

**Zweckbestimmungsklauseln bei Sicherungsgeschäften
- insbesondere bei Grundschuld und Bürgschaft –**

D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch die rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität Bielefeld

Vorgelegt von

Ralf Bornemann
Köln

im Juli 2000

LITERATURVERZEICHNIS

I. Lehrbücher und Kommentare

BAUR/STÜRNER, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Auflage, München 1992

(zit.: Baur/Stürner, §)

BROX, HANS, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 22. Auflage, Köln u.a. 1998

(zit.: Brox AT, Rdn.)

BÜLOW, PETER, Recht der Kreditsicherheiten, 4. Auflage, Heidelberg 1997

(zit.: Bülow, Rdn.)

CANARIS, CLAUS-WILHELM, Bankvertragsrecht, 3. Auflage, 2. Bearbeitung, Berlin/New York 1981

(zit.: Canaris, Bankvertragsrecht, Rdn.)

CLEMENTE, CLEMENS, Recht der Sicherungsgrundschuld, 2. Auflage, Köln 1993

(zit.: Clemente, Sicherungsgrundschuld, Rdn.)

ERMAN, WALTER, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band (§§ 854 – 2385, EGBGB, ErbbauRVO, WEG, SchiffsRG, EheG, HausratsVO, BeurkG), 9. Auflage, Münster 1993

(zit.: Erman/Bearbeiter, §, Rdn.)

FALTER, MANUEL, Die Praxis des Kreditgeschäfts, 15. Auflage 1997

(zit.: Falter, Tz.)

GABERDIEL, HEINZ, Kreditsicherung durch Grundschulden, 5. Auflage, Stuttgart 1990

(zit.: Gaberdiel, Tz.)

LAMBSDORFF, HANS-GEORG, GRAF/SKORA, BERND, Handbuch des Bürgschaftsrechts, München 1994

(zit.: Lambsdorff/Skora, Rdn.)

LARENZ, KARL, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin u.a. 1991

(zit.: Larenz, Methodenlehre)

LARENZ, KARL/WOLF, MANFRED, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997

(zit.: Larenz AT, §, Rdn.)

MEDICUS, DIETER, Bürgerliches Recht, 17. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1996

(zit.: Medicus, BR)

MÜNCHENER KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 – Allgemeiner Teil, ABG-Gesetz (§§ 1 – 240), 3. Auflage, München 1993

Band 6 – Sachenrecht, 3. Auflage, München 1997

(zit.: MünchKomm/Bearbeiter, §, Rdn.)

PALANDT, OTTO, Bürgerliches Gesetzbuch, 59. Auflage, München 2000

(zit.: Palandt/Bearbeiter, §, Rdn.)

RAUCH, WOLFGANG/ZIMMERMANN, STEFFEN, Grundschuld und Hypothek – Der Realkredit in der Praxis, München 1996

(zit.: Rauch/Zimmermann, Rdn.)

RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch – Kommentar, Band III, 2. Teil – Anh. § 1011; ErbbauRVO; §§ 1018 – 1203; Anh. § 1203; SchiffsRG, 12. Auflage, Berlin/New York 1996

(zit.: BGB-RGRK/Bearbeiter, §, Rdn.)

SCHAARSCHMIDT, WILHELM, Die Sparkassenkredite, 8. Auflage, Stuttgart 1991

(zit.: Schaarschmidt, Tz.)

SCHIMANSKI/BUNTE/LWOWSKI, HANS-JÜRGEN, Bankrechts-Handbuch, Stuttgart 1997

(zit.: Bearbeiter in Schimanski/Bunte/Lwowski, §, Rdn.)

SCHOLZ, HELLMUT/LWOWSKI, HANS-JÜRGEN, Das Recht der Kreditsicherung, Begr. von Hellmut Scholz, fortgeführt von Hans-Jürgen Lwowski, 7. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 1994

(zit.: Scholz/Lwowski, Rdn.)

SICKEL, HANS-ULRICH, Personalsicherheiten – Rechtsfälle für Praktiker, Stuttgart 1998

(zit.: Sickel, S.)

STAUDINGER, J. VON, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,

Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 765 – 778), 13. Bearbeitung, Berlin 1997;

Drittes Buch, Sachenrecht (§§ 1113 – 1203), 13. Bearbeitung, Berlin 1997

(zit.: Staudinger/Bearbeiter, §, Rdn.)

ULMER, PETER/BRANDNER, HANS ERICH/HENSEN, HORST-DIETHER, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 8. Auflage, Köln 1997

(zit.: Bearbeiter in Ulmer/Brandner/Hensen, §, Rdn.)

WOLF, MANFRED/HORN, NORBERT/LINDACHER, WALTER F., Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar, 3. Auflage, München 1994

(zit.: Bearbeiter in Wolf/Horn/Lindacher, §, Rdn.)

II. Aufsätze und Entscheidungsrezensionen

BERNINGHAUS, JOCHEN, Der Umfang der Haftung aus formularmäßigen Bürgschaften, BB 1986, S. 206 – 213.

BRAUNERT, ULRICH, Haftungserstreckung bei formularmäßiger Gestellung von Sicherheiten für Darlehensverbindlichkeiten, NJW 1991, S. 805 – 808.

BRUCHNER, HELMUT, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 07. November 1985 – IX ZR 40/85, WuB I F 1a. – 6.86.

BYDLINSKI, PETER, Die aktuelle höchstrichterliche Judikatur zum Bürgschaftsrecht in der Kritik – Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung, WM 1992, S. 1301 – 1310.

CANARIS, CLAUS-WILHELM, Gesamtnwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, Festschrift für Steindorf 1990.

DERS., Die Problematik der Sicherheitenfreigabeklauseln im Hinblick auf § 9 AGBG und § 138 BGB, ZIP 1996, S. 1106 – 1117.

CLEMENTE, CLEMENS, Sicherungsabreden im Spiegel der neueren Rechtsprechung, ZIP 1985, S. 193 – 201.

DERS., Die Sicherungsabrede der Sicherungsgrundschuld – Eine Bestandsaufnahme, ZIP 1990, S. 969 – 976.

DERLEDER, PETER, Die unbegrenzte Kreditbürgschaft, NJW 1986, S. 97 – 104.

GANTER, MANUEL, Aktuelle Probleme der Kreditsicherheiten in der Rechtsprechung des BGH, WM 1996, S. 1705 – 1719.

GOTTWALD, WALTER, Anmerkung zum Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 12. Februar 1985 – 6 U 46/84; EWiR § 766 BGB 1/85, S. 155 – 156.

HAGER, JOHANNES, Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, JZ 1996, S. 175 – 179.

HELLNER, THORWALD, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13. November 1997 – IX ZR 289/96, WuB I F 1a. – 8.98.

HORN, NORBERT, Zur Zulässigkeit der Globalbürgschaft – Bestimmtheitsgrundsatz und Verbot der Fremddisposition im Bürgschaftsrecht, ZIP 1997, S. 525 – 530.

KEIM, CHRISTOPHER, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18. Mai 1995 – IX ZR 108/94, DNotZ 1996, S. 273 – 286.

KRUMWIEDE, BERNHARD, Anmerkung zum Urteil des Oberlandesgerichts Rostock vom 08. Juni 1995 – 1 U 315/94, WuB I F 1a. – 1.96.

MEDICUS, DIETER, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29. Februar 1996 – IX ZR 153/95, WuB I F 1a. – 19.91.

PAPE, GERHARD, Die Entwicklung des Bürgschaftsrechts im Jahre 1995, NJW 1996, S. 887 – 896.

DERS., Die Entwicklung des Bürgschaftsrechts im Jahre 1996, NJW 1997, S. 980 – 990.

PETERS, BERND, Zum Haftungsumfang der Bürgschaft für Ansprüche aus bankmäßiger Geschäftsverbindung, WM 1992, S. 597 – 598.

PFEIFFER, THOMAS, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18. Mai 1995 – IX ZR 108/94, LM § 765 Nr. 99 – 101.

DERS., Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18. Januar 1996 – IX ZR 69/95, LM § 765 Nr. 105.

DERS., Anmerkung zum Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 29. Juni 1995 – 5 U 45/95, WuB I F 1a. – 2.96.

DERS., Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13. November 1997 – IX ZR 289/96, DZWIR 1998, S. 151 – 159.

DERS., Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28. Oktober 1999 – IX ZR 364/97, LM § 9 (Bm) AGBG, Nr. 32.

REHBEIN, DIETER, Sicherung und Sicherungszweck, Festschrift für Theodor Heinsius 1991, S. 659 – 681.

DERS., Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 01. Juni 1994 – IX ZR 133/93, WuB I F 1a. – 10.94.

REICH, DIETMAR O./SCHMITZ, PETER, Globalbürgschaften in der Klauselkontrolle und das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, NJW 1995, S. 2533 – 2534.

REICH, NORBERT, Kreditbürgschaft und Transparenz, NJW 1995, 1857 – 1861.

REINICKE, DIETRICH/TIEDTKE, KLAUS, Die Bürgschaft für alle bestehenden und künftigen Forderungen des Gläubigers aus seiner bankmäßigen Geschäftsverbindung mit dem Hauptschuldner, JZ 1986, S. 426 – 431.

DIES., Die Rechtsstellung des Kreditnehmers und des Grundstückeigentümers als Sicherungsgeber einer Grundschuld, WM-Sonderbeilage Nr. 5/1991, S. 2 – 9.

DIES., Bestimmtheitserfordernis und weite Sicherungsabrede im Bürgschaftsrecht, DB 1995, S. 2301 – 2307.

RICHRATH, JOCHEN/SCHRÖTER, JÜRGEN, Anmerkung zu den Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 18. Januar 1996 – IX ZR 69/95 sowie vom 07. März 1996 – IX ZR 43/95, WuB I F 1a. – 12.96.

RIMMELSPACHER, BRUNO, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 05. April 1990 – IX ZR 111/89, WuB I F 1a. – 9.90.

DERS., Anmerkung zum Urteil des Oberlandesgerichts Bamberg vom 29. September 1988 – 1 U 195/87, WuB I F 1a. – 10.90.

SCHMITZ, KARL-BERNHARD, Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu Hypothek und Grundschuld, WM 1991, S. 1061 – 1063.

SCHMITZ-HERSCHEID, STEPHAN, Zur Bürgschaft für alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten, ZIP 1997, S. 1140 – 1143.

SCHMITZ-VALCKENBERG, WALTER, Probleme bei der Bestellung von Grundschulden im Hinblick auf die Vorschriften der §§ 3 und 9 AGBG, DNotZ 1996, S. 492 – 500.

SCHRÖTER, JÜRGEN, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 06. Dezember 1984 – IX ZR 11/83, WuB I F 1a. – 1.85.

DERS., Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18. Mai 1995 – IX ZR 108/94, WuB I F 1a. – 13.95.

SONNENHOL, JÜRGEN, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13. Juni 1996 – IX ZR 229/95, WuB I F 1a. – 18.96.

STEGMAIER, MARTIN, Formularmäßige Erweiterung des Sicherungszwecks einer Grundschuld, BB 1996, S. 2587 – 2588.

THELEN, WERNER, Ist der Bürge im Bankkreditgeschäft weniger schutzwürdig als der fremdnützig handelnde Besteller einer Sicherungsgrundschuld? DB 1991, S. 741 – 743.

TIEDTKE, KLAUS, Zur weiten Sicherungsabrede bei Bestellung der Grundschuld durch eine Personengesellschaft oder den persönlich haftenden Gesellschafter, NJW 1991, S. 3241 – 3247.

DERS., Enge und weite Bürgschaftsverpflichtungen, ZIP 1994, S. 1237 – 1243.

DERS., Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bürgschaftsrecht seit 1990, ZIP 1995, S. 521 – 535.

DERS., Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18. Mai 1995 – IX ZR 108/94, EWiR § 765 BGB 5/95, S. 971 – 972.

DERS., Anmerkung zum Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 24 Juli 1996 – 9 U 40/96, EWiR § 765 BGB 6/96, S. 979 – 980.

DERS., Die Begrenzung der Haftung eines Höchstbetragsbürgen, ZIP 1998, S. 449 – 454.

TRAPP, ANDREAS, Zur Wirksamkeit der weiten Sicherungszweckvereinbarung bei Bürgschaften, ZIP 1997, S. 1279 – 1284.

TRINKNER, REINHOLD, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 01. Februar 1984 – VIII ZR 54/83, BB 1984, 490 – 495.

WAGENKNECHT, CLAUS RAINER, Anmerkung zum Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. November 1996 – 6 U 246/95 sowie zum Beschluss des Oberlandesgerichts Schleswig – 5 W 39/96, WuB I F 1a. – 8.97.

WEBER, AHREND, Rückwirkung von Rechtsprechung – Bericht über ein Symposium in Bonn, WM 1996, S. 49 – 53.

WEBER, CHRISTOPH, Wirksamkeit formularmäßiger Globalbürgschaften – BGHZ 130, 19, JuS 1997, S. 501 – 507.

WESTPHALEN, FRIEDRICH GRAF VON, Grundschulddarlehen – Kontrollkriterien des AGBG, ZIP 1984, S. 1 – 10.

DERS., Bürgschaftsformulare im Licht des AGB-Gesetzes, WM 1984, S. 1589 – 1597.

DERS., Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 04. Juli 1985 – IX ZR 135/84, EWiR § 765 BGB 3/85, S. 667 – 668.

DERS., Anmerkung zu Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29. Februar 1996 – IX ZR 153/95, LM § 765 Nr. 107.

WISSMANN, EICKE, Anmerkung zum Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 29. Januar 1997 – 31 U 118/96, EWiR § 767 BGB 1/97, S. 353 – 354.

III. Abkürzungsverzeichnis

Hinsichtlich der in dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen verweise ich auf

KIRCHNER, HILDEBERT, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage, Berlin 1993.

INHALT

Literaturverzeichnis	2
Inhaltsverzeichnis	11

1. Teil: Einleitung

A. Die Bürgschaft	15
B. Die Sicherungsgrundschuld	16
C. Rechtsnatur des Sicherungsvertrages	17
I. Der Sicherungsvertrag	17
II. Die Sicherungsabrede	20
III. Rechtswirkungen	21
IV. Der Sicherungsgeber	22

2. Teil: Die gesicherten Forderungen

A. Bestimmbarkeit	23
I. Sachliche Begrenzung	23
II. Grundsätzliches Erfordernis eines Höchstbetrages	25
1. Die Stimmen der Literatur	26
2. Die Rechtsprechung des BGH	26
3. Stellungnahme	27
a) Die gesetzssystematische Herleitung des Bestimmtheitsgrundsatzes	27
b) Zweck und Funktion des Bestimmtheitsgrundsatzes	30
aa) Der Bestimmtheitsgrundsatz zum Schutz des Bürgen	30
bb) Verstoß der Globalbürgschaft gegen den Bestimmtheitsgrundsatz	31
c) Beschränkung auf „Forderungen aus der Geschäftsverbindung“	35
III. Rechtsfolge	36
1. Ermittlung durch Auslegung	37
2. Auslegung und Schriftform	37
B. Begriff der Geschäftsverbindung	38
I. Die Geschäftsverbindung	39
1. Die „Geschäftsverbindung“ im HGB	39
2. Die Auslegung des Parteiwillens	39
II. Einzelfälle	41
1. Ansprüche auf Schadensersatz	41
a) Vertragliche Schadensersatzansprüche	41
b) Deliktische Ansprüche	42
2. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung	44
a) Der Sicherungsgeber ist ein Dritter	45
b) Der Darlehensnehmer stellt die Sicherheit	48
3. Nebenforderungen	49

a) Grundsatz	49
b) Die Höchstbetragsbürgschaft	50
4. Forderungen aus Sicherheitenverträgen	51
a) Die Kasuistik in Rechtsprechung und Lehre	51
b) Stellungnahme	53
5. Forderungen, die von Dritten erworben wurden	56
a) Der Sicherungsgeber ist nicht zugleich der Schuldner	57
b) Schuldner und Sicherungsgeber sind identisch	58
6. Kosten der Rechtsverfolgung	60
7. Ansprüche gegen den persönlich haftenden Gesellschafter	61
8. Firma als Kreditnehmer	63
9. Rechtsnachfolge	64
10. Ansprüche aus Geschäftsbesorgung	65
11. Filialklausel	66
12. Beendigung der Geschäftsverbindung	67
III. Zusammenfassung	68

3. Teil: Formularmäßige Zweckerklärungen

A. Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes	69
B. Einbeziehungskontrolle	70
I. Einbeziehung in den Vertrag (§ 2 AGBG)	71
II. Vorrang der Individualabrede	71
III. Überraschende Klauseln	72
1. Die „Anlassrechtsprechung“ des BGH	72
a) Grundschnuldzweckerklärungen	72
aa) Die Rechtsprechung bis 1982	72
bb) Die neuere Rechtsprechung	73
cc) Das Schrifttum	75
b) Die Sicherungsabrede bei Bürgschaften	76
aa) Rechtsprechung und Literatur bis 1995	76
bb) Neuere Rechtsprechung und Literatur	80
2. Stellungnahme	81
3. Ausnahmen	82
a) Absicherung der gesamten Geschäftsverbindung	84
b) Darlehen an Gesellschaften und/oder Gesellschafter	86
c) Absicherung eines befristeten Kontokorrentkontos	88
d) Notarielle Beurkundung	89
4. Vermeidung des überraschenden Charakters	90
C. Inhaltskontrolle von Zweckerklärungen	91
I. Zulässigkeit der Inhaltskontrolle	91
1. Zulässigkeit der Inhaltskontrolle bei Bürgschaftszweckerklärungen	91
a) Regelungsgehalt des § 8 AGB-Gesetz	91
aa) Nebenpflichten	91
bb) Hauptleistungspflichten	92
b) Die frühere Rechtsprechung des BGH	95

c) Die Ansicht der Literatur	95
d) Änderung der Rechtsprechung	96
e) Die neuere Literatur und die obergerichtliche Rechtsprechung	98
f) Stellungnahme	98
aa) Die Besicherung von „Anlass“-Krediten	98
bb) Umfassende Sicherung der Geschäftsverbindung	101
(1) Teilbarkeit der Sicherungsabrede	101
(2) Gesetzliches Leitbild	104
2. Zulässigkeit der Inhaltskontrolle bei Grundschulden	109
a) Die Rechtsprechung	109
b) Die Ansicht der Literatur	109
c) Stellungnahme	110
aa) Fehlen einer gesetzlichen Regelung	110
bb) Bewusstes Schweigen des Gesetzes	110
II. Unangemessene Benachteiligung des Sicherungsgebers	111
1. Bürgschaftszweckerklärung	111
a) Die Rechtsprechung	111
aa) Globalbürgschaften	112
bb) Höchstbetragsbürgschaften	113
cc) Ausnahmen	114
b) Die Ansicht der Literatur	115
c) Stellungnahme	116
aa) Abweichung vom gesetzlichen Leitbild	116
bb) Vertragszweckgefährdende Regelung	116
(1) Vertragswesentliche Rechte und Pflichten	116
(2) Gefährdung des Vertragszwecks	117
cc) Die Generalklausel	119
(1) Interessen des Bürgen	120
(2) Interessen des Sicherungsnehmers	121
(3) Abwägung der widerstreitenden Interessen	121
2. Grundschulzweckerklärungen	123
a) Besicherung durch den persönlichen Schuldner	123
b) Die Grundschuld als Drittsicherheit	124
aa) Die Rechtsprechung	125
bb) Die Ansicht der Literatur	125
cc) Stellungnahme	126
(1) Abweichung vom gesetzlichen Leitbild	127
(2) Vertragszweckgefährdende Regelung	128
(a) Vertragswesentliche Rechte	129
(b) Gefährdung des Vertragszwecks	130
(3) Die Generalklausel	131
II. Ergebnis	134
D. Rechtsfolgen	135
I. Das Ergebnis	136
1. Nichteinbeziehung gemäß § 3 AGB-Gesetz	136
2. Unwirksamkeit gemäß § 9 AGB-Gesetz	136
II. Die einzelnen Rechtsinstitute	138
1. Regelungsgehalt des § 6 AGB-Gesetz	139
2. Das Verbot geltungserhaltender Reduktion	139

a) Grundsätzliches	139
b) Teilbare Klauseln	141
c) Ausnahmen	142
3. Die ergänzende Vertragsauslegung	143
a) Grundsätzliches	143
b) Ergänzende Vertragsauslegung und AGB-Gesetz	143
c) Das Verhältnis der ergänzenden Vertragsauslegung zum Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	144
III. Die dogmatische Herleitung in Rechtsprechung und Lehre	145
1. Die Herleitung der Rechtsprechung	145
2. Die Ansicht der Literatur	147
IV. Stellungnahme	149
1. Geltungserhaltende Reduktion statt ergänzender Vertragsauslegung	149
2. Zur Kritik an diesem Lösungsansatz	155
a) Sachwaltertätigkeit des Richters	155
b) Überwälzung der Formulierungsverantwortung	156
c) Bedenken im Hinblick auf § 140 BGB	156
d) Rechtsunsicherheiten zu Lasten des Klauselgegners	159
V. Das Problem der Rückwirkung höchstrichterlicher Rechtsprechung	160
E. Zusammenfassung	163

1. Teil

Einleitung

In den letzten Jahren sind zahlreiche Entscheidungen zu der Frage der Wirksamkeit von Zweckerklärungen ergangen. Insbesondere die Inhaltskontrolle formularmäßiger Vereinbarungen wird dabei kontrovers diskutiert. Hierbei sind vorwiegend sogenannte weite Zweckerklärungen bei Grundschulden und Bürgschaften - auch Globalzweckerklärungen genannt - Gegenstand der Erörterungen. Auch in der Literatur ist umfangreich hierzu Stellung genommen worden. Im Rahmen dieser Auseinandersetzung hat sich insbesondere durch die Rechtsprechung des BGH eine vielfältige Kasuistik entwickelt, welche im folgenden dargestellt und analysiert werden soll.

