus dem zugrundeliegenden Individualvertrag nicht ableiten läßt, daß der Grundsatz der Akzessorietät aufgehoben oder eingeschränkt ist, wie dies z. B. durch die Klausel „Zahlung auf erstes Anfordern“ geschieht. Die Antwort hängt in entscheidendem Maße davon ab, inwieweit im Einzelfall der Verzicht auf eine Einrede im Sinn von § 768 Abs. 1 BGB geeignet ist, den spezifischen Grundsatz des Bürgschaftsrechts — das Akzessorietätsprinzip — zu beeinträchtigen⁵³. Dieser Ansatzpunkt scheint aus dogmatischen Gründen zutreffender zu sein als der Versuch, Verzichtsklauseln im Anwendungsbereich von § 768 Abs. 1 BGB für wirksam anzusehen, sofern sie nicht im Einzelfall unter Berücksichtigung des Prinzips des individuellen Rechtsmissbrauchs gem. § 242 BGB zu beanstanden sind⁵⁴. Denn Verzichts-

⁴¹ Graf von Westphalen, a.a.O., S. 88 f.

⁴² BGH, WM 1979 S. 691; BGH, WM 1984 S. 44.

⁴³ BGH, WM 1984 S. 44, 45.

⁴⁴ Hierzu Graf von Westphalen, a.a.O., S. 80 ff m.w.N.

⁴⁵ Hierzu auch Horn, NJW 1980 S. 2153 ff.

⁴⁶ BGH, WM 1979 S. 691; BGH, WM 1984 S. 44, 45.

⁴⁷ Vgl. auch Graf von Westphalen, a.a.O., S. 71 ff m.w.N.

⁴⁸ BGH, WM 1984, S. 44, 45.

⁴⁹ Ebenda.

⁵⁰ Grundlegend BGH, WM 1979 S. 691; BGH, WM 1984 S. 44, 45.

⁵¹ BGH, a.a.O.

⁵² Dies gilt freilich dann nicht, wenn eine Bank oder Versicherung als Bürge auftritt, weil diese üblicherweise damit rechnen muß, daß „Zahlung auf erstes Anfordern“ zu leisten ist; vgl. auch BGH, WM 1984 S. 44, 45.

⁵³ Hierzu Fn. 38.

⁵⁴ So allerdings Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. zu §§ 9—11 Rdnr. 261.

klauseln müssen als AGB-Klauseln generell abstrakt bewertet werden; § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz gebietet, ihre Wirksamkeit am dispositiven Recht zu messen. Bezogen auf die §§ 765 ff BGB ist deshalb erneut zu unterstreichen, daß das Akzessorietätsprinzip vom BGH als „zwingende Norm“⁵⁵ bezeichnet worden ist. Daraus ergeben sich folgende Ableitungen für Klauseln außerhalb der Tatbestände der §§ 770, 771, 774, 776 BGB:

Unter Berücksichtigung des Akzessorietätsprinzips des § 768 Abs. 1 BGB geht es sicherlich zu weit, aus § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu folgern, der Bürge könne auf alle besonderen, bürgschaftsspezifischen Einreden und damit auch auf alle sonstigen Einreden aus dem Bürgschaftsvertrag verzichten, sofern nicht die Gebote von Treu und Glauben gem. § 242 BGB im Einzelfall eine andere Wertung erfordern⁵⁶. Denn jeder Verzicht auf eine Einrede im Sinn von § 768 Abs. 1 BGB führt zwingend dazu, daß — gemessen an den Wertungskriterien von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz — ein Abweichen vom dispositiven Recht vorliegt. Folglich kann es nur darum gehen, aufgrund einer allgemeinen Wertung die Grenzen einer unangemessenen Benachteiligung des Bürgen/AGB-Kunden im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz bei etwaigen Verzichtsklauseln zu ermitteln. Bezieht sich der Verzicht des Bürgen auf die Einrede der *Verjährung* der Hauptschuld, so liegt darin sicherlich eine unangemessene Benachteiligung im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz. Anerkanntermaßen enthalten Verjährungsregelungen wesentliche Gerechtigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers; deshalb kann der Bürge/AGB-Kunden nicht aufgrund einer AGB-Klausel auf den Schutz verzichten, den die Verjährungsbestimmungen auch für ihn im Sinn von § 768 Abs. 1 BGB bereithalten⁵⁷. Weniger eindeutig ist die Antwort, sofern sich der Verzicht des Bürgen gem. § 768 Abs. 1 BGB auf die Einrede der *Stundung* der Hauptschuld bezieht⁵⁸. Doch wird man auch hier eine unangemessene Benachteiligung des Bürgen/AGB-Kunden bejahen müssen, weil der Verzicht auf die Stundungseinrede die sofortige Zahlungspflicht des Bürgen entgegen § 768 Abs. 1 BGB auslöst. Etwas anderes gilt dann, wenn die AGB-Klausel bewirkt, daß die Bürgschaft auch dann unverändert bestehen bleibt, wenn eine Stundungsvereinbarung getroffen ist, sofern dem Bürgen die Stundungseinrede nicht abgeschnitten wird^{59a}.