Vorwiegend die Bürgschaft und die Grundschuld sind dabei Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion. Diese beiden Sicherungsmittel sind in der Praxis der privaten Kreditnehmer vorherrschend und als sog. Drittsicherheiten besonders gefragt. Hinzu kommt, dass die Bürgschaft aufgrund der unbeschränkten Haftung außerordentlich risikoreich ist. Da in solchen Fällen erhöhter Schutzbedarf zugunsten des Kunden besteht, konzentrieren sich hierauf die Entscheidungen der Gerichte sowie die kontroversen Stellungnahmen zu diesem Problemkreis. Daher widmet sich die vorliegende Arbeit auch im wesentlichen diesen Sicherungsmitteln.

A. Die Bürgschaft

Die Bürgschaft ist gesetzlich geregelt in den §§ 765 ff. BGB. Sie ist streng akzessorisch, d.h. von einer Hauptschuld in Höhe und Bestand abhängig¹. Sie kann unbegrenzt und auch für zukünftige Forderungen übernommen werden. Die Sicherungsabrede bestimmt dabei den Umfang der Hauptschuld.

¹ Dazu Bülow, Rdn. 22.

Die Bürgschaft ist ihrer Natur nach grundsätzlich Drittsicherheit, so dass Schuldner und Sicherungsgeber nicht identisch sind. Zwischen diesen beiden besteht regelmäßig ein Auftragsverhältnis, nach welchem der Bürge sich verpflichtet, die Bürgschaft zu übernehmen. Er kann dann nach Inanspruchnahme gemäß § 670 BGB Ersatz der von ihm verauslagten Beträge verlangen.

B. Die Sicherungsgrundschuld

Nach der Konzeption des historischen Gesetzgebers ist die (isolierte) Grundschuld von jeglicher Forderung unabhängig². In dieser Form ist sie jedoch als Sicherungsmittel nicht zu verwenden. Es bedarf vielmehr einer schuldrechtlichen Verknüpfung zwischen Grundschuld und zu sichernder Forderung. Dieses leistet die Sicherungsabrede (= Zweckerklärung)³. Hierdurch wird zwar eine Annäherung an die Hypothek⁴, allerdings keine Abhängigkeit im Sinne einer hypothekenähnlichen Akzessorietät geschaffen, so dass die Höhe der Forderung die Höhe der Grundschuld nicht beeinflusst⁵. Eine solche Grundschuld wird allgemein als Sicherungsgrundschuld bezeichnet. Sie liegt nach dem oben Gesagten in ihrer sichernden Wirkung zwischen der streng akzessorischen Hypothek und der isolierten Grundschuld und ermöglicht dadurch eine flexible Verwendung als Kreditsicherheit. Dies gilt um so mehr, wenn sich der Eigentümer nach § 800 ZPO der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, da die Bank in diesem Fall mit der notariell beglaubigten Grundschuldbestellungsurkunde einen vollstreckbaren Titel besitzt (§ 794 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 ZPO). Aufgrund dieser hohen Verkehrsfähigkeit hat die Sicherungsgrundschuld die Hypothek als Sicherungsmittel weitgehend verdrängt. In der Praxis der Kreditinstitute wurde im Laufe der Zeit ein rechtlich fest umrissenes Bild einer typischen Sicherungsgrundschuld herausgearbeitet⁶.

² Palandt/Bassenge, § 1191 Rdn. 1.

³ Schaarschmidt, Tz. 2.248.

⁴ Merkel in Schimansky/Bunte/Lwowski, Rd. 301.

⁵ Palandt/Bassenge, § 1191 Rdn. 18.

⁶ Kümpel, Tz. 6.203.

Wird die Grundsuld nicht vom persönlichen Schuldner, sondern von einem Dritten bestellt, so liegt ebenso wie bei der Bürgschaft zwischen Kreditnehmer und Sicherungsgeber regelmäßig ein Auftragsverhältnis vor⁷.

C. Rechtsnatur des Sicherungsvertrages

Häufig werden Sicherungsvertrag und Sicherungsabrede nicht klar genug voneinander getrennt.

I. Der Sicherungsvertrag

Die Art und Anzahl der Vereinbarungen im Sicherungsvertrag hängen wesentlich von der Natur des Sicherungsmittels ab. Sind gesetzlich nicht geregelte Sicherheiten vorgesehen, z.B. eine Sicherungsgrundsuld, so besteht naturgemäß ein erhöhter Regelungsbedarf⁸. Der Sicherungsvertrag bestimmt dann umfassend die Rechtsbeziehungen der Beteiligten zueinander.

Insbesondere bei solchen Sicherheiten, bei denen der Sicherungsgeber dem Gläubiger treuhänderisch zu Sicherungszwecken das Recht überträgt (sog. fiduziarische Sicherheiten), kommt folglich dem Sicherungsvertrag besondere Bedeutung zu. Diese Sicherheiten sind vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen; das BGB setzt sie aber als zulässig voraus, sie sind bereits vom Reichsgericht schon anerkannt worden⁹. Sie werden auch „gekorene“ Sicherheiten genannt, wohingegen man die gesetzlich geregelten Rechtsinstitute „geborene“ Sicherheiten nennt. Diese sind regelmäßig akzessorisch, das heißt vom Bestand der Hauptforderung abhängig.

Zu den abstrakten fiduziarischen Sicherungsmitteln gehören insbesondere die Grundsuld, die Sicherungsübereignung oder die Sicherungszession. Zwar ist der Sicherungsnehmer im Verhältnis

⁷ Räfle in Erman, § 1191 Rdn. 11; denkbar wären natürlich auch eine Reihe anderer Rechtsgründe, zum Beispiel eine Erfüllungsübernahme oder eine Schenkung.

⁸ Bülow, Rdn. 117.

⁹ Nachweise bei Pfeiffer, ZIP 1997, 49, 50.

zu Dritten Vollrechtsinhaber, jedoch sind seine Befugnisse im Innenverhältnis treuhänderisch beschränkt. Treuhandzweck sowie -umfang nebst den dazugehörigen Vereinbarungen und Nebenpflichten regelt der Sicherungsvertrag.

Bei gesetzlich geregelten Sicherungsinstituten hingegen sind entweder zahlreiche Vorschriften wegen der erheblichen Reichweite der Normen oder aber aufgrund ihres prägenden Charakters zwingend, so wie bei der Bürgschaft z.B. die §§ 766, 767 BGB. Oder sie sind – bei der Hypothek sowie dem Pfandrecht - aufgrund des sachenrechtlichen Typenzwangs nicht abdingbar. In diesen Fällen kommt dem Sicherungsvertrag – mit Ausnahme der Sicherungsabrede selbst – keine weitergehende Bedeutung zu. Die nachfolgenden Ausführungen gelten daher vor allem für abstrakte Sicherheiten.

Der Sicherungsvertrag ist ein schuldrechtlicher Vertrag und regelt die Beziehungen zwischen dem Sicherungsgeber und demjenigen, zu dessen Gunsten die Sicherheiten bestellt worden sind¹⁰. Zu diesem Zweck enthält diese Vereinbarung eine Vielzahl einzelner Regelungen. Da der BGH - zu Recht - sämtliche Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Sicherheitenbestellung als einheitliches Rechtsgeschäft begreift, ist es dabei unerheblich, ob diese Klauseln in einer Urkunde zusammengefasst werden oder ob sie sich in mehreren Schriftstücken (z.B. Kreditvertrag, Grundschuldbestellungs- oder Bürgschaftsurkunde etc.) befinden¹¹.

Der Sicherungsvertrag ist grundsätzlich formfrei¹², jedoch spricht aufgrund der Tragweite der Sicherungsabrede eine tatsächliche Vermutung für gewillkürte Schriftform¹³, insbesondere im Rechtsverkehr mit Kreditinstituten¹⁴. Gesetzliche Formvorschriften sind nur dann zu beachten, wenn das Verpflichtungsgeschäft aufgrund seiner Rechtsnatur (zum Beispiel

¹⁰ Schaarschmidt, Tz. 2.251.

¹¹ Joswig in BGB-RGRK, § 1191 Rdn. 6 m.w.N.

¹² BGHZ 100, 82, 84.

¹³ BGH, WM 1982, 443.

¹⁴ BGHZ 109, 197, 200.

als Schenkung, § 518 BGB) oder wegen des rechtlichen Zusammenhangs mit einem anderen formbedürftigen Geschäft steht, so wenn beispielsweise eine Grundschuld zur Sicherung eines Grundstückskaufpreises eingetragen werden soll (§ 313 BGB) und die Eintragung für das schuldrechtliche Geschäft Wirksamkeitsvoraussetzung ist.

Wesentliche Regelungen stellen die Verpflichtung zur Sicherheitenbestellung, die Treuhandabrede¹⁵ sowie eben die Abrede, für welche Forderungen und in welchem Umfang die Sicherheit haften soll, dar¹⁶. Darüber hinaus enthält der Sicherungsvertrag im Zusammenhang mit einer Sicherungsgrundschuld i.d.R. Bestimmungen über die Frage, auf welche Schuld erfolgte Zahlungen verrechnet werden sollen, die konkrete Regelung des Anspruchs auf Rückgewähr, Verwertungsabsprachen etc¹⁷. Ferner finden sich Bestimmungen über eine Reihe von vertraglichen Nebenpflichten des Sicherungsnehmers, mit welchen dessen treuhänderische Stellung und seine Pflicht zur größtmöglichen Wahrung der Interessen des Sicherungsgebers konkretisiert werden¹⁸.

Somit werden nicht nur Rechte und Pflichten des Sicherungsgebers, sondern auch solche des Kreditgebers (= Sicherungsnehmers) geregelt. Der Sicherheitenvertrag ist daher als zweiseitiger Vertrag einzustufen¹⁹.

Da aber die Pflichten des Sicherungsnehmers (z.B. zur Rückgewähr, pfleglichen Behandlung des Treugutes, Verwertung nur bei Eintritt des Sicherungsfalles) nicht synallagmatische Gegenleistungen der Sicherheitenbestellung selbst sind, liegt nach h.M. ein gegenseitiger Vertrag nicht vor²⁰.

¹⁵ Diese muss nicht ausdrücklich vereinbart sein, sondern ergibt sich schon aus der Natur der abstrakten Sicherheit – Kumpel, Tz. 6.217.

¹⁶ Eine Aufzählung und Erläuterung der wesentlichen – auch konkludent vereinbarten – Regelungen findet sich bei Eickmann im Münchener Kommentar, § 1191 Rdn. 20 ff.

¹⁷ Rauch/Zimmermann, Rdn. 126; Joswig in BGB-RGRK, § 1191 Rdn. 6.

¹⁸ Schaarschmidt, Tz. 2.263.

¹⁹ Rauch/Zimmermann, Rdn. 121; Joswig in BGB-RGRK, § 1191 Rdn. 7; Eickmann im Münchener Kommentar, § 1191 Rdn. 13.

²⁰ Graf v. Westphalen, ZIP 1984, 1, 7.

Es handelt sich demzufolge um einen sog. unvollkommen (da nicht gegenseitig) zweiseitigen Vertrag²¹. Mangels gesetzlicher Bestimmung²² ist diese schuldrechtliche Vereinbarung regelmäßig formfrei gültig²³. Jedoch kann bei langfristigen Verträgen eine Vermutung für eine vereinbarte Schriftform sprechen (§ 154 Abs. 2 BGB)²⁴.

II. Die Sicherungsabrede

Die Sicherungsabrede ist - wie oben (I.1.) dargestellt - Teil des umfassenderen Sicherungsvertrages. Sie ist dessen Kernstück. Mit ihr werden die gesicherten Forderungen bestimmt²⁵. Sie ist sowohl bei abstrakten als auch bei akzessorischen Sicherungsrechten notwendig.

Diese Abrede wird in der Praxis der Kreditinstitute in Formularverträgen in etwa wie folgt formuliert:

"Die (Grundsuld/Bürgschaft etc.) dient als Sicherheit für alle gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche aus der Geschäftsverbindung der Bank mit (Kreditnehmer) und (Sicherungsgeber), insbesondere aus Darlehen, Kontokorrentverkehr, Wechseln, Schecks, Sicherungsverträgen, Lieferungen und Leistungen Bürgschaftsübernahmen, Abtretungen oder gesetzlichem Forderungsübergang und der Ansprüche aus von Dritten erworbenen Forderungen, Wechseln und Schecks, "

Wegen der umfassenden Einbeziehung beinahe aller Forderungen wird diese Abrede auch weite Zweckerklärung genannt.

²¹ Graf v. Westphalen, ZIP 1984, 1, 7.

²² Auch solche Verträge haben allerdings einen – allerdings nur sehr generell geregelten – gesetzlichen Inhalt (§§ 133, 154, 242 BGB), der aus der Interessenlage und Verkehrsanschauung ergibt.

²³ BGH, WM 1987, 586.

²⁴ BGH, WM 1982, 443, 444; Merkel in Schimansky/Bunte/Lwowski, Rdn. 304.

²⁵ Scholz/Lwowski, Rdn. 6.

III. Rechtswirkungen

Der Sicherungsvertrag verpflichtet den Sicherungsgeber u.a. zur Bestellung der Sicherheit²⁶. Für abstrakte Sicherheiten gilt, dass die Sicherungsabrede den Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Sicherheit darstellt, solange im folgenden ein Sicherungsbedürfnis des Kreditgebers besteht - welches sich nach dem Bestand der zu sichernden Forderungen und somit nach der Sicherungsabrede richtet. Sie ist *causa*²⁷ des dinglichen Geschäfts; die Erfüllung der aus dem Sicherungsvertrag folgenden Verpflichtung zur Bestellung einer Sicherheit ist Leistungszweck²⁸. Bei akzessorischen Rechten hingegen ist diese Rechtswirkung nicht erforderlich, da bei Wegfall des Sicherungsbedürfnisses die Sicherheit automatisch aufgrund ihrer Akzessorietät untergeht.

Soweit eine Sicherheit nicht akzessorischer Natur ist, nähert die Sicherungsabrede die Sicherheit den akzessorischen Sicherungsmitteln an. Sie verknüpft auf schuldrechtlicher Ebene die Sicherheit mit der zu sichernden Forderung²⁹ und bestimmt den Umfang der Sicherung.

Bei akzessorischen Sicherungsrechten wird hingegen allein der zu sichernde Forderungsbereich festgelegt. Die Akzessorietät ergibt sich schon aus der Natur des Sicherungsmittels. Statt eines Rückgewähranspruchs erlischt das Sicherungsrecht (z.B. Bürgschaft, Pfandrecht) automatisch mit der zu sichernden Forderung.

Besteht die zu sichernde Forderung nicht (mehr), z.B. weil das Darlehen letztendlich nicht ausgezahlt oder zur Gänze getilgt worden ist, so hat der Sicherungsgeber bei den abstrakten Sicherheiten entweder als ausdrückliche oder jedenfalls konkludente

²⁶ Bülow, Rdn. 116.

²⁷ LG Kaiserslautern, ZIP 1982, 677, 678 m.w.N.; BGH WM 89, 210, 211; Clemente ZIP 1990, 969, 971.

²⁸ Eickmann im Münchener Kommentar, § 1191 Rdn. 14 f.; Räfle in Erman, § 1191 Rdn. 5; Rauch/Zimmermann, Rdn. 114; Clemente ZIP 1990, 969, 970.

²⁹ Rauch/Zimmermann, Rdn. 115.

Regelung des Sicherungsvertrages oder aber aus § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. BGB einen Rückforderungsanspruch³⁰. Dieser Anspruch ist ermessensunabhängig und besteht – kraft Gesetzes – auch dann, wenn der Sicherungsvertrag eine ausdrückliche Freigaberegelnung nicht enthält³¹.

IV. Der Sicherungsgeber

Teilweise wird bei Sicherheiten, die von dritter Seite gestellt werden (insbes. bei Grundschulden), diskutiert, wer als Sicherungsgeber anzusehen ist³². Die Rechtsprechung geht davon aus, dass i.d.R. der Darlehensnehmer Sicherungsgeber ist, da er mit dem Grundstückseigentümer im Innenverhältnis schuldrechtliche Abreden (z.B. die Vereinbarung eines Auftrages) getroffen hat³³. Andere wiederum halten grundsätzlich den Eigentümer/Bürgen für den Sicherungsgeber³⁴. Da ein solcher Streit - jedenfalls im Rahmen der vorliegenden Arbeit - unergiebig ist, wird an dieser Stelle auf eine ausführliche Darlegung und Würdigung verzichtet.