Die Richtigkeit dieser Erwägung wird unterstrichen, wenn man — in Erweiterung der bisherigen Fallkonstellation — den Einredeverzicht des Bürgen gem. § 768 Abs. 1 BGB auch auf die *Fälligkeit* der Hauptforderung bezieht. Denn hier kommt der Rechtsgedanke des Verbotstatbestandes von § 11 Nr. 4 AGB-Gesetz zugunsten des Bürgen/AGB-Kunden zum Zuge: Wenn nämlich zum Nachteil des Schuldners/AGB-Kunden die Fälligkeit einer Forderung nicht ohne Mahnung im Sinn von § 284 Abs. 1 BGB begründet werden kann, so spricht vieles dafür, daß auch der Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Fälligkeit gem. § 768 Abs. 1 BGB gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz zu beanstanden ist. Unter Berücksichtigung der Verbotsnorm von § 11 Nr. 4 AGB-Gesetz ist kein durchgreifender Grund ersichtlich, den durch das Akzessorietätsprinzip des § 768 Abs. 1 BGB geschützten Bürgen/AGB-Kunden schlechter zu stellen als den gewöhnlichen Schuldner/AGB-Kunden.

Ähnliche Erwägungen gelten in der Sache, sofern die Einrede des *Zurückbehaltungsrechts* gem. § 273 BGB oder die des nicht erfüllten Vertrags im Sinn von § 320 BGB und der Verzichtsklausel des Bürgen/AGB-Kunden erfaßt werden. Denn der Rechtsgedanke des Verbotstatbestandes von § 11 Nr. 2 AGB-Gesetz gebietet, den Bürgen/AGB-Kunden unter Berücksichtigung von § 768 Abs. 1 BGB genauso zu behandeln wie jeden anderen Vertragspartner des AGB-Verwenders. Gleiches gilt, sofern dem Hauptschuldner *Gewährleistungsansprüche* gegenüber dem Gläubiger gem. §§ 459 ff, 633 ff BGB zustehen: Bei Vorliegen eines Kaufvertrages wird man also den Rechtsgedanken des § 11 Nr. 10 d AGB-Gesetz zur Anwendung bringen, sofern dem Hauptschuldner Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Gläubiger/AGB-Verwender zustehen und Zahlung noch nicht geleistet ist (vgl. § 478 BGB)⁵⁹. Da jedoch die Gewährleistungsansprüche — mangels Abtretung — nur vom Hauptschuldner geltend gemacht werden können, ist der Bürge nur dann gem. § 768 Abs. 1 BGB zur Geltendmachung einer Einrede befugt, falls der Hauptschuldner tatsächlich Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Gläubiger geltend gemacht hat. Fehlt es daran oder ist die Verjährungsfrist des § 477 BGB abgelaufen, so stehen dem Bürgen dieserhalb Einreden im Sinn von § 768 Abs. 1 BGB nicht mehr zur Seite. Anders ist es beim Werkvertrag gem. §§ 631 ff BGB, weil hier dem Hauptschuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gem. § 320 BGB — vgl. 11 Nr. 2 AGB-Gesetz — solange zur Seite steht, als das Werk nicht abgenommen ist⁶⁰.

ff) Bedenklich im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz kann es sein, wenn in Bürgschaftsformularen in Abweichung von § 767 Abs. 1 BGB bestimmt wird, daß eine „*vorübergehende Rückzahlung*“ der Hauptschuld nicht dazu führt, daß die Bürgschaft erlischt. Damit wird ersichtlich der Grundsatz der Akzessorietät der §§ 767, 768 BGB verletzt: Die Bürgschaft erlischt zwingend in dem Zeitpunkt, in welchem die Hauptschuld getilgt ist⁶¹. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn die Bürgschaftsverpflichtung mit einer *Risikoerweiterungsklausel* ausgestattet ist, wonach sich die Bürgschaft auch auf „*künftige Forderungen*“ bezieht, welche „aus der Geschäftsverbindung“ zwischen Gläubiger und Hauptschuldner resultieren. Würde man nämlich auch in diesem Fall den Grundsatz der Akzessorietät streng durchhalten und beim Erlöschen der „*Verbindlichkeiten*“ (vgl. § 765 Abs. 1 BGB) die mit einer Risikoerweiterungsklausel ausgestattete Bürgschaft gem. § 767 Abs. 1 BGB beenden, so wären in der Sache die gleichen Praktikabilitätsgründe maßgebend, die den BGH⁶² dazu gebracht haben, von § 774 BGB abweichende Bürgschaftsklauseln zwischen

⁵⁵ Hierzu Fn. 39.

⁵⁶ Vgl. Fn. 54.

⁵⁷ So in der Sache OLG Düsseldorf, WM 1984 S. 1185, 1186, wonach die Einrede der „*Fälligkeit*“ nicht vom Verzicht eines Bürgen erfaßt werden kann „ohne Gefährdung des Wesens der Bürgschaft“. Was aber für die „*Fälligkeit*“ gilt, muß gleichermaßen für die Einrede der Verjährung gelten; vgl. auch Pecher, in: MünchKomm., § 768 Rdnr. 3; vgl. auch Rdnr. 9 — der Einredeverzicht soll möglicherweise rechtsmißbräuchlich sein können.

⁵⁸ Vgl. Pecher, in: MünchKomm., § 768 Rdnr. 3.

⁵⁹ Schröter, BuB, Rdnr. 4/1050.

⁵⁹ Vgl. Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 11 Nr. 10 d Rdnr. 6 — allgemein zum Inhalt des Verbotstatbestandes.

⁶⁰ Vgl. Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 11 Nr. 2 Rdnr. 4.

⁶¹ Pecher, in: MünchKomm., § 767 Rdnr. 5.

⁶² Vgl. BGH, BB 1980 S. 1606; BGH, WM 1981 S. 5.