³⁰ Baur/Stürner, § 45 II 2a; Schaarschmidt, Tz. 2.264 m.w.N.; Medicus (BR, Rdn. 495) vertritt die Ansicht, es sei § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB anwendbar. Dies dürfte zutreffend sein; Leistungszweck ist die Erfüllung der Verpflichtung zur Bestellung der Sicherheit (s.o.).

³¹ BGH, NJW 1998, 671, 673; so auch schon Pfeiffer, WM 1995, 1565, 1570f.

³² Rauch/Zimmermann, Rdn. 129; Joswig in BGB-RGRK, § 1191 Rdn. 11 f.; Reinicke/Tiedtke, WM-Sonderbeilage Nr. 5/1991, S. 1.

³³ Palandt/Bassenge, § 1191 Rdn. 15 m.w.N.; BGH WM 1989, 210, 211.

³⁴ Reinicke/Tiedtke, WM-Sonderbeilage Nr. 5/1991, 2 - 4.

2. Teil

Die gesicherten Forderungen

Nun stellt sich – aufgrund der scheinbaren Eindeutigkeit des Wortlautes der Sicherungsabrede möglicherweise etwas überraschend - die Frage, welche Forderungen gesichert sind und in welchem Umfang dies erfolgt ist.

A. Bestimmbarkeit

Aufgrund der umfassenden persönlichen Haftung des Bürgen ist von Rechtsprechung und Lehre versucht worden, über die Problematik der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Bürgschaft das Risiko des Bürgen zu begrenzen.

Da bei den übrigen Sicherungsrechten die Haftung des Sicherungsgebers auf den Sicherungsgegenstand beschränkt und lediglich der Bürge dem Risiko ausgesetzt ist, sein gesamtes Vermögen zu verlieren, sind auch nur im Rahmen des Bürgschaftsrechts die nachfolgenden angestregten Versuche zur Haftungsbegrenzung unternommen worden. Die Ausführungen beschränken sich demgemäß auf die Bürgschaftsproblematik³⁵.

I. Sachliche Begrenzung

Schon früh, nämlich mit Urteil vom 10. Oktober 1957, hatte der BGH entschieden, dass die Absicherung aller nur denkbaren For-

³⁵ Obwohl Clemente (ZIP 1990, 969, 971) auch bei der Grundsuldzweckerklärung die im folgenden aufgeführten Grundsätze für anwendbar hält. Aufgrund der bürgschaftsspezifischen Argumentation der ganz herrschenden Meinung (unüberschaubare Haftungsausweitung) erscheint dies indes bei der gegenständlich begrenzten Grundsuld nicht ohne weiteres zwingend. Der gleichen Ansicht scheinen auch Rauch/Zimmermann (Rdn. 146) zu sein. Der BGH hingegen hat in BGHZ 101, 29, 34 angedeutet, dass eine Haftung für Forderungen aus jedem Rechtsgrund bei Grundsuldzweckerklärungen überraschend im Sinne des § 3 AGBG sein könnten, hatte dies aber nicht abschließend zu entscheiden, da er die Haftung durch Auslegung der Sicherungsabrede auf Forderungen aus der Geschäftsverbindung beschränkte.

derungen durch eine Bürgschaft nicht zulässig sei³⁶. Dies laufe dem Bestimmtheitsgrundsatz zuwider, da zumindest das künftige Rechtsverhältnis der allgemeinen Art nach im voraus bestimmt sein müsste. Ausreichend, aber auch erforderlich wäre allenfalls, wenn die zu sichernde Forderung aus einem begrenzten Kreis von Rechtsbeziehungen entstehen könnte. Ansonsten sei die Bürgschaft zu unbestimmt und damit unwirksam³⁷. Die Richter schließen damit nahtlos an die Rechtsprechung des Reichsgerichts an³⁸.

Der BGH stützt seine Auffassung zum einen auf den Wortlaut des § 765 BGB, welcher von *e i n e r* Forderung spricht und somit nicht eine unbestimmbare Zahl von Verbindlichkeiten umfassen könne³⁹. Der Bürge müsse sich in einem bestimmten Rahmen Vorstellungen von der in Betracht kommenden Hauptschuld machen.

Hier knüpft unmittelbar das nächste Argument der Richter an, nämlich der Schutz des Bürgen. Ohne Begrenzung der Haftung auf Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung würde dem Bürgen eine unübersehbare und uferlose Haftung drohen⁴⁰. Der Bürgenschutz, den das Gesetz in einer Reihe von Normen vorsehe, dürfe nicht an dieser Stelle wieder zunichte gemacht werden. An einer solchen weiten Haftung habe der Bürgschaftsnehmer kein rechtlich anzuerkennendes Interesse. Im folgenden hat der BGH diese Linie in seiner Rechtsprechung gefestigt⁴¹. Folgende stereotyp anmutende Formulierung findet sich seitdem in den entsprechenden Passagen:

³⁶ BGHZ 25, 318, 319.

³⁷ Wolfsteiner geht hingegen in Staudinger, vor §§ 1191 ff., Rdn. 29 von einer Unwirksamkeit gem. § 9 AGBG aus.

³⁸ RGZ 97, 162.

³⁹ BGHZ 25, 318, 320.

⁴⁰ BGHZ 25, 318, 321.

⁴¹ BGH, NJW 1965, 965, 966.; BGH, WM 1980, 770, 771; BGH, WM 1985, 155, 156; BGH, WM 1986, 95, 97; BGH, WM 1990, 969, 970; BGH, WM 1992, 391, 392; ebenso auch OLG Düsseldorf, WM 1984, 83. In BGHZ 130, 19, 21 hat der BGH jedoch formuliert: "Wird zum Beispiel die Bürgschaft 'für alle nur irgendwie denkbaren Verbindlichkeiten des Hauptschuldners ohne sachliche Begrenzung' übernommen, so ist klar, welche Hauptschulden darunter fallen – nämlich alle. Den Gefahren einer solchen 'Globalbürgschaft' muss in anderer Weise als über das Bestimmtheitserfordernis Rechnung getragen werden." Ob der BGH damit seine frühere Rechtsprechung in Frage stellt, wird in dieser Entscheidung

„Die Übernahme einer Bürgschaft für alle denkbaren künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners ohne sachliche Beschränkung würde das Risiko zum Nachteil des Bürgen zu weit ausdehnen und zugleich die Warnfunktion des § 766 BGB, der zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages eine schriftliche Bürgschaftserklärung verlangt, aushöhlen. Der Schuldgrund ist bestimmt, wenn das künftige Rechtsgeschäft der allgemeinen Art nach im voraus bestimmt ist. Das ist der Fall, wenn auf Forderungen verwiesen wird, die aus einem festgelegten Kreis von Rechtsbeziehungen entstehen können.“

Diese Rechtsprechung hat in der Literatur weitestgehend Zustimmung gefunden⁴². Der Bürgenschutz erfordere eine sachliche Begrenzung des Haftungsrisikos. Wird der Kreis der zu sichernden Forderungen zu weit ausgedehnt, so ist daher die Bürgschaft mangels Überschaubarkeit des übernommenen Risikos zu unbestimmt. Eine Bürgschaft für alle nur irgendwie denkbaren zukünftigen Forderungen ohne jede sachliche Begrenzung ist demzufolge nach ganz herrschender Meinung nicht möglich. Aus diesem Grunde enthalten die heute üblichen Sicherungszweckerklärungen die Begrenzung der Bürgschaft auf Verbindlichkeiten aus der „bankmäßigen Geschäftsverbindung“. Diese Formulierung wird von der Rechtsprechung für ausreichend erachtet⁴³.

II. Grundsätzliches Erfordernis eines Höchstbetrages

allerdings nicht deutlich, da die Streitgegenständliche Bürgschaft die bislang geforderte Begrenzung enthielt.

⁴² Pfeiffer, LM § 765 BGB Nr. 99-101; Brandner in Ulmer/ Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11, Rdn. 260; Reinicke/Tiedtke, 1985, 485, 486; dies., JZ 1986, 426, 428; dies., DB 1995, 2301, 2302 f.; Bydlinski, WM 1992, 1301, 1305; Rehbein in Festschrift für Heinsius, 658, 662f.; Reich/Schmitz, NJW 1995, 2533; Derleder, NJW 1986, 97, 99f.; WuB I F 1a.- 10.90 Rimmelpacher; Horn in Staudinger, § 765 Rdn. 13 ff.; ders., Festschrift für Merz, S. 217, 219; ders., ZIP 1997, 525, 528; Tiedtke, ZIP 1994, 1237, 1238; Thelen DB 1991, 741 ff.; a.A. Weber, JuS 1997, 501, 503, Larenz/Canaris, § 60 II 2; Berninghaus, BB 1986, 206, 209.

⁴³ BGH, WM 1979, 1276, 1277; BGH, WM 1979, 884, 885 m.w.N.; BGH, WM 1981, 5, 6 m.w.N.

Heftig umstritten ist die Frage, ob bei Bürgschaften für zukünftige Forderungen zudem eine Begrenzung durch einen Höchstbetrag hinzutreten muss, um das Bürgenrisiko sachgerecht einzugrenzen.

1. Die Stimmen in der Literatur

Einer Reihe namhafter Literaten geht die von der Rechtsprechung vorgenommene Beschränkung der Sicherungsabrede nicht weit genug. Sie fordern zudem eine grundsätzliche Begrenzung durch einen Höchstbetrag, um dem Bestimmtheitsgrundsatz gerecht zu werden⁴⁴. Sog. Globalbürgschaften wären danach nicht zulässig.

Diese weitere Einschränkung sei zum Schutz des Bürgen unerlässlich, welcher ebenfalls Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes sei. Nur bei einer solchen Begrenzung sei der Bürge vor einer unüberschaubaren Haftung sicher. Im Bürgschaftsrecht sei Bestimmtheit nicht nur ein allgemeingültiges schuldrechtliches Prinzip, sondern auch spezieller Ausdruck des gesetzlich geforderten Bürgenschutzes. Bestimmtheit bedeute demnach auch Überschaubarkeit des übernommenen Risikos durch eindeutig erkennbare Umschreibung der zu sichernden Forderungen⁴⁵.

2. Die Rechtsprechung des BGH

Der BGH lehnt es ab, Bürgschaften für zukünftige Forderungen als zu unbestimmt anzusehen, wenn ein konkreter Höchstbetrag fehlt⁴⁶. Nach Auffassung der Richter handelt es sich nicht um ein Problem der Bestimmtheit. Vielmehr sei eine solche weite Klausel bestimmt genug. Es sei eindeutig, welche Forderungen gesi-

⁴⁴ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11 Rdn. 260; Horn in Festschrift für Merz, S. 217, 219 ff.; ders. in Staudinger, § 765 Rdn. 13; Reinicke/Tiedtke, JZ 1985, 485, 486; dies. JZ 1986, 426, 427 f.; Tiedtke, ZIP 1994, 1237, 1238; Thelen DB 1991, 741 ff.; Reich/Schmitz, NJW 1995, 2533.

⁴⁵ So vor allem Horn in Staudinger, § 765 Rdn. 16; ders., ZIP 1997, 525, 528; Reinicke/Tiedtke, DB 1995, 2301, 2302.

⁴⁶ BGHZ 130, 19, 22; vgl. aber OLG Stuttgart, EWiR § 766 BGB 1/85, 155 (mit zustimmender Anmerkung Gottwald), das zumindest den Zusatz „in unbegrenzter Höhe“ fordert, sofern der Bürge ein Nichtkaufmann ist. Anderenfalls werde der Warnfunktion des § 766 BGB nicht genüge getan.

chert seien – nämlich alle. Den Gefahren einer Globalbürgschaft mit ihrer unüberschaubaren Haftung müsse auf anderen Wegen begegnet werden⁴⁷.

3. Stellungnahme

Maßgebend für die Frage, inwieweit der Bestimmtheitsgrundsatz die weite Zweckerklärung einzuengen vermag, müssen dessen rechtstheoretische Begründung sowie seine dogmatischen Grenzen unter Berücksichtigung des Zweckes sein.

- a) Die gesetzssystematische Herleitung des Bestimmtheitsgrundsatzes

Der Bestimmtheitsgrundsatz lässt sich nicht auf den ersten Blick dem Gesetz entnehmen.

In seiner grundlegenden Entscheidung vom 10. Oktober 1957 hat der BGH auf § 765 BGB abgestellt und den dortigen Wortlaut sowie den Schutzcharakter des § 765 Abs. 2 BGB herangezogen (s.o.)⁴⁸. Später dann hat der BGH seine Auffassung auf § 766 BGB gestützt. Die Bestimmtheit der Hauptforderung sei erforderlich, um den gesetzlich verbürgten Schutz, welchen eben auch § 766 BGB gewährleiste, nicht leer laufen zu lassen. Dieser Vorschrift wohne eine Warnfunktion inne, die nur dann ihren Zweck erfüllen könne, wenn für den Bürgen der Umfang seiner Haftung bestimmbar ist⁴⁹. Im weiteren hat der BGH dann beide Vorschriften gleichermaßen bemüht⁵⁰.

Ebenso wie die Rechtsprechung des BGH ist sich die Literatur uneins. Auch hier werden häufig § 765 BGB⁵¹ oder § 766⁵² BGB zur Begründung herangezogen.

⁴⁷ Wie noch zu sehen sein wird, sucht der BGH eine Lösung über §§ 3, 9 AGBG.

⁴⁸ BGHZ 25, 318, 320 f.

⁴⁹ BGH, WM 1986, 95, 96.

⁵⁰ BGH, WM 1990, 969, 970, wohingegen die Richter in BGHZ 130, 19, 22 wieder nur auf § 765 BGB abheben.

⁵¹ Reinicke/Tiedtke, JZ 1986, 426, 428 (beachte jedoch deren neuere Begründung in DB 1995, 2301, 2302 f.); Derleder, NJW 1986, 97, 99.

Einige Vertreter in der Literatur verlassen jedoch bekannte Pfade. Sie vertreten die Ansicht, dass sich der Bestimmtheitsgrundsatz nicht an einzelnen Vorschriften festmachen lasse. Vielmehr sei das gesamte Bürgschaftsrecht von diesem Grundsatz geprägt, welcher nicht konkret normiert, sondern systemimmanent sei⁵³. Er werde nicht in den §§ 765 ff. BGB aufgestellt, sondern gerade von diesen vorausgesetzt.

Nur diese letztgenannte Auffassung trägt der Gesetzessystematik ausreichend Rechnung. Der Grundsatz, dass jede Forderung hinreichend bestimmt sein muss, ist keine bürgschaftsrechtliche Besonderheit⁵⁴, sondern Ausdruck eines allgemeinen Prinzips im Rechtsleben⁵⁵. Er beansprucht auch in anderen schuldrechtlichen Beziehungen Geltung⁵⁶. Seine Verankerung in den §§ 765 ff. BGB zu suchen, muss aufgrund der Allgemeingültigkeit des Bestimmtheitserfordernisses fehlschlagen. Vielmehr setzen diese Vorschriften die Existenz eines solchen Grundsatzes tatsächlich voraus⁵⁷. Ohne ihn wäre das in den §§ 765, 767 BGB zum Ausdruck kommende Akzessorietätsprinzip nicht denkbar⁵⁸. Ist die Hauptforderung nicht hinreichend bestimmt, so kann die Bürgschaft nicht wirksam sein, da die Abhängigkeit von einer *bestimmten* Forderung nicht gegeben ist. Der „jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit“ im Sinne des § 767 Abs. 1 BGB lässt sich

⁵² Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11, Rdn. 260; WuB I F 1a. – 10.90 Rimmelspacher.

⁵³ Bydlinski, WM 1992, 1301, 1305; Horn in Staudinger, § 765 Rdn. 13; ders., ZIP 1997, 525, 528; Reinicke/Tiedtke, DB 1995, 2301, 2302, 2303, wobei jedoch die Begründungen im Detail voneinander abweichen.

⁵⁴ So aber wohl betreffend die Frage der Bestimmtheit im Sinne einer Überschaubarkeit Reinicke/Tiedtke, DB 1995, 2301, 2302, 2303 sowie Bydlinski, WM 1992, 1301, 1305. Diese Literaten stellen zwar nicht auf einzelne Normen, jedoch aber auf die Systematik der §§ 765 ff. BGB und bürgschaftsrechtliche Besonderheiten ab. Hieraus ergebe sich das Bedürfnis eine Überschaubarkeit, welche diese Literaten – und nicht nur sie – mit dem Bestimmtheitserfordernis gleichsetzen.

⁵⁵ Horn in Staudinger, § 765 Rdn. 16; ders., ZIP 1997, 525, 528, jeweils mit weiteren Nachweisen, sowie Lambsdorff/Skora, Rdn. 123; Weber, JuS 1997, 501, 503.

⁵⁶ Beispiele mit Rechtsprechungsnachweisen bei Lambsdorff/Skora, Rdn. 123, dort Fußnote 55.

⁵⁷ Bülow (Rdn. 737) hingegen geht umgekehrt davon aus, dass der Bestimmtheitsgrundsatz aus der Akzessorietät folge. Diese Auffassung wird aber nicht der Allgemeingültigkeit des Bestimmtheitsgrundsatzes gerecht.

⁵⁸ Horn in Staudinger, § 765 Rdn. 13; ders., ZIP 1997, 525, 528.

in einem solchen Fall nicht ermitteln, da die Hauptverbindlichkeit selbst unklar ist.

Hieraus ergibt sich auch nunmehr zwangsläufig, dass es genau genommen um die Frage der Bestimmtheit der Hauptforderung, nicht um diejenige der Bürgschaftsschuld selbst geht⁵⁹. Denn ist die Hauptschuld hinreichend bestimmt oder bestimmbar, so ist es die Bürgschaftsschuld aufgrund der Akzessorietät ebenfalls.

Die §§ 765 Abs. 2, 766 BGB können noch aus weiteren Gründen nicht herangezogen werden. Das Wortlautargument des BGH betreffend § 765 BGB (s.o. A I) ist nicht überzeugend. Es handelt sich bei dem Wörtchen "eine" nicht um das Zahlwort, sondern um den unbestimmten Artikel, wie er in einer Vielzahl von gesetzlichen Vorschriften verwendet wird⁶⁰. Er lässt durchaus die Sicherung aller Forderungen zu. Hieraus Rückschlüsse auf eine vom Gesetz gewollte sachliche Beschränkung zu ziehen, geht fehl. Ebenso kann § 766 BGB mit seiner Warnfunktion nicht fruchtbar gemacht werden. Denn in denjenigen Fällen, in welchen eine Schriftform de lege nicht vorgesehen ist (§ 350 HGB), versagt dieses Argument. Richtigerweise müssten die Vertreter dieser Ansicht in solchen Fällen jedenfalls vom Bedürfnis eines Höchstbetrages absehen⁶¹.

Es bleibt daher festzuhalten, dass der Bestimmtheitsgrundsatz nicht in den §§ 765 ff. BGB gesetzlich geregelt ist, sondern von diesen Vorschriften als allgemeiner Grundsatz des Schuldrechts vorausgesetzt wird. Ohne ihn wäre das Akzessorietätsprinzip nicht möglich.

⁵⁹ Lambsdorff/Skora, Rdn. 124; a.A. wohl Horn in Staudinger, § 765 Rdn. 10, 12 sowie Pecher im Münchener Kommentar, § 765 Rdn. 12.

⁶⁰ Rehbein in Festschrift für Heinsius, S. 659, 662.

⁶¹ Soweit ersichtlich, bleibt aber nur Rimmelpacher (WuB I F 1a. -10.90) insoweit konsequent.

b) Zweck und Funktion des Bestimmtheitsgrundsatzes

Nachdem nun die dogmatischen Grundlagen geklärt sind, ist es erforderlich, sich des Zwecks des Bestimmtheitsgrundsatzes klar zu werden. Dieser begrenzt seine Reichweite.

In der Literatur findet sich vielfach die Formulierung, der Bestimmtheitsgrundsatz sei ein im ganzen Schuldrecht gültiges Prinzip⁶². Dies trifft zwar zu, umschreibt aber nicht dessen Funktion.

Des weiteren wird auf den Bürgenschutz abgestellt. Hierzu sei der Bestimmtheitsgrundsatz berufen⁶³. Überwiegend wird dabei die Unübersehbarkeit der Unbestimmtheit gleichgesetzt⁶⁴. Bestimmtheit im Bürgschaftsrecht meine auch Überschaubarkeit. Würde man auf einen Höchstbetrag verzichten, so käme es zu einer uferlosen und unübersehbaren Haftung des Bürgen. Um dem entgegenzuwirken, sei das Erfordernis eines Höchstbetrages bei Bürgschaften für zukünftige Forderungen unverzichtbar. Erst dann sei das Haftungsrisiko für den Bürgen berechenbar. Alleine in dieser Form sei eine solche Bürgschaft interessengerecht.

Die Literatur überstrapaziert dabei jedoch den Bestimmtheitsgrundsatz, obwohl ihr Ansatz durchaus zutreffend ist.

aa) Der Bestimmtheitsgrundsatz zum Schutz des Bürgen

Der Grundsatz, dass jede Forderung bestimmt oder zumindest bestimmbar bezeichnet werden muss, ist kein Spezifikum des Bürgschaftsrechts, sondern gilt im gesamten Bürgerlichen Recht⁶⁵. Er wurzelt in den Grundsätzen der Rechtsklarheit,

⁶² Horn in Staudinger, § 765 Rdn. 16; ders., ZIP 1997, 525, 528, jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁶³ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11 Rdn. 260; Horn in Festschrift für Merz, S. 217, 219 ff.; ders. in Staudinger, § 765 Rdn. 13; Reinicke/Tiedtke, JZ 1985, 485, 486; dies. JZ 1986, 426, 427 f.; Tiedtke, ZIP 1994, 1237, 1238; Thelen DB 1991, 741 ff.

⁶⁴ Reinicke/Tiedtke, DB 1995, 2301, 2302; Horn in Staudinger, § 765 Rdn. 16; ders., ZIP 1997, 525, 528; Bydlinski, WM 1992, 1301, 1305.

⁶⁵ Für die Annahme eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals im Rahmen des § 765 BGB Berninghaus, BB 1986, 206, 208.

Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes. Nur wenn er gewahrt ist, ist den Parteien klar, wie weit ihre Verpflichtung reicht. In gewissem Sinne wohnt ihm somit tatsächlich eine Schutzfunktion inne. Eine Forderung, die Gegenstand eines Rechtsgeschäftes ist, muss derartig bestimmt sein, dass im Zeitpunkt ihrer Zuordnung feststellbar ist, ob sie vom Rechtsgeschäft umfasst ist oder nicht⁶⁶.

Der Umfang des gewährleisteten Schutzes richtet sich jedoch nach dem Zweck des Bestimmtheitserfordernisses und wird durch seine Allgemeingültigkeit begrenzt. Allein die Tatsache, dass der Bestimmtheitsgrundsatz die Vertragspartner vor bestimmten Risiken zu schützen beabsichtigt, rechtfertigt nicht die Annahme, jedes Risiko könne hierüber minimiert werden. Aufgrund der weitreichenden Bedeutung dieses Prinzips im gesamten Rechtsleben kann es nicht den Schutz vor speziellen Gefahren einzelner gesetzlich umschriebener Rechtsinstitute beinhalten. Vielmehr ist Schutz lediglich vor solche Risiken geboten, die bei jeder vertraglichen Beziehung drohen, wenn die Rechte und Pflichten der Parteien nicht klar genug gekennzeichnet sind. Dies resultiert schon aus seiner Herleitung. Vor konkreten Gefahren des einzelnen Schuldverhältnisses hingegen schützen lediglich die speziellen Vorschriften. Forderungen müssen daher zumindest bestimmbar beschrieben werden, um eine gewisse Rechtssicherheit zu erlangen. Der Schuldner soll wissen, woran er ist. Im Bereich des Bürgschaftsrechts und speziell bei der Sicherungsabrede bedeutet dies, dass der Bürge den Umfang seiner Haftung muss erkennen können. Insoweit ist daher der Literatur zuzustimmen.

bb) Verstoß der Globalbürgschaft gegen den Bestimmtheitsgrundsatz

Die weite Globalbürgschaftserklärung verletzt aber diesen Grundsatz nicht. Der Bürge weiß, für welche Forderungen des Gläubigers er haften muss – nämlich für alle. Bestimmbarer geht es kaum⁶⁷. Im Zeitpunkt der Inanspruchnahme lässt sich der Umfang der Haftung einwandfrei bestimmen.

⁶⁶ Bülow, Rdn. 1187.

⁶⁷ BGHZ 130, 19, 22.

Nun vertreten nicht wenige Literaten die Auffassung, die weite Sicherungsabrede ohne Begrenzung der Bürgschaft auf einen Höchstbetrag führe zu einem nicht mehr übersehbaren Risiko. Bestimmtheit und Überschaubarkeit seien aber nur verschiedene Begriffe desselben Prinzips⁶⁸, so dass der Bestimmtheitsgrundsatz tangiert sei.

Aber nur weil diese Forderungen in ihrer Gesamtheit nicht überschaubar sind, sind sie noch nicht unbestimmt. Für die Bestimmbarkeit genügt es, wenn die zu sichernde Forderung im Zeitpunkt ihrer Entstehung identifiziert werden kann⁶⁹. Bei der weiten Sicherungsabrede ist das der Fall.

Die Unterschiede zwischen Bestimmtheit und Überschaubarkeit zeigt auch ein einleuchtendes Beispiel. Übernimmt ein Bürge die Haftung für einen einzigen, unlimitierten Kontokorrentkredit und bezieht sich diese auch auf die Zukunft, so kann jederzeit einwandfrei die Hauptforderung nach Grund und Höhe bestimmt werden. Niemand würde die Hauptschuld als zu unbestimmt bezeichnen wollen. Trotzdem ist die Haftung des Bürgen nicht überschaubar. Bestimmtheit (oder Bestimmbarkeit) der Hauptforderung und Überschaubarkeit des Risikos sind demzufolge nicht identisch und auch nicht in Teilbereichen deckungsgleich. Sie beschreiben vielmehr zwei selbständige Problemkreise. Den Gefahren, die aus einer uferlosen Erweiterung und der bürgschaftstypischen umfassenden persönlichen Haftung resultieren können, muss ggfs. auf anderem Wege, z. B. den §§ 3, 9 AGBG, begegnet werden⁷⁰. Mit dem Bestimmtheitsgrundsatz hat dies nichts zu tun. Wie oben dargelegt, verfolgt dieser nicht den Zweck, vor speziellen, dem jeweiligen Vertragstypus eigenen Gefahren zu schützen. Hier werden zwei verschieden Dinge ver-

⁶⁸ Reinicke/Tiedtke, DB 1995, 2301, 2302; Horn in Staudinger, § 765 Rdn. 16; ders., ZIP 1997, 525, 528; Bydlinski, WM 1992, 1301, 1305.

⁶⁹ Bülow, Rdn. 745.

⁷⁰ BGHZ 130, 19, 22 mit zustimmender Anmerkung Pfeiffer, LM § 765 BGB Nr. 99 - 101; ders., DZWir 1998, 154, 155; Bydlinski, WM 1992, 1301, 1304; Larenz/Canaris, § 60 II 2; Lambsdorff/Skora, Rdn. 126; Rehbein, Festschrift für Heinsius, S. 659, 662 f.; Rimmelspacher, WuB I F 1a. - 9.90.

mennt, um den Bürgen um jeden Preis vor allzu großem Risiko zu bewahren.

Diesem Lösungsweg allerdings wird vorgeworfen, er könne bei Individualbürgschaften nicht beschränkt werden und gehe daher nicht weit genug. Der BGH und erhebliche Teile der Literatur glauben, in § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB ein Verbot der Fremddisposition als gesetzliches Leitbild erkennen zu können und nehmen insoweit einen Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG an. Dieser kommt naturgemäß nur bei Formularbürgschaften in Betracht. *Horn* vertritt dabei zwar inhaltlich vollumfänglich die Linie des BGH, hält das postulierte Verbot der Fremddisposition jedoch für eine besondere Ausprägung des Bestimmtheitsgrundsatzes⁷¹. Hiermit lässt er auch individualvertragliche Bürgschaftserklärungen mit weiter Sicherungsabrede scheitern.

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden, da der Bestimmtheitsgrundsatz als ein das gesamte Schuldrecht beherrschende Prinzip nicht eine derartig detaillierte Einzelregelung für ein dort normiertes Rechtsinstitut beinhaltet. Abgesehen davon, dass Individualbürgschaften in der Praxis der Kreditinstitute so gut wie gar nicht vorkommen und es sich bei diesen somit um absolute Sonderfälle handelt, ist bei Individualverträgen ein so weitgehender Schutz auch gar nicht erforderlich. In diesen Fällen hat der Bürge regelmäßig eine dem Kreditgeber vergleichbar starke Verhandlungsposition, da ihm vorformulierte Vertragsbedingungen nicht aufgezwungen werden. Wer in der Lage ist, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Bank abzulehnen und ausgehandelte Verträge abzuschließen, ist wesentlich weniger schutzbedürftig. Das hohe Risiko ist in diesem Fall die freie Entscheidung des Bürgen. Wenn er bereit ist, in Ausübung der ihm zustehenden Privatautonomie eine solche, nicht überschaubare Haftung zu begründen, so gibt es keinen Grund, ihm dies zu verwehren. Allenfalls §§ 134, 138, 242 BGB setzen dort Grenzen. Diese sind jedoch ohne Hinzutreten weitere Umstände nicht überschritten.

⁷¹ Horn in Staudinger, § 765 Rdn. 15; ders., ZIP 1997, 525, 528.

Noch andere rechtssystematische Gründe sprechen gegen den Ansatz, im Bestimmtheitsgrundsatz ein Gebot der Überschaubarkeit zu erblicken. Forderungen müssen bestimmt sein, um dem Rechtsverkehr, vor allem den Vertragsparteien, den Umfang und die Grenzen der schuldrechtlichen Verpflichtungen deutlich vor Augen zu führen. Es geht daher in erster Linie um objektive Kriterien zur Förderung der Rechtssicherheit und -klarheit. Zur Unterstützung obiger Ansicht werden aber vor allem subjektive Elemente wie insbesondere die Interessenlage der Parteien und die Angemessenheit der Regelung ins Feld geführt⁷². Diese Aspekte spielen aber regelmäßig bei §§ 3, 9 AGBG eine Rolle, nicht bei der Frage, ob eine Forderung objektiv hinreichend bestimmt ist. Dies ist von subjektiven Vorstellungen und Erwartungen frei. Entweder lässt sich die Forderung anhand objektiver Kriterien bestimmen oder nicht. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass in erster Linie Rechtssicherheit und -klarheit geschaffen werden soll, wozu eine subjektive Betrachtungsweise nicht geeignet ist.

Zuletzt spricht auch noch der Wortlaut des § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen das grundsätzliche Erfordernis eines Höchstbetrages. Die Bürgschaft ist vom *jeweiligen* Bestand der Hauptverbindlichkeit abhängig und kann auch für zukünftige Forderungen übernommen werden⁷³. Dies stellt den gesetzlichen Regelfall dar. Einen Höchstbetrag fordert das Gesetz gerade nicht. Aufgrund des eindeutigen Wortlautes ist ihm eine solche Einschränkung nicht zu entnehmen.

Die Annahme, der Bestimmtheitsgrundsatz beinhalte auch ein Gebot der Überschaubarkeit der Hauptforderung, ist demzufolge verfehlt. Einen Überschaubarkeitsgrundsatz gibt es im Bürgschaftsrecht nicht⁷⁴. Unter Außerachtlassung seines Zweckes, nämlich Rechtssicherheit und -klarheit zu gewähren, verselbständigt sich das Gebot der Bestimmtheit und entfernt sich immer

⁷² Reinicke/Tiedtke, JZ 1986, 426, 428; BGHZ 25, 315, 318; BGH, WM 1990, 969, 970.

⁷³ BGH, WM 1986, 95, 96.

⁷⁴ Bülow, Rdn. 746, der aber in § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB einen Grundsatz der Kalkulierbarkeit erblickt.

mehr von seinen Wurzeln. Es artet als „Gebot der Überschaubarkeit“ zu einem zusätzlichen Wirksamkeitskriterium aus, welches im BGB keine Rechtfertigung findet.

Demzufolge ist es abzulehnen, wenn gefordert wird, aufgrund des Bestimmtheitsgrundsatzes sei eine betragsmäßige Begrenzung einer Bürgschaft für zukünftige Forderungen erforderlich.

- c) Beschränkung auf „Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung“

Nach dem oben Gesagten kann nicht einmal davon ausgegangen werden, dass der Bestimmtheitsgrundsatz eine Beschränkung auf Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung fordert⁷⁵. Auch dies soll allein der Überschaubarkeit des Bürgenrisikos dienen und hat mit der Frage der Bestimmtheit nichts zu tun. Die geläufige Einschränkung macht die Hauptschuld nicht bestimmbarer. Im Gegenteil häufen sich nun die Fragen, welche Forderungen denn noch unter den Begriff der „bankmäßigen Geschäftsverbindung“ fallen, wohingegen ohne diese Einschränkung eindeutig jede Forderung von der Sicherungsabrede umfasst wäre. Selbst wenn man Bestimmbarkeit und Überschaubarkeit gleichsetzen würde, so ist die vorgenommene Einschränkung nicht geeignet, das Risiko des Bürgen sachgerecht einzugrenzen, da auch dann noch die zu sichernden Forderungen nicht im Ansatz überschaubarer sind. Allenfalls die maximale Höhe der Inanspruchnahme lässt sich nun im voraus festlegen.

Die Beschränkung auf Forderungen aus der Geschäftsverbindung kann daher weder mit dem Bestimmtheitsgrundsatz begründet werden noch vermag sie das Risiko des Bürgen sachgerecht einzugrenzen. Auf sie kann daher verzichtet werden.

Die gleiche Auffassung vertritt auch wohl der BGH in seinem Urteil vom 10. Mai 1995, in welchem er eine Bürgschaft „für alle

⁷⁵ Damit ist allerdings noch nichts darüber gesagt, ob eine solch fehlende Beschränkung nicht dazu führen könnte, dass dieser weite Haftungsumfang überraschend im Sinne des § 3 AGBG oder unangemessen nach § 9 AGBG ist.

nur irgendwie denkbaren Verbindlichkeiten des Hauptschuldners ohne sachliche Begrenzung“ für bestimmt genug erachtet, da klar sei, dass eben *alle* Forderungen gesichert sein sollen⁷⁶. Obwohl der BGH im Satz zuvor nur das Erfordernis eines Höchstbetrages anspricht, ist dennoch wohl von einer Abkehr der alten Rechtsprechung auszugehen⁷⁷. Gerade die in dieser Entscheidung – vom BGH bewusst (?) - verwendete Formulierung hatten die Richter in ihrem Grundsatzurteil vom 10. Oktober 1957 kritisiert und durch eben die Beschränkung auf Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung zu korrigieren versucht⁷⁸. Das Misslingen dieses Versuches hat der BGH nun erkannt⁷⁹ und bringt die schutzwürdigen Interessen des Bürgen über §§ 3, 9 AGBG zur Geltung. Dem ist beizupflichten.

III. Rechtsfolge

Nach hier vertretener Ansicht ist demnach eine Begrenzung auf Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung nicht erforderlich. Nach Auffassung des Verfassers ist auch ein entsprechender Wandel in der Rechtsprechung des BGH erkennbar. Da aber dieser nicht eindeutig ist und unter Umständen eine Einzelfallentscheidung darstellen kann, muss sich dennoch mit der Frage auseinandergesetzt werden, welche Rechtsfolge an das Fehlen dieser bislang geforderten sachlichen Beschränkung der Bürgschaftserklärung zu knüpfen ist, zumal die Kreditinstitute in ihren Sicherungszweckerklärungen den Begriff der Geschäftsverbindung verwenden. Da dies auch bei Zweckabreden zu den übrigen Sicherungsrechten gilt, können die folgenden Ausführungen wieder allgemeiner gehalten werden. Auf die besonderen Probleme des Bürgschaftsrechts wird der Verfasser dabei an der entsprechenden Stelle eingehen. Die größte Zahl der Rechtsprechungsnachweise und Literaturfundstellen kommt jedoch auch insoweit aus dem Bereich der Bürgschaft.

⁷⁶ BGHZ 130, 19, 21 f.

⁷⁷ Die Frage, ob eine Begrenzung auf Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung notwendig sei, hatte der BGH gar nicht zu entscheiden, da insoweit die Formularbürgschaft den Anforderungen der bisherigen Rechtsprechung entsprach.

⁷⁸ So auch noch BGH, WM 1990, 969, 970.

⁷⁹ So auch Weber, JuS 1997, 501, 504.

1. Ermittlung durch Auslegung

In ständiger Rechtsprechung⁸⁰ hat der BGH Zweckerklärungen, die eine Einschränkung der oben beschriebenen Art nicht ausdrücklich beinhalteten, nicht für unwirksam erklärt. Vielmehr ergebe sich diese Beschränkung in solchen Fällen durch Auslegung der Sicherungsabrede.

2. Auslegung und Schriftform

Im Gegensatz zur Zweckerklärung bei den meisten Sicherungsrechten muss die Bürgschaftserklärung wegen der weitreichenden Folgen in schriftlicher Form erfolgen (§ 766 Satz 1, 126 Abs. 1 BGB). Fraglich ist dann aber, inwieweit eine Abänderung der schriftlichen Erklärung durch Auslegung zulässig ist.

Der BGH hat seiner Rechtsprechung stets gefordert, dass aus der Urkunde der Verbürgungswille, die Personen des Gläubigers und des Schuldners sowie die Hauptschuld in bestimmbarer Art und Weise hervorgehen müssen⁸¹. Allerdings ist es nicht erforderlich, dass sich sämtliche Angaben zweifelsfrei aus der Urkunde ergeben. Vielmehr ist zunächst durch Auslegung zu klären, was von den Parteien gewollt war. Danach ist zu fragen, ob dieser Parteiwille in der schriftlichen Erklärung ausreichend Niederschlag gefunden hat, soweit das Schriftformerfordernis reicht⁸².