Bank/Sparkasse und Bürge zu akzeptieren. Notwendigerweise würden nämlich die Kreditfazilitäten des Hauptschuldners ganz wesentlich eingeschränkt, wenn die Bank/Sparkasse — trotz Vereinbarung einer Risikoerweiterungsklausel — verpflichtet wäre, vor Ausreichung oder Inanspruchnahme eines weiteren Kredits dafür Sorge zu tragen, daß eine neue Bürgschaftsverpflichtung begründet wird. So gesehen hat die Bank/Sparkasse ein unmittelbares vitales Interesse daran, daß die Bürgschaft auch dann noch bestehen bleibt, wenn und soweit eine der Bürgschaft zugrunde liegende Forderung „vorübergehend“ beglichen wird, ohne daß gleichzeitig sichergestellt ist, daß, z. B. wegen Beendigung der „Geschäftsverbindung“, keine „künftigen Forderungen“ zur Entstehung gelangen, für die der Bürge einzustehen verpflichtet ist, und eine Bürgschaft auch für künftige Forderungen gem. § 765 Abs. 2 BGB bestellt werden kann.

gg) Vielfach wird bestimmt, daß der Bürge daraus keine „Einwendungen“ herleiten kann, daß die Bank/Sparkasse dem Schuldner „weitere Kredite“ gewährt. Hier stellt sich stets die Frage, ob eine solche AGB-Klausel nicht wegen der darin liegenden Abweichung vom dispositiven Recht des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam ist. Denn durch die Gewährung eines neuen Kredits wird nahezu zwangsläufig das Risiko des Bürgen erhöht, weil dann die Tilgung des verbürgten Kredits weniger sicher wird⁶³. Hier kommt alles auf die Umstände des Einzelfalls an: Liegt der Bürgschaft — durch Individualvertrag konkretisiert und fixiert — lediglich eine bestimmte Darlehensverbindlichkeit des Hauptschuldners zugrunde, dann verstößt die vorerwähnte AGB-Klausel gegen das Vorrangprinzip von § 4 AGB-Gesetz; gleichzeitig liegt Unwirksamkeit dieser Klausel gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unter Berücksichtigung von § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB vor. Denn bei Beachtung des Vorrangprinzips von § 4 AGB-Gesetz wird man in der Regel die Schlußfolgerung aufrechterhalten können: Die Kreditgewährung war auf ein konkretisiertes, individualisiertes Darlehen beschränkt, darauf bezog sich auch die Bürgschaft im Sinn der §§ 765 ff BGB, so daß die Beschränkung des Kredits gleichzeitig ihrerseits Bedingung⁶⁴ für den Fortbestand der Bürgschaft war. Anders ist freilich zu entscheiden, wenn die übliche Risikoerweiterungsklausel zwischen der Bank/Sparkasse und dem Bürgen vereinbart wurde. Wenn sich nämlich die Bürgschaft auch auf „künftige Forderungen aus der Geschäftsverbindung“ zwischen Hauptschuldner und Gläubiger bezieht, dann ist die Gewährung eines neuen Kredits grundsätzlich kein Fall des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB⁶⁵.

hh) Wird eine verbürgte Einzelforderung in ein zwischen Gläubiger und Hauptschuldner geführtes *Kontokorrent* eingestellt, so erlischt dadurch die Bürgschaft grundsätzlich nicht (vgl. § 356 Abs. 1 HGB). Darin liegt kein Fall von § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB, es sei denn, der Individualvertrag steht dem eindeutig im Sinn von § 4 AGB-Gesetz entgegen⁶⁶. Ist in diesen Fällen, was üblicherweise geschieht, eine Risikoerweiterungsklausel mit der Maßgabe vorgesehen, daß die Bürgschaft auch für „Zinsen, Provisionen und Kosten“ gilt, dann haftet der Bürge grundsätzlich auch, sofern der *Höchstbetrag* der Bürgschaft überschritten wird⁶⁷. Der Bank/Sparkasse steht es in diesen Fällen frei, etwaige Gutschriften/Tilgungen des Hauptschuldners

entgegen der Verrechnungsbestimmung von § 367 BGB zu verbuchen⁶⁸. Denn nach Auffassung des BGH⁶⁹ ist § 367 BGB auf eine Kontokorrentschuld nicht anwendbar, was dann auch konsequenterweise im Verhältnis zwischen Kreditgeber und Bürge gelten muß⁷⁰. Deshalb verstößt es auch nicht gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz, wenn etwaige Tilgungsleistungen nicht zunächst auf die offenstehenden Zinsen, sondern auf den jeweiligen Saldo verrechnet werden.

c) Der Verzicht auf die *Einrede der Vorausklage* gem. § 771 BGB ist nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz nicht zu beanstanden. Für den Bereich des Individualvertrages ergibt sich dies unmittelbar aus § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB, wobei freilich die Beachtung der Schriftform gem. § 766 BGB zwingende Voraussetzung ist. Darüber hinaus ist gem. §§ 349, 351 HGB eine von einem Vollkaufmann gegebene Bürgschaft stets selbstschuldnerisch, so daß der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage nach § 8 AGB-Gesetz nicht kontrollfähig ist. Aber auch im nicht-kaufmännischen Bereich wird der Bürge nicht unangemessen im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz benachteiligt, wenn er auf die Einrede der Vorausklage verzichtet. Im Gegensatz zu den in § 770 BGB erwähnten Gestaltungsrechten hat nämlich die Einrede der Vorausklage gem. § 771 BGB lediglich einen dilatorischen Effekt. Daraus folgt, daß der Bürge bei einem Verzicht auf die Einrede der Vorausklage weniger belastet wird als dann, wenn er etwa auf das Recht der Anfechtung gem. § 770 Abs. 1 BGB verzichtet.

d) Vielfach wird in Bürgschaftsformularen bestimmt, daß die „Rechte der Bank gegen den Hauptschuldner“ erst dann auf den Bürgen übergehen, „wenn die Bank wegen ihrer sämtlichen Ansprüche gegen den Hauptschuldner *vollständig befriedigt* ist“. Eine derartige Klausel geht häufig Hand in Hand mit einer weiteren Klausel, wonach alle „Zahlungen des Bürgen“ so lange lediglich als „*Sicherheitsleistung*“ bewertet werden, als die „endgültige Befriedigung“ der Bank/Sparkasse noch nicht eingetreten ist. Bei einer solchen Klauselgestaltung sind folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

aa) Ob eine Einschränkung oder Erschwerung des gesetzlichen Forderungsübergangs im Sinn von § 774 BGB nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam ist, erscheint zweifelhaft⁷¹. Allerdings hat das OLG Celle⁷² entschieden, es sei nicht ohne weiteres nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz zu beanstanden, wenn der Forderungsübergang auf den zahlenden Bürgen so lange hinausgeschoben wird, als der Gläubiger keine vollständige Befriedigung erlangt hat. Aus § 774 Abs. 1 BGB folgt allerdings: Auch bei *Teilleistungen* erwirbt der zahlende Bürge die Forderung des Gläubigers anteilig, soweit er den Gläubiger befriedigt hat⁷³. Indessen erscheint es nicht von vornherein gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam, wenn der Forde-

⁶³ Pecher, in: MünchKomm., § 767 Rdnr. 11.

⁶⁴ Hierzu Fn. 8.

⁶⁵ Hierzu auch Pecher, a.a.O..

⁶⁶ Vgl. Fn. 64.

⁶⁷ Hierzu OLG München, WM 1984 S. 224; LG Augsburg, WM 1984 S. 223; BGH, WM 1984 S. 188, 199 m. w. N.

⁶⁸ LG Augsburg, a.a.O..

⁶⁹ BGH, WM 1980 S. 863.

⁷⁰ BGH, a.a.O.; a. M. Canaris, in: RGRK-HGB, § 356 Anm. 25; 33.

⁷¹ Vgl. auch Wolf/Horn/Lindacher, § 9 B 18.

⁷² OLG Celle, ZIP 1980 S. 1077.

⁷³ Mörman, in: RGRK-BGB, § 774 Rdnr. 1.

rungsübergang auf den Bürgen im Sinn von § 774 Abs. 1 BGB so lange hinausgezögert wird, bis der Gläubiger „endgültige Befriedigung“ erlangt hat. Zwar enthält diese Klausel eine Abweichung vom dispositiven Recht des § 774 Abs. 1 BGB, doch ergibt sich aus § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB, daß das Sicherungsinteresse des Gläubigers — sozusagen als „Vorranginteresse“⁷⁴ — gesetzlich anerkannt ist⁷⁵. So gesehen aber führt die Abweichung vom dispositiven Recht im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz nicht zu einer unangemessenen, weil die Interessen des Bürgen/AGB-Kunden beträchtlich tangierenden Benachteiligung⁷⁶. Dies gilt uneingeschränkt so lange, als die Bank/Sparkasse eine *Freigabeklausel* in ihre AGB aufgenommen hat, wie z. B. die Privatbanken. Ist nämlich die Bank/Sparkasse verpflichtet, die ihr zustehenden *Sicherungsrechte* gem. §§ 412, 401, 776 BGB dann „freizugeben“, wenn sie diese „nicht nur vorübergehend“ nicht mehr benötigt, dann erhält der Bürge im Ergebnis das, was er nach § 776 BGB in Verbindung mit dem §§ 412, 401 BGB zu beanspruchen berechtigt ist. Ob man allerdings so weit gehen kann, den Forderungsübergang gem. § 774 BGB bis zur „vollständigen Befriedigung“ der Gläubiger hinauszuschieben, ohne daß eine Freigabeklausel vereinbart ist, erscheint zweifelhaft. Denn eine Freigabeklausel ergibt sich in diesen Fällen nicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB⁷⁷; insbesondere kann sie nicht in ein Bürgschaftsformular „hineininterpretiert“ werden. Notwendige Konsequenz einer Übersicherung — sowohl bei akzessorischen als auch bei nicht akzessorischen Sicherungsrechten — ist dann, daß im Ergebnis die Abweichung vom dispositiven Recht des § 774 BGB zur Unwirksamkeit der hier behandelten AGB-Klausel führt.

bb) Problematisch ist, ob die Bank/Sparkasse berechtigt ist, alle „Zahlungen des Bürgen“ nicht als Erfüllung oder Teilerfüllung der Hauptschuld im Sinn von § 362 BGB, sondern lediglich als „Sicherheitsleistung“ zu bewerten. Die h. M. geht zutreffenderweise davon aus, daß der Bürge, soweit er den Gläubiger befriedigt, eine *eigene Bürgschaftsschuld* erfüllt, so daß Tilgung — sowohl der Bürgschaftsschuld als auch der Hauptschuld — eintritt. Gewiß, die Bürgschaft dient — aus der Perspektive des Gläubigers beleuchtet — der Sicherung einer Hauptschuld⁷⁸. Doch wäre ein solches aus den §§ 232 ff BGB abgeleitetes dogmatisches Verständnis des Begriffs „Sicherheitsleistung“ irreführend, weil offensichtlich hier der Bürgschaft *immanente Sicherungszweck* angesprochen werden soll. Demzufolge dient jede Zahlung des Bürgen der Bank — zunächst — als Sicherheit, bis daß die Forderung befriedigt ist. Dies deckt sich auch mit dem Grundgedanken der Entscheidung des OLG Celle⁷⁹, weil es in der Sache — bezogen auf eine etwaige Benachteiligung des Bürgen — keinen entscheidenden Unterschied macht, ob etwaige Zahlungen — zunächst — als Sicherheit bis zur vollständigen Befriedigung dienen oder ob der gesetzliche Forderungsübergang gem. § 774 BGB erst dann stattfindet, wenn der Tatbestand der vollen Befriedigung eingetreten ist. Freilich setzt dies voraus, daß die Bank/Sparkasse, soweit sie Zahlungen als Sicherheiten wertet, die anfallenden Zinsen kompensiert.