Vorliegend ist nach diesen Grundsätzen die vorgenommene Auslegung zulässig. Vernünftigerweise möchte ein Bürge nur für solche Verbindlichkeiten eintreten, die sich aus der Geschäftsverbindung ergebe und nicht etwa für deliktische Ansprüche, z.B. weil der Hauptschuldner fahrlässig Eigentum der Bank beschädigt hat. Eine so weit gehende Haftung würde der Intention des Bürgen, dem Hauptschuldner lediglich Kredit Spielraum zu verschaffen, offensichtlich nicht gerecht. Das Kreditinstitut muss dies erkennen, so dass von den Parteien tatsächlich nur eine Ab-

⁸⁰ Nachweise bei BGHZ 101, 29, 34 sowie bei BGH, WM 1981, 162.

⁸¹ Aus der neueren Rechtsprechung BGH, NJW 1995, 959; BGH, NJW 1995, 1886.

⁸² BGH, NJW 1995, 43; BGH, NJW 1995, 1886.

sicherung von Forderungen aus der Geschäftsverbindung gewollt war.

Unabhängig davon, ob dieser Parteiwille in der Sicherungsabrede hinreichend Anklang gefunden hat, ist die Bürgschaft nicht mangels erforderlicher Form nichtig.

Die Schriftform dient allein dem Schutz des Bürgen⁸³. Daher ist nur seine Erklärung formbedürftig, nicht auch die des Bürgschaftsnehmers. Soweit daher für den Bürgen vorteilhafte Vereinbarungen getroffen werden, haben diese nicht zwingend schriftlich zu erfolgen⁸⁴. Die vom BGH in die Zweckerklärung hineininterpretierte Beschränkung ist aber für den Bürgen von Vorteil, so dass sie gar nicht schriftlich zu erfolgen hat⁸⁵. Das Schriftformerfordernis steht daher dieser Auslegung nicht entgegen.

Somit ist auch bei Zugrundelegung der bislang geltenden Rechtsprechung des BGH zur Bestimmbarkeit von Bürgschaftszweckerklärungen eine ausdrückliche Begrenzung auf Forderungen aus der Geschäftsverbindung nicht geboten. Sie lässt sich regelmäßig durch Auslegung erreichen.

B. Begriff der Geschäftsverbindung

Da sämtliche neueren Sicherungsabreden – auch im Bereich anderer Sicherungsmittel – eine Beschränkung auf Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung vorsehen, gilt es nun zu klären, welche Verbindlichkeiten im einzelnen hiervon abgedeckt sind, soweit nicht ohnehin eine ausdrückliche Aufzählung erfolgt.

I. Die Geschäftsverbindung

⁸³ OLG Köln, ZIP 1990, 446, 447 mit zahlreichen Nachweisen.

⁸⁴ BGH, ZIP 1994, 697, 698; Tiedtke, ZIP 1994, 1237, 1238; ders., ZIP 1995, 521, 525; Pape, NJW 1996, 887, 888; Bülow, Rdn. 772.

⁸⁵ OLG Köln, ZIP 1990, 446, 450 mit zahlreichen Nachweisen.

Es fragt sich nun, in welchem Sinne der Begriff der Geschäftsverbindung, wie er sich in der weiten Zweckerklärung findet, zu verstehen ist.

1. Die Geschäftsverbindung im HGB

Der Gesetzgeber selbst verwendet in den §§ 89b, 355 und 362 HGB den Begriff der Geschäftsverbindung. Hierunter wird allgemein eine auf Dauer angelegte Beziehung zweier Rechtssubjekte auf rechtsgeschäftlicher Grundlage angenommen⁸⁶. Inwieweit diese Definition jedoch in der Lage ist, Zweifelsfragen zu klären, wird sich im Laufe der weiteren Darstellung zeigen. Maßgeblich ist in jedem Einzelfall, ob sich bei fehlender ausdrücklicher Regelung ein dahingehender Wille der Vertragsparteien feststellen lässt, die entsprechende Forderung auch unter die Sicherheit stellen zu wollen⁸⁷. Dabei kann es durchaus einen Unterschied machen, ob der Sicherungsgeber zugleich der persönliche Schuldner ist oder nicht.

Beinhaltet der Vertrag hingegen explizite Vereinbarungen, so stellt sich die Frage nach dem Überraschungscharakter der Klausel sowie nach deren Angemessenheit. Hierauf wird später gesondert einzugehen sein (s. unten C II 3).

2. Auslegung des Parteiwillens

Sicherlich dürften neben dem Anspruch auf Rückzahlung der zur Verfügung gestellten Darlehensbeträge sämtliche aus der vertraglichen Beziehung der Parteien resultierenden Ansprüche unter den Begriff der „bankmäßigen Geschäftsverbindung“ zu subsumieren sein.

Der Bankkunde tritt mit dem Kreditinstitut in Verbindung, um verschiedene Bankgeschäfte zu tätigen. Das Risiko, welches der Bank aus dieser vertraglichen Sonderbeziehung erwächst, ihr ist

⁸⁶ Rauch/Zimmermann, Rdn. 147; Clemente, ZIP 1990, 969, 971.

⁸⁷ Rauch/Zimmermann, Rdn. 145; Tiedtke, ZIP 1995, 521, 523; Wolfsteiner in Staudinger, Vorbem zu §§ 1191 ff., Rdn. 26; Lambsdorff/Skora, Rdn. 44 ff.

aufgrund der geringen Kreditwürdigkeit des Kunden zu groß. Sie versucht daher, dieses Risiko wenigstens teilweise abzusichern. Es wird entweder auf Dritte verlagert oder durch Vermögenswerte des Schuldners verringert. Erst nach Absicherung des vertraglichen Risikos ist das Kreditinstitut bereit, die Darlehenszusage zu erteilen.

Dem Sicherungsgeber muss dieses Interesse der Bank bekannt sein, und zwar unabhängig davon, ob er mit der Bank individuell verhandelt oder ob sich die Klausel in einem vorformulierten Vertrag befindet. Schon lange vor der Unterzeichnung der Sicherungsvereinbarung war dies dem Sicherungsgeber klar.

Gibt er aber in Kenntnis dieser Interessenlage sein Vermögen oder Teile davon zur Sicherung der „bankmäßigen Geschäftsverbindung“, so darf eine Bank diese Erklärung dahingehend verstehen, dass neben der Hauptforderung die Sicherung sämtlicher vertraglicher Ansprüche erfolgen soll. Solche Ansprüche hingegen, die auch ohne eine vertragliche Beziehung der Bank zu ihrem Darlehensnehmer entstehen könnten, möchte der Sicherungsgeber grundsätzlich nicht decken. Den Begriff der „bankmäßigen Geschäftsverbindung“ versteht der Sicherungsgeber daher erkennbar als diejenige vertragliche Verbindung der Parteien des Kreditvertrages zueinander, die gerade auf dieser rechtsgeschäftlichen Vereinbarung fußt. Insoweit deckt sich der von den Parteien gewählte Begriff mit dem des HGB. Im Grundsatz muss dabei immer entscheidend sein, ob die Risikoerweiterung, für die der Sicherungsgeber haften soll, auf einem freien Entschluss des Kreditinstitutes beruht oder ob das Risiko dem Grunde nach schon in dem konkreten Vertragsverhältnis angelegt ist.

Abweichungen von diesem Grundsatz können sich allerdings aus den Umständen des Einzelfalles oder aufgrund des Ausnahmeharakters des einzelnen Anspruchs ergeben.

II. Einzelfälle

In Rechtsprechung und Literatur hat sich zur Frage, welche Forderungen im einzelnen unter den Begriff der Geschäftsverbindung fallen, eine dezidierte Kasuistik entwickelt. Diese soll im folgenden erläutert werden.

1. Ansprüche auf Schadensersatz

Der Bankkunde kann aus verschiedenen Gründen zum Schadensersatz gegenüber dem Kreditinstitut verpflichtet sein. Zum einen kommen vertragliche Ansprüche, zum anderen solche aus Delikt in Betracht.

a) Vertragliche Schadensersatzansprüche

Im Rahmen dieser Forderungen der Bank gegen ihren Kunden sind vor allem die sog. Nichtabnahmeentschädigungen von Bedeutung. Nach Vertragsschluss stellt das Kreditinstitut dem Darlehensnehmer den Geldbetrag zur Verfügung, den dieser aber noch abrufen muss. Hierzu ist er aufgrund des Kreditvertrages verpflichtet. Nimmt er das Darlehen hingegen nicht ab, so steht der Bank ein Anspruch aus pVV wegen Nichterfüllung zu. Die Bank kann dann den entgangenen Gewinn als Schaden geltend machen.

Da sich die konkrete Berechnung dieses Schadens jedoch in der Praxis als schwierig und arbeitsaufwendig erweist, wird in der Regel im Vertrag eine Schadenspauschale vereinbart. Der BGH hat dabei drei Prozent der Darlehenssumme für durchaus angemessen erachtet⁸⁸.

Da dieser Schadensersatzanspruch auf der vertraglichen Beziehung der Parteien zueinander beruht, haftet die Sicherheit auch für diese Forderung⁸⁹.

⁸⁸ BGH, ZIP 1990, 29, 31.

⁸⁹ So im Ergebnis auch BGH, ZIP 1990, 29, 31; BGH, WM 1992,, 135, 137; BGH, WM 1992, 391, 392; Räfle in Erman, § 1191 Rdn. 19; a.A.

Wenn hingegen das OLG Celle meint, zuallererst sei wohl nur der Rückzahlungsanspruch gemeint, da eine Sicherungsabrede nur Sinn mache, wenn eine Forderung durch Auszahlung entstanden sei, und deswegen die Unklarheitenregelung des § 5 AGBG zum Zuge kommen lässt, so muss dem entgegengehalten werden, dass diese Auffassung jeder Auslegung den Weg versperren würde, da diese immer Unklarheiten voraussetzt. Aufgrund der eindeutigen Interessenlage lassen sich diese Unklarheiten jedoch in dem oben geschilderten Sinne beseitigen, so dass § 5 AGBG nicht bemüht zu werden braucht.

Die Sicherungsabrede umfasst daher auch vertragliche Ansprüche der Bank gegen den Kreditnehmer auf Schadensersatz.

Da der Sicherungsgeber das berechtigte Interesse der Bank an der Absicherung solcher Ansprüche erkennen kann, ist eine ausdrückliche Regelung dieser Absicherung nicht derart ungewöhnlich, dass der Sicherungsgeber nicht mit ihr zu rechnen brauchte. Sie ist daher nach § 3 AGBG nicht zu beanstanden. Ebenso wenig scheidet sie an § 9 AGBG. Die Schadensersatzansprüche resultieren auf einer schuldhaften Vertragsverletzung des Schuldners, wogegen die Bank sich aber gerade erkennbar absichern wollte. Der Sicherungsgeber kann daher durch Inanspruchnahme aufgrund eines solchen Verhaltens des Schuldners nicht unangemessen benachteiligt werden.

b) Deliktische Ansprüche

Anderes muss allerdings für Ansprüche aus unerlaubter Handlung gelten. Beschädigt zum Beispiel der Darlehensnehmer fahrlässig bei einem Verkehrsunfall ein im Eigentum der Bank stehendes Dienstfahrzeug, so kann die Sicherheit hierfür nicht in Anspruch genommen werden. In diesen Fällen stehen sich Kreditnehmer und –geber wie nicht vertraglich verbundene Geschäftspartner,

OLG Celle, WM 1987, 1484, 1485; Wolfsteiner in Staudinger, Vorbem zu §§ 1191 ff. Rdn. 26.

sondern wie Dritte gegenüber. Aus der geschäftlichen Verbindung dieser beiden rührt dieser Anspruch nicht her.

Die Einbeziehung deliktischer Ansprüche würde dem erklärten Willen der Parteien widersprechen. Die Intention der Sicherheitenbestellung liegt darin, Kreditspielraum zu verschaffen. Die Absicherung eines jeden beliebigen Anspruchs ist hierzu nicht erforderlich, es genügt diejenige der vertraglichen Sonderbeziehung. Das allgemeine Lebensrisiko, welches sich in deliktischen Ansprüchen niederschlägt, soll hiervon unberührt bleiben. Nur zufällig hat der Kreditgeber Sicherheiten des Schädigers in Händen. Zwischen diesen und dem Schaden besteht jedoch kein innerer Zusammenhang.

Der Erklärung des Sicherungsgebers kann mithin nicht ohne weiteres entnommen werden, sein Vermögensgegenstand solle auch solche Ansprüche absichern. Zur Erreichung des Zwecks, nämlich Bereitstellung des Darlehens durch die Bank, ist dies nicht erforderlich.

Unter Umständen kann diese Ergebnis jedoch wieder in Frage gestellt werden. Ist der Darlehensnehmer mit dem Sicherungsgeber identisch und schädigt er vorsätzlich das Vermögen der Bank, so könnte es als unbillig empfunden werden, wenn der Kreditnehmer von der Bank beispielsweise wegen Beendigung des Darlehensverhältnisses Rückgabe erheblicher Sicherheiten verlangen könnte, obwohl er wegen einer vorsätzlichen Handlung zum Schadensersatz verpflichtet ist.

In der Tat werden Ansprüche aus Vorsatztat regelmäßig privilegiert. So kann nur der Geschädigte gegen einen solchen Anspruch aufrechnen, nicht aber der Schädiger (§ 393 BGB). Analog hierzu wurde von der Rechtsprechung der Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts entwickelt⁹⁰. Auch ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass ein vertragliches Aufrechnungsverbot ge-

⁹⁰ BAG, NJW 1968, 565, 566.

genüber Forderungen aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung durchbrochen werden kann⁹¹.

Allerdings ist vorliegend dogmatisch eine Besserstellung nicht begründbar. In den oben genannten Fällen ist es dem Schädiger nicht gestattet, sich auf ein ihm ansonsten zustehendes Recht zu berufen. In dem hier zu beurteilenden Fall geht es jedoch nicht um eine nach Treu und Glauben gebotene Beschränkung bestehender Rechte, sondern um die Auslegung einer Willenserklärung. Hierbei kann nicht hineininterpretiert werden, was für gerecht empfunden wird, sondern es ist objektiv zu ermitteln, was die Parteien erklären wollten. Schädigt der Darlehensnehmer wie jeder beliebige Dritte die Bank, so handelt es sich nicht um einen Anspruch aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung der Parteien zueinander. Schon der Wortlaut der Sicherungsabrede steht daher der Auslegung entgegen, in einem solchen Fall solle die Sicherheit für den Schadensersatzanspruch haften. Dies ist unabhängig davon, ob der Sicherungsgeber auch der persönliche Schuldner ist oder nicht.

Sollte die Einbeziehung solcher Ansprüche ausdrücklich im Vertragsformular erfolgen, so ist diese Regelung angesichts der zuvor dargelegten Interessenlage derart ungewöhnlich, dass der Sicherungsgeber damit nicht zu rechnen brauchte (§ 3 AGBG). Zudem dürfte ihn die Regelung unangemessen benachteiligen, da der Sicherungsnehmer sachfremde Forderungen der Sicherheit unterstellt und sich so einen nicht gerechtfertigten Vorteil verschafft (§ 9 Abs. 1 AGBG).

2. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung

Ist der Darlehensvertrag unwirksam, hat das Kreditinstitut einen Anspruch auf Rückgewähr des bereits ausgezahlten Darlehens aus ungerechtfertigter Bereicherung. Der Darlehensnehmer muss den empfangenen Betrag sofort und in einer Summe erstatten. Zweifelhaft ist, ob die Sicherungsabrede auch diesen Fall umfasst.

⁹¹ RGZ 60, 294, 296; BGH, DB 1977, 993, 994.

Nach Ansicht des BGH sichert eine Grundsuld regelmäßig auch ohne ausdrückliche Regelung solche Forderungssurrogate⁹². Begründen lässt sich diese Ansicht mit dem Umstand, dass der Bereicherungsanspruch gleichsam an die Stelle des Rückzahlungsanspruchs tritt. Lediglich die Anspruchsgrundlage wechselt⁹³. Der BGH vertritt die Auffassung, solche Ansprüche, die typischerweise und unmittelbar mit der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages einhergehen, seien bei Beobachtung beiderseitiger Interessen als mitgesichert anzusehen⁹⁴.

Überwiegend wird diese Ansicht in der Literatur mit eben diesen Argumenten geteilt⁹⁵, teils aber auch abgelehnt⁹⁶.

Die pauschale Sichtweise des BGH lässt die Umstände des jeweiligen Falles sowie die feinen Unterschiede beider Anspruchsgrundlagen außer Betracht. Der Bereicherungsanspruch ist im Gegensatz zum Rückzahlungsanspruch nicht vertraglicher, sondern gesetzlicher Natur. Eine nicht näher begründete Gleichstellung verbietet sich schon aus diesem Grunde. Vielmehr ist zu unterscheiden, ob der Sicherungsgeber mit dem Schuldner identisch ist oder nicht und um welche Art von Darlehen es sich handelt.

a) Sicherungsgeber ist ein Dritter

In diesem Fall kann die Sicherungsabrede nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Sicherheit auch bereicherungsrechtliche Ansprüche der Bank gegen den Darlehensnehmer sichern soll, sofern es sich um ratenweise zu tilgende Darlehen handelt (so. Tilgungs- oder Annuitätendarlehen).

⁹² BGH, NJW 1968, 1134; BGHZ 114, 57, 72; weitere Nachweise bei Räfle in Erman, § 1191 Rdn. 19 sowie bei Wolfsteiner in Staudinger, Vorbem zu §§ 1191 ff. Rdn. 26; die gleiche Auffassung liegt auch wohl der Entscheidung des BGH in WM 1992, 391, 392 zugrunde.

⁹³ Larenz/Canaris, § 60 II 1 c.

⁹⁴ BGHZ 114, 57, 72.

⁹⁵ Räfle in Erman, § 1191 Rdn. 19; Wolfsteiner in Staudinger, Vorbem zu §§ 1191 ff. Rdn. 26; Kümpel, Tz. 6.143; Gaberdiel, Tz. 11.3.1.

⁹⁶ Lambsdorff/Skora, Rdn. 45.

Durch die Absicherung eines Darlehens mit Vermögenswerten Dritter wird der Zugriffsbereich des Kreditgebers erweitert. In entsprechendem Umfang wird das Haftungsrisiko des Drittsicherungsgebers begründet. Dieser Aspekt ist für die nachfolgenden Überlegungen zur Auslegung maßgebend.

Bei der Finanzierungsplanung stellt ein Kreditinstitut die Leistungsfähigkeit des Schuldners seinen aus dem Darlehensvertrag erwachsenden Verpflichtungen gegenüber. Bei Tilgungsdarlehen muss zur erfolgreichen Abwicklung des Vertrages der Schuldner folglich in der Lage sein, aus seinem Einkommen neben den übrigen Verpflichtungen auch die monatlichen Raten zu erbringen. Hiervon hängt entscheidend das Risiko der Bank ab.