e) Von besonderer Bedeutung ist Antwort auf die Frage, inwieweit die Bestimmung des § 776 BGB abbedungen werden darf, ohne daß die Wirksamkeitsgren-

zen von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz verletzt sind. Kraft gesetzlicher Bestimmung des § 776 BGB tritt *Leistungsbefreiung* des Bürgen dann ein, wenn und soweit der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht oder eine sonstige *Sicherheit* gegenüber dem Hauptschuldner aufgegeben hat. Nach Ansicht des BGH⁸⁰ ist es gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unbedenklich, wenn der Bürge klauselmäßig auf seine Rechte gem. § 776 BGB verzichtet. Der BGH geht davon aus, es sei Zweck einer Bürgschaft, welche gegenüber einer *Bank/Sparkasse* übernommen wird, eine *Kreditschuld* des Hauptschuldners abzusichern. Im Verhältnis Bank/Sparkasse-Bürge sind deshalb die Banken-AGB anwendbar. Nach Ziff. 19 der Banken-AGB gilt, daß alle in den Besitz und in die Verfügungsgewalt der Bank gelangten oder noch gelangenden Sachen oder Rechte eines Kunden als *Pfand* für alle bestehenden und künftigen Ansprüche der Bank gegenüber dem Kunden/Bürgen dienen. Daraus folgert der BGH, daß diese Werte „blockiert“⁸¹ würden, falls die Bank/Sparkasse — ohne Ausschluß der sich aus § 776 BGB ergebenden Rechte — irgendwelche Pfandrechte, die sie gem. Ziff. 19 der Banken-AGB erworben hat, freigibt. Dies würde nach Ansicht des BGH zu einer nicht im Interesse des Kreditbürgen liegenden Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Hauptschuldners⁸² führen, so daß trotz der Abweichung vom dispositiven Recht des § 776 BGB eine unangemessene Benachteiligung des Bürgen im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz nicht vorliegt. Würde man anders entscheiden, so wäre die Bank gezwungen, vor jeder Freigabe von Pfandrechten/Sicherheiten, die sie gem. Ziff. 19 der Banken-AGB erworben hat, die Zustimmung des Bürgen einzuholen⁸³.

Die Kritik von Brandner⁸⁴ verdient keine Zustimmung. Würde man nämlich die Abbedingung von § 776 BGB als unwirksam gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz einstufen, dann wäre die Bank als Gläubiger sowohl gegenüber dem Hauptschuldner als auch gegenüber dem Bürgen gehalten, dafür Sorge zu tragen, daß jedwede Verfügung unterbleibt, die darauf hinausläuft, bestehende Sicherheiten aufzugeben oder zu schmälern. Dies aber wäre nur dann möglich, wenn sich die Bank gleichzeitig dazu entschließen würde, sich völlig unangemessene, sehr weitreichende *Kontrollrechte gegenüber dem Hauptschuldner* auszubedingen, um sicherzustellen, daß die zugunsten der Bank gewährte Bürgschaft im Sinn von § 776 BGB durch Freiwerden des Bürgen nicht gefährdet wird. Es liegt nahe zu vermuten, daß dadurch das Bonitäts- und Insolvenzrisiko des Hauptschuldners, welches Gegenstand der Bürgschaftsverpflichtung ist, erheblich an-

⁷⁴ Vgl. Pecher, in: MünchKomm., § 774 Rdnr. 8 f.

⁷⁵ Hierzu auch Erman/Seiler, § 774 Rdnr. 13.

⁷⁶ Daß die Benachteiligung im Sinn von § 9 AGB-Gesetz von erheblichem Gewicht sein muß, ist allgemein anerkannt; vgl. statt aller Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdnr. 49.

⁷⁷ So aber noch BGH, NJW 1960 S. 1712, 1714 für eine Freigabeklausel im Rahmen des Eigentumsvorbehalts.

⁷⁸ Vgl. auch Pecher, in: MünchKomm., § 765 Rdnr. 4; Staudinger/Horn, vor §§ 765 ff Rdnr. 2.

⁷⁹ OLG Celle, ZIP 1880 S. 1077.

⁸⁰ BGH, WM 1980 S. 1255 = BB 1980 S. 1606, 1607; BGH, WM 1981 S. 5, 7.

⁸¹ BGH, BB 1980 S. 1606, 1607.

⁸² Hierzu auch Merz, WM 1982 S. 174, 179 f.

⁸³ Gleichwohl ist der Bürge davor geschützt, daß ihm aus dem Verzicht auf die Rechte gem. § 776 BGB Nachteile drohen, die mit dem „Gerechtigkeitsgebot“ nicht mehr im Einklang stehen; hierzu BGH, WM 1963 S. 24; BGH, WM 1968 S. 317; BGH, WM 1967 S. 366; BGH, WM 1968 S. 1391, 1392; BGH, WM 1981 S. 5, 7.