Die gleichen Überlegungen wird auch der Sicherungsgeber anstellen. Seine Inanspruchnahme erfolgt in aller Regel nur im Sicherungsfall und somit nur dann, wenn der Darlehensnehmer zur Erbringung des Zins- und Tilgungsdienstes nicht (mehr) in der Lage ist. Der Dritte wird infolgedessen die Bonität des Schuldners insbesondere im Hinblick auf dessen Leistungsfähigkeit überprüfen.

Neben der Gefahr, dass der Schuldner nicht in der Lage ist, die planmäßigen Raten aus seinem Einkommen zu bestreiten, tritt aber noch das Risiko, dass der Darlehensnehmer bei Unwirksamkeit des Darlehensvertrages den empfangenen Betrag sofort und in einer Summe zurückzahlen hat. Mit Unwirksamkeit des Darlehensvertrages hat auch die Ratenzahlungsabrede ihre Wirksamkeit verloren.

Ein Schuldner kann aber durchaus in der Lage sein, den Tilgungsdienst aus seinen Einkünften zu bestreiten, wohingegen er zur vollständigen Rückzahlung in einer Summe nicht in der Lage ist. Kann er dann der Zahlungsaufforderung der Bank nicht Folge leisten, tritt der Sicherungsfall ein und der Sicherungsgeber wird um Zahlung gebeten. Hier realisiert sich dann ein weiteres Risiko des Sicherungsgebers, welches er regelmäßig nicht bedacht haben wird. Das Kreditinstitut kann bei einer solchen Sachlage nicht

ohne weiteres davon ausgehen, der Sicherungsgeber wolle auch für offenbar nicht erkannte Risiken einstehen. Dies entspricht nicht seinem Willen.

Die Aussage, es ginge in beiden Fällen nur um die Rückzahlung des Geldes und der Laie sei sich der rechtsdogmatischen Unterschiede nicht bewusst⁹⁷, reduziert die Ansprüche zu stark und verwischt dabei die Unterschiede. Bei dem Rückzahlungsanspruch geht es um die ratenweise Rückzahlung innerhalb der Darlehenslaufzeit, während der Bereicherungsanspruch eben sofort in einer Summe fällig sind. Diese tatsächliche, nicht rechtliche Abweichung ist dem Laien eingängig und verbietet die pauschale Annahme eines auch auf Sicherung dieses – andersartigen - Anspruchs gerichteten Willens⁹⁸.

Anderes gilt allerdings, wenn das Darlehen derart ausgestaltet ist, dass eine jederzeitige Fälligkeit unabhängig von der Bonität oder Zahlungsmoral des Hauptschuldners erfolgen kann. In diesem Fall muss der Sicherungsgeber von Beginn an damit rechnen, dass er trotz unveränderter Vermögenssituation des Schuldners mit der gesamten Forderung konfrontiert wird. Dieses Risiko ist ihm bewusst. In diesem Fall lässt sich seiner Erklärung auch der Wille entnehmen, ebenso für Bereicherungsansprüche einstehen zu wollen, da dann tatsächlich kein Unterschied mehr für den Bürgen besteht. Denn wenn er mit der jederzeitigen Fälligkeit rechnen muss und dies akzeptiert hat, kann es ihm aufgrund der wirtschaftlichen Identität dieser Ansprüche gleichgültig sein, auf welche gesetzliche Grundlage der Sicherungsnehmer seine Forderung stellt. Diese Unterschiede sind dann in der Tat nur von rechtsdogmatischer Bedeutung.

Des Weiteren ist eine Haftung anzunehmen, wenn der Sicherungsgeber von dem Darlehen profitiert⁹⁹. Es wird dann auch in seinem Interesse in Anspruch genommen. Der Sicherungsgeber trägt ebenso wie der Darlehensnehmer das wirtschaftliche Risiko

⁹⁷ Larenz/Canaris, § 60 II 1 c.

⁹⁸ So im Ergebnis auch Tiedtke, ZIP 1995, 521, 523 sowie Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9 – 11, Rdn. 260 b.

⁹⁹ Ebenso Kümpel, Tz. 6.143.

der Nichtigkeit des Kreditvertrages. In diesem Fall kann die Bank redlicherweise die Zweckerklärung dahingehend verstehen, dass auch Bereicherungsansprüche umfasst sein sollen.

Eine entsprechende ausdrückliche Regelung ist demgemäß zumindest überraschend (§ 3 AGBG), da der Sicherungsgeber in diesen Fällen nicht mit der Haftung für diese Verbindlichkeiten zu rechnen brauchte.

b) Der Darlehensnehmer stellt die Sicherheit

Der Darlehensnehmer muss sich seiner Haftung für Bereicherungsansprüche bewusst sein. Es ist ihm unschwer einsichtig, dass er den Betrag, der ihm zur Verfügung gestellt wurde, zurückzahlen hat, unabhängig von der Wirksamkeit des Kreditvertrages.

Während nun der Drittsicherungsgeber dem Kreditinstitut neues Haftungsvermögen zur Verfügung stellt, erfolgt dies bei Absicherung durch Vermögenswerte des Schuldners nicht. Diese haften ohnehin für sämtliche Forderungen der Gläubiger des Schuldners, also auch für Bereicherungsansprüche. Durch die Sicherungsabrede wird dem Kreditinstitut lediglich ein Vorzugsrecht eingeräumt (vgl. §§ 47 ff. KO bzw. §§ 49 ff. InsO).

Da somit das Sicherungsgut bei Personenidentität von Schuldner und Sicherungsgeber auch ohne Sicherungsabrede für Bereicherungsansprüche haftet und dem Darlehensnehmer dies auch bewusst sein muss, kann die Bank berechtigterweise davon ausgehen, dass ihr die vom Schuldner bestellte Sicherheit nach dessen Willen des Schuldners auch für Bereicherungsansprüche zur Verfügung steht. Das Risiko des Sicherungsgebers, den Vermögenswert zu verlieren, wird durch die Hingabe als Sicherheit auch für diese Ansprüche nicht erhöht. Dieser Umstand rechtfertigt eine entsprechende Auslegung der Sicherungserklärung und die unterschiedliche Behandlung von Drittsicherungsgebern und solchen, die mit dem Schuldner identisch sind.

Bereicherungsansprüche werden folglich nur dann von der Sicherungsabrede umfasst, wenn entweder der Schuldner selbst die Sicherheit stellt oder wenn aber eine Drittsicherheit für solche Darlehen haften soll, die ohne Vorliegen eines bestimmten Grundes sofort fällig gestellt werden können.

§§ 3, 9 AGBG stehen einer ausdrücklichen Formularvereinbarung nicht entgegen. Der Schuldner muss grundsätzlich damit rechnen, mit seinem Vermögen auch für die Rückzahlung rechtsgrundlos erhaltene Darlehenssummen einstehen zu müssen. Durch eine entsprechende vertragliche Regelung wird er folglich weder überrascht noch unangemessen benachteiligt.

3. Nebenforderungen

In aller Regel ist die Hauptforderung nicht der einzige Anspruch, den die Bank gegen den Schuldner aus dem konkreten Darlehensverhältnis hat. Zunächst kann das Kreditinstitut Zinsen für die Zurverfügungstellung des Darlehensbetrages verlangen. Daneben wird regelmäßig eine Gebühr für die Bearbeitung des Darlehens vereinbart. Provisionen können anfallen. Stellt der Sicherungsgeber ein Grundpfandrecht an seinem Grundstück als Sicherheit zur Verfügung, so kommen weitere Kosten durch die Bestellung dieses Pfandrechts hinzu. Zudem wird das Kreditinstitut das Grundstück, respektive die aufstehende Immobilie, bewerten wollen und hierzu ein Gutachten erstellen (lassen). Zudem fallen bei der Verwertung der Sicherheit Kosten an. Da sämtliche Maßnahmen letztlich im Interesse des Darlehensnehmers liegen, wird diesem in aller Regel die Kostenübernahme vertraglich auferlegt.

a) Grundsatz

Ausdrückliche Rechtsprechung zu der Frage, ob diese Forderungen auch dem Begriff der „bankmäßigen Geschäftsverbindung“ zuzuordnen sind, liegt nicht vor. Der BGH hat je-

doch im Jahre 1989 ohne weiter Begründung angenommen, diese Ansprüche seien ebenfalls gesichert¹⁰⁰.

Nach zutreffender Ansicht ist mit dem BGH davon auszugehen, dass auch Nebenforderungen nach dem Willen der Parteien unter die Sicherungsabrede fallen sollen¹⁰¹.

Für die Bürgschaft bzw. die Grundschuld finden sich hinsichtlich der Zinsansprüche ausdrückliche Regelungen im Gesetz (§ 767 Abs. 2 BGB bzw. §§ 1192, 1118 BGB). Aber auch im übrigen haftet die Sicherheit für Nebenforderungen.

Diese Ansprüche der Bank resultieren unmittelbar aus der vertraglichen Sonderbeziehung mit dem Kreditnehmer. Wie oben dargestellt (A III 3 a), ist der Erklärung des Sicherungsgebers zu entnehmen, dass dieser für sämtliche Risiken eintreten möchte, die der Bank speziell aus dem Darlehensvertrag erwachsen. Da die hier behandelten Ansprüche vertraglicher Natur sind, ergibt eine entsprechende Auslegung der Willenserklärung des Sicherungsgebers, dass diese Forderungen der Bank ebenfalls gesichert sein sollen.

Ausdrückliche Regelungen dieser Art unterliegen im Hinblick auf §§ 3, 9 AGBG daher keinen Bedenken, da das Interesse der Bank an der Absicherung des vertraglichen Risikos für den Sicherungsgeber erkennbar und desgleichen Vertragszweck ist.

b) Die Höchstbetragsbürgschaft

Anderes gilt jedoch, wenn es sich um Höchstbetragsbürgschaften handelt. Diese haben den Zweck, das Risiko des Bürgen auf einen bestimmten, zuvor festgelegten Betrag zu begrenzen¹⁰². Sie können daher nicht dahingehend ausgelegt werden, dass der Bürge über den Höchstbetrag hinaus für die Nebenforderungen eintreten möchte.

¹⁰⁰ BGH, ZIP 1990, 29, 30; Kümpel, Tz. 6.143.

¹⁰¹ Clemente, Die Sicherungsgrundschuld, Rdn. 329; Gaberdiel, Tz 11.2.1 nennt dies „selbstverständlich“.

¹⁰² Pfeiffer, WuB I F 1a – 2.96.

Entsprechende ausdrückliche Regelungen sind aufgrund des festgelegten Höchstbetrages überraschend und benachteiligen den Bürgen unangemessen, da die beabsichtigte Haftungsbeschränkung umgangen wird¹⁰³.

4. Forderungen aus Sicherungsverträgen

a) Die Kasuistik in Rechtsprechung und Lehre

Es ist durchaus möglich, dass der Schuldner in einem anderen Kreditverhältnis seiner Bank Sicherheiten für die Verbindlichkeiten eines Dritten bestellt hat. Wenn er nun wiederum zur Sicherung seiner eigenen Geschäftsverbindung dem gleichen Kreditinstitut Sicherheiten beigebracht hat, so stellt sich die Frage, ob die Bank diese Sicherheiten zur Befriedigung der Forderungen aus dem anderen Sicherungsvertrag verwerten darf.

So liegt der Fall zum Beispiel, wenn der Darlehensnehmer zur Absicherung seiner eigenen Verbindlichkeiten gegenüber der Bank eine Grundschuld bestellt hat, gleichzeitig aber für einen Dritten bürgt. Wird er nun aus dieser Bürgschaft in Anspruch genommen und ist selbst nicht willens oder in der Lage, zu zahlen, so hat die Bank ein natürliches Interesse daran, die ihr zur Verfügung stehenden Sicherheiten, in diesem Beispiel die Grundschuld, zur Abdeckung der Bürgschaftsforderung zu verwenden.

Das ist nur dann möglich, wenn der Erklärung, die Sicherheit möge die gesamte bankmäßige Geschäftsverbindung absichern, der Wille entnommen werden kann, auch Forderungen aus Sicherungsverträgen – im obigen Beispiel die Forderung aus dem Bürgschaftsvertrag - sollten hiervon umfasst sein.

Rechtsprechung und Literatur zeigen sich insoweit uneinheitlich.

¹⁰³ BGH, ZIP 1996, 702, 704 – zustimmend Noack, LM § 767 BGB Nr. 30 und 31/32; BGH, ZIP 1996, 1508, 1510 m.w.N.; OLG Nürnberg, NJW 1991, 232, 233; OLG Hamm, WM 1995, 1872, 1874 – zustimmend Pfeiffer, WuB I F 1a – 2.96; OLG Stuttgart, ZIP 1996, 1508, 1510 – kritisch hierzu Tiedtke, EWiR 1996, 979; a.A. Kumpel, Tz. 6.151; Scholz/Lwowski, Rdn. 354.

In seinem Urteil vom 29. September 1969 hatte der VIII. Zivilsenat des BGH es als unzweifelhaft bezeichnet, dass Ansprüche aus Schuldübernahme oder –beitritt unter den Begriff der bankmäßigen Geschäftsverbindung fallen¹⁰⁴.

Im Jahre 1986 hingegen hatte der V. Zivilsenat des BGH ebenfalls zu entscheiden, ob Ansprüche gegen den Sicherungsgeber aus einer persönlichen Haftungsübernahme, die der Sicherungsgeber im Rahmen einer Grundschuldbestellung für Verbindlichkeiten Dritter abgegeben hatte, unter den Deckungsbereich der Sicherungsabrede fallen¹⁰⁵. Der BGH hat dies mit der Begründung abgelehnt, dieses selbständige Schuldversprechen gemäß § 780 BGB sei nur sicherungshalber hingegeben worden, so dass diese Erklärung keine schuldumschaffende Funktion habe. Der Umstand, dass die Haftungsübernahme eine eigene Forderung des Übernehmers begründe, ist für den BGH aufgrund der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise ohne Belang. Die Einbeziehung des sich aus der Haftungsübernahme ergebenden Forderung laufe im Ergebnis auf die zusätzliche Sicherung einer fremden Schuld durch die Grundschuld hinaus und widerspräche damit dem typischen Sinngehalt einer Sicherungserklärung. Diese beziehe sich regelmäßig nur auf die Geschäftsverbindung der Parteien zueinander, nicht auf diejenige der Bank zu Dritten. Zweifel in dieser Hinsicht müsste sich das Kreditinstitut als Verwender anrechnen lassen (§ 5 AGBG)¹⁰⁶. Der BGH geht also in dieser Entscheidung wohl grundsätzlich davon aus, dass solche Forderungen nicht umfasst sind¹⁰⁷.

Etwas anderes soll jedoch gelten, wenn der Grundstückseigentümer als Gesamtschuldner neben dem Dritten ohnehin für die

¹⁰⁴ BGH, WM 1969, 1276, 1277.

¹⁰⁵ Urteil vom 19. September 1986, BGHZ 98, 256 ff.

¹⁰⁶ BGHZ 98, 256, 259 f.

¹⁰⁷ Zustimmend Reinicke/Tiedtke, WM-Sonderbeilage 5/1991, S. 5 sowie Schmitz, WM 1991, 1061, 1062; a.A. wohl noch der VIII. Zivilsenat des BGH (Urteil vom 29. September 1969, WM 1969, 1276, 1277 – s.o.).

Verbindlichkeit persönlich haftet¹⁰⁸. Die von ihm zuvor für ein eigenes Darlehen bestellte Sicherheit soll nach dem durch Auslegung ermittelten Parteiwillen auch für diesen gemeinsamen Kredit zur Verfügung stehen, da es sich um eine originär eigene Verbindlichkeit des Grundstückseigentümers handelt, während bei einer Haftungsübernahme in der zuvor geschilderten Weise zumindest wirtschaftlich eine fremde Schuld gesichert wird.

Das OLG Bamberg vertritt in einer Entscheidung vom 29. September 1988 apodiktisch die Auffassung, dass die Einbeziehung solcher Forderungen in den Sicherungsumfang einer Bürgschaft unzweifelhaft sei¹⁰⁹. Der XI. Zivilsenat des BGH hat mit Beschluss vom 30. Januar 1990 die Revision gegen diese Entscheidung nicht angenommen und scheint somit diese Rechtsansicht zu teilen.

Der IX. Zivilsenat des BGH hat jedoch noch im gleichen Jahr diese Rechtsprechung eingeschränkt¹¹⁰. Sofern der Schuldner, welcher einem Dritten eine Sicherheit gewähre, von dem Darlehen zugunsten dieses Dritten nicht profitiert, so sei die Hingabe der Sicherheit nicht im Rahmen der bankmäßigen Geschäftsbeziehung zwischen Schuldner und Bank erfolgt¹¹¹. Mithin sind auch die hieraus entstehenden Ansprüche nicht Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung und von der Sicherungsvereinbarung nicht umfasst.

Diese engere Auffassung hat Zustimmung erfahren¹¹², ist aber nicht ohne Kritik geblieben. Mit dem OLG Bamberg gehen *Lambsdorff/Skora* davon aus, jede Forderung aus Sicherungsverträgen sei gesichert. Eine Geschäftsverbindung sei dadurch gekennzeichnet, dass es sich eben um „Geschäfte“ han-

¹⁰⁸ Urteil vom 08. Mai 1987, BGHZ 101, 29, 35, in ausdrücklicher Abgrenzung zum Fall einer Haftungsübernahme (BGHZ 98, 256 ff.); kritisch hierzu Reinicke/Tiedtke, WM-Sonderbeilage 5/1991, S. 5.

¹⁰⁹ OLG Bamberg, WM 1990, 1019.

¹¹⁰ Urteil vom 05. April 1990, WM 1990, 969 ff.

¹¹¹ BGH, WM 1990, 969, 971.

¹¹² Rimmelpacher, WuB I F 1 a.-10.90

dele, unabhängig davon, ob diese dem einen oder anderen Teil nützten oder nicht¹¹³.

b) Stellungnahme

Nach zutreffender Auffassung werden Forderungen aus Sicherungsgeschäften nur in Ausnahmefällen von der Sicherungserklärung zugunsten des sichernden Schuldners umfasst sein; dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich um Drittsicherheiten handelt.

Dies resultiert wiederum aus einer Auslegung der Drittsicherungsabrede unter Berücksichtigung der Interessenlage.

Das Kreditinstitut hat ein berechtigtes und anerkanntes Interesse daran, die aus der Darlehenshingabe an den Schuldner resultierenden Risiken abzusichern. Aus diesem Grund nimmt es Sicherheiten herein. Die Bank kann dabei davon ausgehen, dass der Sicherungsgeber dieses Interesse erkennt, so dass aus der Sicht eines objektiven Empfängers die Sicherungsvereinbarung dahingehend ausgelegt werden kann, dass alle aus der Kreditvergabe resultierenden Risiken abgesichert sind.

Jedenfalls bei Drittsicherheiten soll die Sicherheit diese Forderungen jedoch nach dem Willen der Beteiligten nicht sichern.