⁸⁴ Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. zu §§ 9—11 Rdnr. 281.

wachsen würde. Daß die Bank im übrigen — auch bei wirksamer Abbedingung von § 776 BGB — nicht befugt ist, willkürlich zu ihren Gunsten bestehende Sicherheiten aufzugeben⁸⁵, ist evident und ergibt sich unmittelbar aus dem Verbot rechtsmißbräuchlichen, treuwidrigen Verhaltens, dem nach § 242 BGB die Anerkennung zu versagen ist.

f) Entgegen der Auffassung von Brandner⁸⁶ ist es auch nach § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz nicht zu beanstanden, wenn und soweit sich die Bank/Sparkasse von der Verpflichtung freizeichnet, den Bürgen vom jeweiligen „Stand der Hauptschuld“ zu unterrichten. Zur Konsequenz hat diese Klausel, daß der Bürge auf Informationen des Hauptschuldners, seines Vertragspartners, verwiesen wird. Allerdings ist einzuräumen, daß — besonders bei globalen Verbürgungen — die Bank regelmäßig die geeignete Informationsstelle für den Bürgen ist. Doch ist entscheidend, daß die Bürgschaft im Sinn der §§ 765 ff BGB *schuldnerbezogen* ist; sie sichert das Bonitäts- und Insolvenzrisiko des Hauptschuldners. Es ist deshalb nicht Sache der Bank/Sparkasse, den Bürgen durch eine — möglicherweise überzogene — Informations- und Aufklärungspflicht und von einem freiwillig übernommenen — schuldnerbezogenen — Bürgschaftsrisiko zu befreien⁸⁷. Freilich mag es Umstände geben, bei deren Vorliegen eine besondere Aufklärungs- und Informationspflicht der Bank/Sparkasse bejaht werden kann⁸⁸: Soweit dies zutrifft, kann sich die Bank/Sparkasse selbstverständlich nicht auf die hier behandelte Freizeichnungsklausel mit Erfolg berufen. Dies wäre dann der klassische Fall des individuellen Rechtsmißbrauchs, der an die Verbots Grenzen des § 242 BGB stößt.

g) Problematisch ist schließlich, ob die üblicherweise in Formularen verwendete AGB-Klausel gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz wirksam ist, wonach bei *Mitbürgen* — entgegen der gesetzlichen Wertung des § 769 BGB — *keine gesamtschuldnerische Haftung* vorliegt, sondern lediglich eine teilschuldnerische Einstandspflicht. Das gleiche ist mitunter davon abhängig, daß „mehrere Bürgen“ „dieselbe Urkunde“ unterzeichnen⁸⁹. Im Ergebnis wird man aber der Entscheidung des OLG München⁹⁰ sowie der des LG Augsburg⁹¹ zustimmen müssen: § 769 BGB ist abdingbar, und zwar sowohl im Individualvertrag⁹² als auch aufgrund von AGB-Klauseln. Dies gilt vor allem deswegen, weil auch bei Abbedingung von § 769 BGB der BGH⁹³ den Grundsatz aufgestellt hat, daß dadurch „in der Regel“⁹⁴ der gesamtschuldnerische Ausgleich zwischen dem Bürgen im Sinn von § 426 BGB nicht ausgeschlossen ist⁹⁵. Wendet man allerdings aus dogmatischen Gründen die Rechtsregel des § 426 BGB nicht an, sofern § 769 BGB abbedungen ist⁹⁶, dann wird man nicht um das Ergebnis herumkommen, daß dann bei einer generell-abstrakten Auslegung der teilschuldnerischen Bürgschaftsklausel eine unangemessene Benachteiligung der „Mitbürgen“ im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz gegeben ist. Doch erscheint es sachgerechter, auf Basis der BGH-Entscheidung vom 14. Juli 1983⁹⁷ die formularmäßige Abbedingung der Gesamtschuldnerschaft im Sinn von § 769 BGB nicht auf das Innenverhältnis zwischen den „Mitbürgen“ zu erstrecken: Soweit der „Mitbürge“ in Anspruch genommen worden ist, steht ihm also — trotz der Abbedingung von § 769 BGB — gegenüber dem anderen „Mitbürgen“ ein Ausgleichsanspruch gem. §§ 774 Abs. 2,

426 BGB zur Seite, einschließlich des Übergangs der Sicherungsrechte gem. §§ 774 Abs. 1, 412, 401 BGB⁹⁸.

h) Äußerst problematisch gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz ist die Formulierung in Bürgschaftsformularen, wonach die Bank/Sparkasse als Gläubigerin berechtigt ist, sich „jederzeit“ aus der Bürgschaft zu befriedigen, was allerdings als Formulierung nur noch selten anzutreffen ist.

aa) Soweit es sich nicht um eine selbstschuldnerische Bürgschaft handelt, verstößt diese Klausel schon deswegen gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz, weil sie die Einrede der Vorausklage gem. § 771 BGB außer acht läßt. Zwar ist die Bank/Sparkasse — wie dargelegt — berechtigt, vom Bürgen den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage zu verlangen, ohne daß dies gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz verstößt. Allein, dies geht nicht auf dem „Umweg“, daß sich die Bank das Recht ausbedingt, sich „jederzeit“ durch Inanspruchnahme der Bürgschaft gegenüber dem Bürgen zu befriedigen.