Die Risiken, die aus der Absicherung von Darlehen Dritter durch den Schuldner entstehen, bestehen jedoch unabhängig von dem abzusichernden Darlehensverhältnis. Sie fußen nicht in dieser Geschäftsverbindung, so dass die Bank nicht ohne weiteres davon ausgehen kann, diese Forderungen seien nun auch abgesichert.

Diese Ansicht würde das Risiko des Drittsicherungsgebers erheblich erhöhen. Er kennt regelmäßig nicht die Höhe der Forderungen, für welche sich der Schuldner verbürgt hat. Aufgrund

¹¹³ Lambsdorff/Skora, Rdn. 47.

des Bankgeheimnisses wird ihm das Kreditinstitut auch weder Höhe noch Hauptschuldner dieser Verbindlichkeiten nennen. Beides sind aber maßgebliche Faktoren zur Abschätzung des Risikos. Der Sicherungsgeber würde folglich für unbekannte Dritte in nicht bekannter Höhe haften. Ein solcher Wille kann seiner Sicherungserklärung nicht ohne weiteres entnommen werden.

Auch die Haftungsübernahme ist mit dem BGH¹¹⁴ als Drittsicherheit einzustufen und nicht als originär eigene Verbindlichkeit des Sicherungsgebers. Die Forderungen aus einer solchen Erklärung fallen folglich ebenso wenig unter die Sicherungsabrede.

Ob mit dem BGH¹¹⁵ etwas anderes gelten kann, wenn der Schuldner mittelbar von dem Darlehen an den Dritten profitiert, kann nur aufgrund der Umstände des Einzelfalles beurteilt werden. Man wird verlangen müssen, dass der Dritte den Kreditbetrag im Interesse des Schuldners verwendet und dass zwischen diesem Kredit und dem vom Sicherungsgeber abgesicherten Darlehen ein innerer Zusammenhang besteht. Denn wirtschaftlich betrachtet wird durch die Einbeziehung solcher Forderungen für das Darlehen des Dritten eine weitere Sicherheit bestellt. Nur bei Vorliegen des zuvor geschilderten Zusammenhangs kann das Interesse des Sicherungsgebers aber dahin gehen, auch diese Drittverbindlichkeiten abzusichern. Diese Ausnahmefälle dürften jedoch eng begrenzt sein.

Haftet der Sicherungsgeber jedoch originär für die Verbindlichkeit persönlich, zum Beispiel aufgrund der §§ 421 ff. BGB, so kann das Kreditinstitut seiner Zweckerklärung durchaus den Willen entnehmen, auch für solche Schulden mit der Sicherheit eintreten zu wollen. Diese Schulden sind in voller Höhe Eigenverbindlichkeiten des Sicherungsgebers. Der Entscheidung des BGH vom 08. Mai 1987¹¹⁶ ist folglich beizupflichten.

Ansprüche gegen den vom Sicherungsgeber verschiedenen Schuldner aus von diesem abgeschlossenen Sicherungsverträgen

¹¹⁴ BGHZ 98, 356 ff.)

¹¹⁵ BGH, WM 1990, 969, 971.

¹¹⁶ BGHZ 101, 29 ff.

zugunsten Dritter fallen daher grundsätzlich nicht in den Bereich der „Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung“.

Bestellt allerdings der Schuldner selbst die Sicherheit, so gelten obige Überlegungen nicht. Dem Schuldner ist es möglich, die Gefahren aus einem von ihm zugunsten eines Dritten mit der Bank abgeschlossenen Sicherungsvertrages im wesentlichen einzuschätzen. Bestellt er angesichts dessen aus seinem eigenen Vermögen zur Absicherung seiner Geschäftsverbindung mit eben diesem Kreditinstitut eine Sicherheit, so kann die Bank redlicherweise die Zweckabrede des Schuldners dahingehend verstehen, dass unter den Begriff der „bankmäßigen Geschäftsverbindung“ auch Ansprüche der Bank gegen den Schuldner aus von diesem zugunsten Dritter geschlossenen Sicherungsverträgen fallen. Es handelt sich in diesem Fall um eine einheitliche Geschäftsverbindung.

Die Frage der Wirksamkeit einer ausdrücklichen Regelung nach §§ 3, 9 AGBG richtet sich ebenfalls nach obigen Kriterien. Kann durch Auslegung ein entsprechender Wille zur Absicherung der jeweiligen Forderung nicht festgestellt werden, so wäre eine formularmäßige Einbeziehung schon derart ungewöhnlich, dass der Sicherungsgeber mit ihr nicht zu rechnen bräuchte. Sie würde ihn zudem nach § 9 AGBG unangemessen benachteiligen, da die Bank kein gerechtfertigtes Interesse an der Absicherung dieser Forderung hat.

5. Forderungen, die von Dritten erworben wurden

Im Geschäftsgang der Kreditinstitute kommt es regelmäßig vor, dass sie Forderungen von Dritten ankaufen, die sich gegen ihren Darlehensnehmer richten. Insbesondere der Ankauf von Wechseln spielt dabei eine Rolle. Die Banken möchten diese Ansprüche dann ebenfalls den vorhandenen Sicherheiten unterstellen. Ohne ausdrückliche Regelung in der Sicherungsvereinbarung ist eine solche Möglichkeit jedoch zweifelhaft.

Schon zu Zeiten des Reichsgerichtes bestanden Bedenken gegen die Annahme, einer Zweckerklärung würden auch ohne besondere Vereinbarung solche Ansprüche untermalen¹¹⁷.

Der BGH teilt diese Bedenken. Zunächst hat er eine Absicherung ohne ausdrückliche dahingehende Bestimmung für zweifelhaft erachtet, brauchte aber keine abschließende Stellung zu nehmen¹¹⁸. Später dann haben die Richter eine solche Auslegung verworfen¹¹⁹. Nach regelmäßigem Wortsinn beruhten Geschäftsverbindungen auf gegenseitigen Verträgen zweier Personen. Der einseitige Ankauf von Forderungen durch das Kreditinstitut falle aus diesem Rahmen heraus. Der BGH hat allerdings seine ablehnende Entscheidung im Ergebnis auf die Unklarheitenregelung des § 5 AGBG gestützt, so dass Rückschlüsse auf Individualvereinbarungen nicht absolut schlüssig sind.

Die Auslegung der Sicherungsvereinbarung hat sich – das wurde im Rahmen dieser Arbeit schon mehrfach wiederholt – an den widerstreitenden Interessen des Sicherungsgebers und des Kreditinstitutes zu orientieren. Danach kann die Bank die Zweckerklärung nur so verstehen, dass der Sicherungsgeber nur bereit ist, die sich aus der vertraglichen Sonderbeziehung der Bank zum Darlehensnehmer ergebenden Risiken abzusichern. Eine darüber hinausgehende Haftung entspricht dagegen nicht seinem Willen.

Allerdings bestehen hinsichtlich der zu berücksichtigenden Interessen Unterschiede zwischen demjenigen Sicherungsgeber, der mit dem persönlichen Schuldner identisch ist und schon aus diesem Grund haftet und dem Drittsicherungsgeber.

- a) Der Sicherungsgeber ist nicht zugleich Schuldner

¹¹⁷ RGZ 18, 232, 233f.

¹¹⁸ BGH, WM 1957, 1430, 1431 (insoweit in BGHZ 25, 318 ff. nicht abgedruckt).

¹¹⁹ BGH, WM 1964, 813; in BGH, WM 1981, 5, 6 vertritt der BGH jedoch die Ansicht, der Ankauf von Forderungen sei zu den üblichen Bankgeschäften zu zählen. Dies erfolgte allerdings im Rahmen der Frage, ob eine ausdrückliche Einbeziehung wirksam sei.

In diesem Fall kann nicht davon ausgegangen werden, der Sicherungsgeber wolle die Sicherheit auch für angekaufte Forderungen zur Verfügung stellen.

Ansprüche, die aus dem einseitigen Ankauf von Forderungen Dritter entstehen, sind nicht in dem Vertragsverhältnis der Parteien begründet. Das Kreditinstitut erwirbt sie vielmehr aufgrund einer autonomen Entscheidung ohne Bezug zum Vertragsverhältnis des Kunden. Dieses Risiko entsteht nicht aufgrund der vertraglichen Beziehung zum Kunden. Die mit dem Ankauf verbundene Risikoerhöhung für den Drittsicherungsgeber hat alleine die Bank zu verantworten. Sie resultiert nicht aus der Sonderrechtsbeziehung zum Darlehensnehmer, sondern auf der einseitigen Handlungsweise der Bank. Diese kann mithin nicht davon ausgehen, der Sicherungsgeber wolle ohne bestimmten Grund auch für diese Forderung haften.

Eine entsprechende Regelung im Sicherungsvertrag würde den Sicherungsgeber überraschen und unangemessen benachteiligen, da es sich nicht mehr um die Absicherung des vertraglichen Risikos handelt.

b) Schuldner und Sicherungsgeber sind identisch

Sofern Personenidentität vorliegt, ist durchaus die Annahme gerechtfertigt, der Sicherungsgeber wolle die Sicherheit auch für den Ankauf weiterer Forderungen bestellen.

Der Schuldner nimmt durch die Begründung der Forderung am Wirtschaftsleben teil. In der heutigen Zeit ist es aber üblich, dass Forderungen nicht bis zur Tilgung dem ursprünglichen Gläubiger zustehen, sondern dass sie zuvor weitergereicht werden. Insbesondere bei Wechselforderungen muss der Verpflichtete damit rechnen, da der Wechsel häufig gerade wegen seiner hohen Umlauffähigkeit und der Möglichkeit zur unkomplizierten Refinanzierung als Zahlungsmittel gewählt wird. Mit solchen normalen Umsatzgeschäften muss der Schuldner rechnen, da er sich am

Geschäftsleben beteiligt hat¹²⁰. Dies rechtfertigt vor allem der Vergleich mit einer Aufrechnungslage, die auch unzweifelhaft durch Ankauf von Forderungen erreicht werden kann und mit einem Sicherungsgeschäft vergleichbar ist¹²¹.

Da der zur Sicherheit hingebene Vermögensgegenstand aufgrund der persönlichen Haftung auch ohne besondere Vereinbarung dem Gläubigerzugriff ausgesetzt ist, wird der Schuldner durch diese Auslegung nicht benachteiligt. Sein Haftungsrisiko erhöht sich nicht. Es werden lediglich Vorzugsrechte eines (anderen als des bisherigen) Gläubigers begründet (vgl. §§ 47 ff. KO bzw. §§ 49 ff. InsO).

Ausnahmsweise haftet daher die Sicherheit bei Personenidentität von Schuldner und Sicherungsgeber auch für angekaufte Forderungen, obwohl diese mit der eigentlichen vertraglichen Beziehung nicht im Zusammenhang stehen. Dies rechtfertigt sich in dem Umstand, dass der Sicherungsgeber (= Schuldner) durch seine Beteiligung am Geschäftsleben bewusst die Ursache für den Forderungserwerb gesetzt hat, wegen der ohnehin bestehenden persönlichen Haftung aber durch diese Erweiterung keinem zusätzlichen Risiko ausgesetzt ist.

Der Schuldner muss folglich damit rechnen, dass solche Forderungen Gegenstand der Sicherungsabrede werden. Er wird hierdurch nicht unangemessen benachteiligt, da er für diese Verbindlichkeiten ohnehin mit seinem ganzen Vermögen haften würde. Eine ausdrückliche Regelung ist daher nicht nach §§ 3, 9 AGBG zu beanstanden.

Oben gesagtes zur Auslegung und auch zur Frage der Wirksamkeit einer ausdrücklichen Regelung kann allerdings nicht gelten, wenn der Erwerb der Forderung nicht mehr in banküblicher Weise geschieht¹²². Als unüblich dürfte ein Erwerb gelten, wenn die

¹²⁰ Canaris, Bankvertragsrecht, Rdn. 2672

¹²¹ Canaris, Bankvertragsrecht, Rdn. 2672

¹²² BGH, WM 1958, 722, 723; BGH, WM 1975, 122, 123; BGH, WM 1981, 162; Räfle in Erman, § 1191 Rdn. 10; Canaris, Bankvertragsrecht, Rdn. 2672, jeweils mit weiteren Nachweisen.

Bank in der Regel Fremdforderungen dieser Art nicht ankauft. Tut sie dies, um die Forderung unter eine ihr bestellte, aber nicht voll valutierte Sicherheit zu nehmen, so ist die Berufung auf die weite Zweckerklärung insoweit rechtsmissbräuchlich¹²³. Dadurch nimmt sie nicht eigene Interessen wahr, sondern verschafft dem ursprünglichen Gläubiger einen nicht gerechtfertigten Vorteil. Verwertet sie die Sicherheit dennoch, macht sie sich gegenüber dem Sicherungsgeber nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung schadensersatzpflichtig¹²⁴.

6. Kosten der Rechtsverfolgung

Nimmt der Gläubiger den Schuldner wegen der gesicherten Forderung gerichtlich in Anspruch, so entstehen ihm hierdurch Kosten. Ist die Klage begründet, steht ihm ein Erstattungsanspruch gegen den Schuldner zu (§ 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Ist der Schuldner jedoch nicht in der Lage zu zahlen, fragt sich, ob der Sicherungsgeber für diese Kosten aufkommen muss.

Für die Bürgschaft bestimmt dies § 767 Abs. 2 BGB, für die Grundschild §§ 1192, 1118 BGB. Aber auch andere Sicherheiten haften für Nebenforderungen (§§ 1210, 1289, BGB).

Der Kostenerstattungsanspruch entsteht durch die unberechtigte Weigerung des Kreditnehmers, die fälligen Darlehenssummen zurückzuzahlen. Dieses Risiko ist in der speziellen vertraglichen Beziehung der Parteien begründet, denn ohne diese gäbe es auch keinen Rückzahlungsanspruch. Da das Kreditinstitut die Sicherungserklärung dahingehend verstehen darf, dass sämtliche Risiken abgesichert sind, die sich aus dem Vertragsverhältnis zu dem Schuldner ergeben, hat der Sicherungsgeber diese Kosten zu übernehmen¹²⁵.

¹²³ BGH, WM 1958, 722, 723; BGH, WM 1981, 5, 6 (für Ankauf im Vergleichsverfahren); Canaris, Bankvertragsrecht, Rdn. 2672, der auch eine einschränkende Auslegung zulassen möchte.

¹²⁴ Räfle in Erman, § 1191 Rdn. 10.

¹²⁵ Kümpel, Tz. 6.143.

Aufgrund des engen Zusammenhangs mit dem Darlehensvertrag und den daraus resultierenden Risiken muss der Sicherungsgeber damit rechnen, dass die Absicherung dieser Verbindlichkeiten ausdrücklich in den Vertrag übernommen wird (§ 3 AGBG). Aufgrund des berechtigten Interesses der Bank hieran ist eine solche Regelung wirksam (§ 9 AGBG).

7. Ansprüche gegen den persönlich haftenden Gesellschafter

Stellt ein persönlich haftender Gesellschafter eine Sicherheit für private Zwecke und erklärt er dabei die Absicherung für alle Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung, so könnte die Sicherheit auch für solche Ansprüche der Bank haften, die ihr gegen den Schuldner aus seiner Stellung als Gesellschafter zustehen (§§ 128, 161 Abs. 2 HGB).

Der BGH hat diese Frage offengelassen, jedoch eine solche Tragweite der Sicherungserklärung in Zweifel gezogen¹²⁶.

Eine Haftung für solche Verbindlichkeiten dürfte wohl anzunehmen sein.

Diese Frage liegt im Spannungsfeld zwischen zwei bereits erörterten Entscheidungen des BGH. Zum einen steht die Sicherheit nicht für Ansprüche aus einem sicherungshalber erklärten Schuldanerkennnis zur Verfügung¹²⁷, zum anderen dient sie sehr wohl der Absicherung gemeinsamer Schulden¹²⁸.

Die Haftung aus §§ 128, 161 Abs. 2 HGB ist zwischen den beiden vorgenannten Ansprüchen angesiedelt. Sie dient nicht nur Sicherungszwecken, sondern steht gleichrangig und originär ne-

¹²⁶ BGH, ZIP 1987, 572.

¹²⁷ BGHZ 98, 256, 259 f.

¹²⁸ BGHZ 101, 29, 35.

ben der Forderung der Bank gegen die Gesellschaft¹²⁹. Andererseits ist der Gesellschafter nicht wie der Gesamtschuldner Darlehensnehmer.

Meines Erachtens ist eher die Vergleichbarkeit mit einem Gesamtschuldner gegeben¹³⁰. Trotz der Regelung in den §§ 124, 162 Abs. 2 HGB haben Personenhandelsgesellschaften keine eigene Rechtspersönlichkeit. Die Haftung des Gesellschafters stellt zwar nach herrschender Meinung eine eigene Verbindlichkeit dar, dennoch kann nicht gesagt werden, hier stünden dem Kreditgeber zwei völlig selbständige Rechtssubjekte gegenüber. Die strenge Akzessorietät, welcher der persönlich haftende Gesellschafter unterworfen ist, und die Gleichrangigkeit der beiden Ansprüche lassen den Gesellschafter eher wie einen gesamtschuldnerisch haftenden Darlehensnehmer eintreten denn wie einen Sicherungsgeber, der nur für fremde Verbindlichkeiten einzustehen hat. Seine Sicherungserklärung darf die Bank daher so verstehen, dass auch ihre Ansprüche aus §§ 128, 161 Abs. 2 HGB gesichert sein sollen.

Clemente hingegen geht davon aus, dass eine Einbeziehung solcher Forderungen in den Deckungsbereich der Sicherungsvereinbarung nicht möglich ist¹³¹. Er hält dies für ein nicht gerechtfertigtes Sonderopfer des betreffenden Gesellschafters, welches im Rahmen eines (Zwangs-)Vergleichs zum Tragen kommt. In diesem Fall wird neben der Forderung gegen die Gesellschaft die persönliche Haftung der Gesellschafter ebenfalls auf die Quote begrenzt (§§ 109 Abs. 1 Nr. 3 VerglO, 211 Abs. 2 KO). Sicherungsrechte werden jedoch vom Vergleich nicht berührt (§§ 82 Abs. 2 VerglO, 193 Satz 2 KO). Der Gesellschafter, welcher aus seinem Vermögen Werte zur Sicherheit hingegeben hat, hat daher in voller Höhe mit diesen Vermögenswerten einzustehen, wohingegen die übrigen Gesellschafter nur auf die Quote haften. Ein Ausgleich unter den Gesellschaftern ist nicht möglich,

¹²⁹ So die herrschende Theorie von der Doppelverpflichtung; vgl. Tiedtke, NJW 1991, 3241, 3244.

¹³⁰ A.A. Tiedtke, NJW 1991, 3241, 3244; Räfle in Erman, § 1191 Rdn. 12.