bb) Vielmehr ist es die zwingende Konsequenz des Akzessorietätsprinzips der §§ 767, 768 BGB, daß sich die Bank/Sparkasse etwaige *Einreden* des Bürgen insoweit entgegenhalten lassen muß, als diese dem Hauptschuldner zustehen. Dies wurde im Vorstehenden mit der Maßgabe bejaht, daß der Einredevorzicht — in Abweichung von den §§ 767, 768 BGB — nur insoweit mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz im Einklang steht, als dadurch das bürgschaftsspezifische Prinzip der Akzessorietät nicht wesentlich beeinträchtigt wird. Dieser Gesichtspunkt gilt insbesondere dann, wenn eine *Zeitbürgschaft* im Sinn von § 777 BGB vereinbart ist. Dies ist freilich nicht schon immer dann zu bejahen, wenn die Hauptverbindlichkeit an einem bestimmten Termin fällig wird⁹⁹. Insbesondere liegt dann im Zweifel keine Zeitbürgschaft im Sinn von § 777 BGB vor, wenn eine zeitlich begrenzte Bürgschaft für künftige Forderungen gewährt wird¹⁰⁰. Vielmehr ist eine Zeitbürgschaft nur dann anzunehmen, wenn die Bürgschaft nicht nur für Verbindlichkeiten übernommen worden ist, die während eines begrenzten Zeitraums entstanden sind¹⁰¹, sondern nur dann, wenn die Bürgschaft einen Endtermin im Sinn der §§ 163, 158 Abs. 2 BGB ausweist¹⁰². Trifft dies zu, ist der Gläubiger verpflichtet, dem Bürgen unverzüglich nach Ablauf des Endtermins anzuzeigen (vgl. § 777 Abs. 1 BGB), daß er ihn in Anspruch nimmt. Dies aber setzt nach der BGH-Entscheidung vom 14. 6.

⁸⁵ Hierzu Fn. 83.

⁸⁶ Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. zu §§ 9—11 Rdnr. 262.

⁸⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, DB 1984 S. 975.

⁸⁸ Hierzu auch OLG München, WM 1984 S. 469.

⁸⁹ Zu den verschiedenen Möglichkeiten, eine Gesamtschuld im Sinn von § 769 BGB zu begründen vgl. Staudinger/Horn, § 769 Rdnr. 3.

⁹⁰ Hierzu Fn. 88.

⁹¹ LG Augsburg, WM 1984 S. 223.

⁹² RGZ 81, S. 414, 419.

⁹³ Hierzu im einzelnen BGH, JZ 1983 S. 894, 895.

⁹⁴ BGH, JZ 1983 S. 894 — Leitsatz.

⁹⁵ S. 896.

⁹⁶ Kritisch hierzu Reinicke/Tiedtke, Anm. zum BGH, JZ 1983 S. 894, 896 ff.

⁹⁷ BGH, a.a.O.

⁹⁸ Vgl. auch Staudinger/Horn, § 774, Rdnr. 31.

⁹⁹ Hierzu im einzelnen Staudinger/Horn, § 777 Rdnrn. 2 f; Pecher, in: MünchKomm., § 777 Rdnrn. 5 f jeweils m.w.N.

¹⁰⁰ Staudinger/Horn, § 777 Rdnr. 3.

¹⁰¹ Vgl. auch BGH, DB 1984 S. 1875.

¹⁰² Staudinger/Horn, § 777 Rdnr. 2, weiter allerdings Erman/Seiler, § 777 Rdnr. 2; vgl. auch Morman, in: RGRK-BGB, § 777 Rdnr. 1; Zu den Fallkonstellationen Staudinger/Horn, § 777 Rdnr. 6 f.

1984¹⁰³ voraus, daß auch die Fälligkeit der Hauptschuld innerhalb der Bürgschaftszeit eingetreten ist. Fehlt es an diesem Tatbestandselement, so besteht kein Zweifel daran: Bestimmt die Bank/Sparkasse, daß sie berechtigt ist, „jederzeit“ den Bürgen auf Zahlung in Anspruch zu nehmen, so ist dies mit der gesetzlichen Grundwertung und dem in der Anzeigepflicht des § 777 Abs. 1 BGB verankerten Schutzgedanken unvereinbar. Eine solche Klausel ist daher bei einer Zeitbürgschaft im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam.

3. Bankbürgschaften gem. Ziff. 13 der Banken-AGB

a) Soweit eine Bankbürgschaft in Rede steht, gilt Ziff. 13 der Banken-AGB. Danach ist die Bank berechtigt, „ohne gerichtliches Verfahren“, aber insbesondere auch „auf einseitiges Anfordern des Gläubigers“ Zahlung zu leisten, sofern sie aus einer im Auftrage oder für Rechnung des Kunden übernommenen Bürgschafts- oder sonstigen Gewährleistungsverpflichtungen in Anspruch genommen wird. Verschiedentlich wird die Auffassung vertreten¹⁰⁴, aus Ziff. 13 der Banken-AGB sei abzuleiten, der Hauptschuldner werde — angesichts des Rechts der Bank, Zahlung zu leisten — mit nicht liquiden Einwendungen und Einreden ausgeschlossen. Und es wird geltend gemacht, die Bank sei nur dann berechtigt, sich auf dieses Zahlungsrecht mit Erfolg zu berufen, wenn sie dem Hauptschuldner vor Zahlung Gelegenheit gegeben hat, etwaige Einreden oder Einwendungen vorzubringen¹⁰⁵, ohne freilich verpflichtet zu sein, diesen gem. §§ 767 ff BGB Rechnung zu tragen. Wie bereits an anderer Stelle¹⁰⁶ dargelegt, kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Vielmehr ist folgende Differenzierung angezeigt:

Ob die Bank berechtigt ist, sich auf die Regelung von Ziff. 13 der Banken-AGB mit Erfolg zu berufen, hängt entscheidend davon ab, wie der jeweilige *Individualvertrag* zwischen Schuldner/Bankkunde ausgestaltet ist. Ist dieser zwischen beiden Parteien bestehende Geschäftsbesorgungsvertrag der Art, daß die Bank lediglich verpflichtet wird, eine Bürgschaft im Sinn der §§ 765 ff BGB hinauszulegen, dann ist es zweifelhaft, ob sich die Bank gegenüber dem Hauptschuldner/Kunden mit Erfolg darauf berufen kann, sie sei gem. Ziff. 13 der Banken-AGB berechtigt, „auf einseitiges Anfordern des Gläubigers“ Zahlung zu leisten. Vielmehr ist sie dann grundsätzlich verpflichtet, alles in ihrer Macht stehende zu tun, um Schaden vom Hauptschuldner/Bankkunden abzuwenden¹⁰⁷. Dies schließt jedenfalls die Pflicht ein, etwaige dem Hauptschuldner/Bankkunden zustehenden Einreden oder Einwendungen gegenüber dem Zahlungsanspruch des Gläubigers geltend zu machen, sofern diese liquide beweisbar sind. Inwieweit darüber hinaus die Bank verpflichtet ist, Einreden oder Einwendungen gem. §§ 767 f BGB vorzubringen, ist stets abhängig von den Umständen des Einzelfalles.

Vorstehende Erwägungen gelten freilich dann nicht, wenn unter strikter Beachtung des Vorrangprinzips des jeweiligen Geschäftsbesorgungs- und Avalvertrages zwischen Bank-Hauptschuldner die Auslegung aufgrund des Vorrangprinzips von § 4 AGB-Gesetz ergibt, daß die Regelung von Ziff. 13 der Banken-

AGB ihrerseits bereits Gegenstand des Geschäftsbesorgungsvertrages war, oder aufgrund einer wirksamen Einbeziehung der Banken-AGB Bestandteil des Geschäftsbesorgungsvertrages geworden ist. Unter dieser Voraussetzung besteht dann Kongruenz zwischen dem jeweiligen Geschäftsbesorgungsvertrag einerseits und der von der Bank im Interesse des Hauptschuldners/Bankkunden übernommenen Avalverpflichtung. Freilich ist dann — streng genommen — keine akzessorische Bürgschaft im Sinn der §§ 765 ff BGB, sondern eine Bürgschaft auf „erstes Anfordern“ gewollt¹⁰⁸.

b) In zahlreichen Bürgschaftsformularen der Banken/Sparkassen wird eine *Hinterlegungsklausel* verwendet. Nach der üblichen Textierung gilt dabei, daß die Bank als Bürge „stets“ berechtigt ist, sich im Verhältnis zum Hauptschuldner/Bankkunden — ungeachtet der Fälligkeit der Bürgschaft oder deren Inanspruchnahme — durch Hinterlegung zu befreien. Sinn und Zweck einer solchen Hinterlegungsklausel besteht darin, der Bank gegenüber dem Hauptschuldner/Bankkunden einen Aufwendungserstattungsanspruch gem. §§ 675, 670 BGB zu verschaffen¹⁰⁹. Die Wirksamkeit von solchen Hinterlegungsklauseln setzt — ähnlich wie bei der Beurteilung von Ziff. 13 der Banken-AGB — voraus, daß eine *individualvertragliche Kongruenz* zwischen dem Geschäftsbesorgungsvertrag einerseits und dem Bürgschaftsvertrag andererseits besteht.

Dies schließt also ein, daß die Hinterlegungsklausel Gegenstand des Kundenauftrages/Avalauftrages war. Fehlt es daran, dann spricht vieles dafür, daß die Hinterlegungsklausel nach § 3 AGB-Gesetz überraschend und nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam ist. Denn eine Hinterlegung der Bürgschaftssumme — ohne Fälligkeit oder Inanspruchnahme der Bürgschaft — ist *keine Erfüllung* des Bürgschaftsvertrages im Sinn von § 362 BGB, sondern begründet zugunsten des Gläubigers lediglich ein Pfandrecht gem. § 232 ff BGB¹¹⁰. Aus dieser gesetzlichen Wertung folgt des weiteren, daß eine formularmäßige Hinterlegungsklausel in einer Bankbürgschaft — mangels individualvertraglicher Kongruenz zwischen Geschäftsbesorgungsvertrag und Bürgschaftsverpflichtung — dem Vorrangprinzip von § 4 AGB-Gesetz zum Opfer fällt. Denn der Anspruch des Gläubigers einer Bürgschaftsverpflichtung zielt auf Befriedigung durch Tilgung seiner Forderung, nicht aber auf die Begründung eines Pfandrechts im Sinn der §§ 232 ff BGB. Diese Zweckbestimmung kann die Bank nicht einseitig dadurch ändern, daß sie formularmäßig eine in ihrem eigenen Interesse liegende Hinterlegungsklausel vereinbart. Unter dieser Prämisse wird man deshalb eine formularmäßige Hinterlegungsklausel auch als unangemessen im Sinn von § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz einstufen müssen.

¹⁰³ BGH, DB 1984 S. 1875.

¹⁰⁴ Canaris, Bankvertragsrecht, Rdnr. 26, 24 ff.

¹⁰⁵ Hierzu auch Canaris, a.a.O., Rdnr. 2624.

¹⁰⁶ Graf von Westphalen, WM 1984 S. 2, 8; vgl. auch derselbe, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, S. 176 ff.

¹⁰⁷ Ebenda.

¹⁰⁸ BGH, WM 1979 S. 691; BGH, WM 1984 S. 44, 45.

¹⁰⁹ Graf von Westphalen, WM 1984, S. 2, 8 f.

¹¹⁰ Ebenda.