¹³¹ Clemente, ZIP 1990, 969, 975, allerdings für die Wirksamkeit einer formularmäßigen Einbeziehung.

sofern diese der Sicherheitenbestellung nicht zugestimmt haben. §§ 109 Abs. 1 Nr. 3 VerglO, 211 Abs. 2 KO bilden insofern auch die Grundlage für die Regelung der Gesellschafter untereinander, da ansonsten die Haftungsbeschränkung im (Zwangs-)Vergleich leer läuft.¹³²

Diese weitergehende Haftung ist jedoch entgegen *Clemente* kein ungerechtfertigtes Sonderopfer, sondern Ausfluss der besonderen vertraglichen Gestaltung der Betroffenen einschließlich des Gesellschaftsvertrages. Der Gesellschafter einer Personenhandels-gesellschaft muss damit rechnen, mit seinem ganzen Vermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einzustehen. Dies rechtfertigt die Einbeziehung der Ansprüche aus § 128 HGB durch Auslegung in den Deckungsbereich der Zweckerklärung (s.o.). Selbst wenn der Gesellschafter nicht immer vollumfänglich für Gesellschafterverbindlichkeiten einstehen muss, so ist keine andere Auslegung geboten. Die unbeschränkte Haftung ist der gesetzliche Regelfall, der auch in der Praxis aufgrund der geringen Bedeutung des Vergleichsverfahrens fast ausschließlich zu Tragen kommt. Hieran hat sich die Auslegung der Willenserklärung der Parteien zu orientieren. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes darf die Bank die Sicherungsabrede eines persönlich haftenden Gesellschafters dahingehend verstehen, dass auch Forderungen aus § 128 HGB gesichert sein sollen.

Wegen der ohnehin bestehenden persönlichen Haftung des Sicherungsgebers/Gesellschafters kann diesen die weite Zweckerklärung nicht überraschen oder unangemessen benachteiligen.

8. Firma als Kreditnehmer

Häufig findet sich in Kreditverträgen, dass „die Firma“ statt der natürlichen Person Vertragspartner sein soll. Entsprechen wird in der Zweckerklärung formuliert, gesichert seien Forderungen gegen die Firma. Zwar steht hinter dieser der Kaufmann als Kreditnehmer (§ 17 HGB); diese Formulierung kann aber Auswirkun-

¹³² BGH, ZIP 1987, 572, 573.

gen auf die Auslegung des Begriffs der bankmäßigen Geschäftsverbindung haben.

Clemente vertritt die Ansicht, in diesem Fall seien nur Verbindlichkeiten gesichert, die im Zusammenhang mit der geschäftlichen Betätigung des Kaufmanns stehen¹³³. Somit umfasse die Sicherung nur Forderungen aus dem Handelsgeschäft, deren Begründung damit also dem Interesse des Betriebes diene (§§ 343, 344 HGB).

Dem ist zuzustimmen. Möchte die Bank auch private Verbindlichkeiten abgesichert wissen, so hat sie sich um eine entsprechende Formulierung zu kümmern (§ 5 AGBG). Im Hinblick auf §§ 3, 9 AGBG dürfte dies möglich sein. Schränkt sie hingegen die – in aller Regel von ihr formulierte – Sicherungserklärung in der hier beschriebenen Weise ein, so muss bei dem unbedarften Betrachter der Eindruck entstehen, nur geschäftliche Verbindlichkeiten sollen gesichert sein. Demgemäß ist dann die Erklärung des Sicherungsgebers auszulegen. Private Schulden unterfallen daher ohne ausdrückliche Regelung nicht dem Deckungsbereich einer solchen Sicherheit.

9. Rechtsnachfolge

Fehlt in der Sicherungsabrede für eine unternehmensbezogene Verbindlichkeit eine Regelung, wie mit der Sicherheit zu verfahren ist, wenn die Unternehmensträgerschaft wechselt, so ist problematisch, ob und inwieweit die Sicherheit dann noch haftet.

Wird eine Personenhandelsgesellschaft der einen Rechtsform (zum Beispiel eine oHG) in eine andere Rechtsform (zum Beispiel in eine KG) überführt, wechselt das Unternehmen nicht seine Identität. Der Rechtsträger bleibt derselbe, nur die Haftungsstrukturen ändern sich. Aufgrund der Identität der Gesellschaften stellt sich im Grunde die Frage gar nicht, ob die Zweckerklärung

¹³³ Clemente, ZIP 1990, 969, 972.

auch die Forderungen der „neuen“ Gesellschaft haftet, da es sich um ein und denselben Rechtsträger handelt¹³⁴.

Wird aber durch die Umwandlung eine neue, selbständige Rechtsperson erschaffen, so fehlt es an der Identität der Gesellschaften¹³⁵. Es wird zwischen dem Kreditinstitut und der neuen Gesellschaft eine eigenständige Geschäftsverbindung aufgebaut, die mit der ursprünglichen nichts zu tun hat. Für diese neue Geschäftsbeziehung haftet die Sicherheit nicht¹³⁶.

Altforderungen hingegen aus der Zeit vor der Umwandlung sind allerdings weiterhin abgesichert, da insoweit noch die alte Geschäftsverbindung maßgebend ist.

10. Ansprüche aus Geschäftsbesorgung

Es gibt eine Reihe von Fällen, in denen die Bank im Rahmen einer Geschäftsbesorgung anstelle des Schuldners Zahlungen an Dritte leistet. Im Innenverhältnis hat sie dann Anspruch auf Aufwendungsersatz (§§ 662, 670 BGB bzw. §§ 677, 683 BGB). So liegt der Fall zum Beispiel, wenn das Kreditinstitut als Steuerbürge (§§ 221, 222 AO) in Anspruch genommen wird¹³⁷ oder wenn es in Ausübung seines Ablösungsrechtes nach §§ 268, 1150 BGB auf vorrangige Steuerschulden des Grundstückeigentümers zahlt¹³⁸. Ferner hatte das OLG München eine Geschäftsführung ohne Auftrag angenommen, als eine Bank die Pfändung eines Finanzamtes übersah, an den Schuldner leistete und später vom Finanzamt noch einmal in Anspruch genommen wurde, da die Zahlung an den Schuldner gegenüber dem Finanzamt als Pfändungsgläubigerin keine befreiende Wirkung entfaltete. Das OLG

¹³⁴ So im Ergebnis auch BGH, WM 1986, 95, 97; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9 – 11, Rdn. 260, für alle Fälle der Gesamtrechtsnachfolge.

¹³⁵ So zum Beispiel wenn aus einer Personenhandelsgesellschaft eine Kapitalgesellschaft wird.

¹³⁶ Graf v. Westphalen, ZIP 1984, 1, 9 für eine ausdrückliche Regelung; so auch wohl Clemente, ZIP 1990, 969, 975, der insoweit eine ausdrückliche Regelung an § 3 AGBG scheitern lassen möchte.

¹³⁷ BGH, NJW 1979, 159; RGZ 135, 25.

¹³⁸ RGZ 146, 317; wobei es hier fraglich ist, ob tatsächlich noch ein Fremdgeschäftsführungswille festgestellt werden kann, da die Bank vorrangig im eigenen Interesse handelt.

München hatte dem Kreditinstitut einen Anspruch aus §§ 677, 683, 679 BGB zuerkannt¹³⁹.

Das OLG München geht in der zuvor erwähnten Entscheidung ohne nähere Begründung davon aus, solche Ansprüche aus Geschäftsbesorgung fielen unter den Begriff der bankmäßigen Geschäftsverbindung. Dies folge in dem konkreten Fall daraus, dass die Bank durch die Überweisung an das Finanzamt unter Gewährung eines Überziehungskredites die Schuld ihres Kunden tilge¹⁴⁰.

Nach hier vertretener Auffassung allerdings fallen Ansprüche aus Geschäftsbesorgung nicht unter die weite Sicherungsabrede, sofern dies nicht ausdrücklich bestimmt ist. Denn diese resultieren nicht aus der vertraglichen Sonderbeziehung der Parteien zueinander, sondern beruhen regelmäßig auf einem selbständigen Entschluss der Bank. Das Kreditinstitut kann vor jeder Tätigkeit prüfen, ob es gewillt ist, das Risiko einzugehen oder nicht. Dies gilt unabhängig davon, ob der Schuldner zugleich der Sicherungsgeber ist oder nicht. Die Bank kann folglich bei Bestellung der Sicherheit nicht davon ausgehen, der Sicherungsgeber wolle diese zusätzlichen Risiken ohne ausdrückliche Vereinbarung absichern. Zudem fallen die obigen Sachverhalte derart aus dem Rahmen des Gewöhnlichen, dass die Ansprüche nicht mehr als in banküblicher Weise entstanden bezeichnet werden können.

Aufgrund mangelndem Sachzusammenhangs mit dem Darlehensvertrag wäre eine ausdrückliche Regelung überraschend und unangemessen.

11. Filialbank

Wird eine Sicherheit zugunsten einer Bank hereingenommen, so ist davon auszugehen, dass sie nicht nur für Forderungen der Filiale gegen den Kunden, sondern für sämtliche Ansprüche des

¹³⁹ OLG München, WM 1991, 1415; zustimmend Peters, WM 1992, 597 f.; ablehnend Lange, WuB I F 1a-1.92.

¹⁴⁰ OLG München, WM 1991, 1415, 1416; zur – berechtigten – Kritik an dieser Begründung vgl. Lange, WuB I F 1a-1.92.

Darlehensgebers haftet. Es ist kein anerkennenswertes Interesse des Sicherungsgebers erkennbar, die Haftung auf Forderungen der Filiale gegen den Kreditnehmer zu beschränken, zumal es Forderungen „der Filiale“ gar nicht gibt. Filialen sind unselbständige Organisationseinheiten der Bank; die Zuordnung zu einer Filiale erfolgt eher zufällig denn bewusst. In Betracht kommt allenfalls eine vorrangige Individualabrede (§ 4 AGBG)¹⁴¹.

Etwas anderes kann gleichwohl gelten, wenn die Filiale ausdrücklich in der Sicherungsabrede genannt ist. Im Zweifel sind dann nur solche Forderungen gedeckt, die aus der Geschäftsverbindung mit der Filiale resultieren¹⁴².

12. Beendigung der Geschäftsverbindung

Forderungen, die erst nach Beendigung der Geschäftsverbindung entstehen, unterfallen nicht mehr der Sicherungsabrede¹⁴³. Die Geschäftsverbindung kann dabei durch Kündigung enden, aber auch durch Eröffnung des Konkurs- bzw. Insolvenzverfahrens (§§ 23 KO, 115 InsO)¹⁴⁴. Für die Beendigung der Geschäftsverbindung durch Kündigung der Bank aufgrund Vermögensverfalls des Kunden oder durch Konkurs sieht der BGH den Grund in dem Umstand, dass Bürge und Bank beide ein berechtigtes Interesse an einer Risikobegrenzung haben. Führt die Bank diese durch Kündigung durch, so fällt es allein in ihren Risikobereich, wenn sie sich nicht auf die Abwicklung des Kreditengagements beschränkt¹⁴⁵. Neue Darlehen etc. begründen dann eine neue Ge-

¹⁴¹ Graf v. Westphalen, ZIP 1984, 1, 8; Eichmann im Münchener Kommentar, § 1191 Rdn. 26.

¹⁴² Clemente, Die Sicherungsgrundschuld, Rdn. 289.

¹⁴³ Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11, Rdn. 260a; Bülow, Rdn. 772; Kümpel, Tz. 6.144; BGH, WM 1969, 1276, 1277; BGH, WM 1979, 884, 885; Schröter, WuB I F 1a – 1.85; Clemente, Die Sicherungsgrundschuld, Rdn. 329; a.A. für Vergleich BGH, WM 1981, 5, 6.

¹⁴⁴ BGH, WM 1979, 884, 885 m.w.N.; BGH, WM 1981, 5, 6.

¹⁴⁵ BGH, WM 1969, 1276, 1277; aus diesem Grund aber haftet die Sicherheit weiterhin für Verzugszinsen auf vor Verfahrenseröffnung bereits bestehende Forderungen (OLG Nürnberg, WM 1991, 1794 – zustimmend Moritz, WuB I F 1a – 19.91). Für diese haftet der Gemeinschuldner persönlich, obwohl die Masse nach § 63 Ziff. 1 KO hierfür nicht herangezogen werden kann (BGH, WM 1987, 584). Ebenso muss dann auch der Sicherungsnehmer weiterhin haften.

schäftsverbindung, für welche bestehende Sicherheiten nicht haften.

Mit dieser Begründung entfällt dann auch die Haftung für neue Verbindlichkeiten nach Kündigung der Geschäftsverbindung, die nicht durch die verschlechterte Lage des Schuldners motiviert wurde.

Die Erklärung des Sicherungsgebers darf die Bank folglich nicht so verstehen, dass dessen Haftung neue, nach Beendigung der Geschäftsverbindung entstandene Verbindlichkeiten mit umfasst¹⁴⁶. Eine weitergehende ausdrückliche Regelung wäre zumindest überraschend.

III. Zusammenfassung

Der Begriff der „bankmäßigen Geschäftsverbindung“ im Rahmen der weiten Zweckerklärung umfasst folglich bei interessengerechter Auslegung vor allem sämtliche Ansprüche, die aus der vertraglichen Sonderbeziehung der Parteien des Darlehensvertrages zueinander resultieren. Für den Sicherungsgeber erkennbar liegt es im berechtigten Interesse der Bank, sämtliche mit der Darlehensvergabe zusammenhängenden Risiken abzusichern. Soweit allerdings der Sicherungsgeber mit dem Kreditnehmer identisch ist, ergibt sich unter Umständen eine erweiterte Haftung der Sicherheit, da eine Risikoausweitung damit nicht verbunden ist.

¹⁴⁶ Im Grunde gehört hier auch der Fall hin, das eine identitätsändernde Umwandlung erfolgt, da auch insoweit die alte Geschäftsverbindung beendet wird.

3. Teil

Formularmäßige Globalzweckerklärungen

Sicherungsabreden werden in der Praxis fast ausschließlich in vorgedruckten Vertragsformularen vereinbart. Demzufolge kommt der Frage, inwieweit diese Erklärungen einer Kontrolle am Maßstab des AGB-Gesetzes standhalten, wesentliche Bedeutung zu.

A. Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes

Zur Vereinfachung und Vereinheitlichung der Sicherheitenbestellung in der Praxis des Kreditgewerbes bedienen sich die Banken formularmäßig vorformulierter Zweckerklärungen¹⁴⁷. Auf diese ist das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 09. Dezember 1976 (AGB-Gesetz)¹⁴⁸ grundsätzlich anwendbar¹⁴⁹.

Die Tatsache, dass sich diese Erklärungen in dem Sicherungsvertrag befinden und nicht etwa in den sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist dabei nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes unschädlich (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AGBG).

§ 24 a AGBG, der durch das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes vom 19. Juli 1996¹⁵⁰ eingeführt wurde, ist im Rahmen der Sicherungszweckerklärung ohne wesentliche Bedeutung. Hiernach gelten Vertragsbestimmungen als vom Unternehmer gestellt, sofern der Verbraucher sie nicht in den Vertrag einführt (§ 24 a Nr. 1 AGBG). Zudem ist das AGB-Gesetz nach Nr. 2 der genannten Vorschrift auch dann auf vorformulierte Bestimmun-

¹⁴⁷ BGHZ 83, 56, 57; OLG Hamm, ZIP 1986, 1547, 1549.

¹⁴⁸ BGBl. I S. 3317.

¹⁴⁹ Scholz/Lwowski, Rdn. 109.

¹⁵⁰ BGBl. I 1996, 1013, in Umsetzung der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 05. April 1993 (ABIEG Nr. L 95 v. 21. Mai 1993, S. 29).

gen anwendbar, wenn sie zwar nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind, der Verbraucher aber auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Sicherungsabreden sind aber für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert und unzweifelhaft von den Kreditinstituten gestellt.

Auf Zweckerklärungen in vorformulierten Vertragsvordrucken ist das AGB-Gesetz daher grundsätzlich so weit anwendbar, wie der persönliche Anwendungsbereich (§ 24 AGBG) eröffnet ist.

Nach §§ 28, 30 AGBG gelten dessen Vorschriften allerdings nicht für Verträge, die vor dem 01. April 1977 geschlossen worden sind.

Jedoch hat die Rechtsprechung auch schon vor Einführung des AGB-Gesetzes solche Formulklauseln einer besonderen Kontrolle unterzogen. Mangels spezieller Vorschriften orientierte sich diese an den Maßstäben von Treu und Glauben (§ 242 BGB)¹⁵¹. Die Kriterien, die hierbei insbesondere Bedeutung gewannen (Überrumpelungseffekt, unangemessene Benachteiligung), wurden später bei der Schaffung und Anwendung der §§ 3, 9 AGBG ausdrücklich übernommen¹⁵², so dass im Ergebnis kein Unterschied zwischen "Altverträgen" und solchen unter Geltung des AGB-Gesetzes besteht. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze behalten demzufolge auch für Verträge unter Geltung des AGB-Gesetzes ihre Bedeutung¹⁵³.

B. Einbeziehungskontrolle

Vorformulierte Vertragsbestimmungen finden dann Eingang in die zwischen den Parteien geltenden Regelungen, wenn sie in bestimmter Weise einbezogen worden sind (§ 2 AGBG), nicht

¹⁵¹ Grundlegend BGHZ 22, 90; diesem folgend BGHZ 83, 56, 58 f.; BGH, WM 81, 162; BGH, WM 85, 1394; BGH NJW 1987, 946; OLG Düsseldorf, WM 1985, 1393, 1394; OLG Hamm, ZIP 1986, 1547, 1550.

¹⁵² BegrRegE, BT-Drucks. 7/3919, S. 22; BGHZ 100, 82, 85; BGHZ 102, 152, 159; BGH, ZIP 1986, 1547, 1550; Clemente, ZIP 1985, 193, 196; vgl. zur Anknüpfung an die frühere Rspr. auch den Wortlaut in § 9 AGBG "entgegen Treu und Glauben" (Münch-Komm/Kötz, § 9 AGBG Rdn. 2).

¹⁵³ OLG Hamm, NJW 1986, 136, 137.

derart ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders nicht damit zu rechnen brauchte (§ 3 AGBG) und sofern nicht individuelle Abreden vorgehen (§ 4 AGBG).

I. Einbeziehung in den Vertrag (§ 2 AGBG)

§ 2 AGBG ist bei vorformulierten Bestimmungen, die sich im Vertragsvordruck selbst befinden, regelmäßig unproblematisch.

II. Vorrang der Individualabrede (§ 4 AGBG)

Wird der Sicherungszweck zwischen den Parteien individuell ausgehandelt, ist die Vereinbarung im Vertragsvordruck unbeachtlich (§ 4 AGBG). Die Vertragsverhandlungen sind daher in jedem Einzelfall genau zu analysieren, ob nicht etwa schon eine Vereinbarung im Sinne des § 4 AGBG vorliegt. Die Tatsache allein, dass Bank und potentieller Sicherungsgeber regelmäßig über Höhe und Laufzeit des zu sichernden Darlehens sprechen, dürfte zur Annahme einer Individualvereinbarung allerdings nicht genügen¹⁵⁴. Zum einen kann diesen Gesprächen kein vertraglich bindender Inhalt entnommen werden, da es sich in aller Regel nur um rein informatorische Unterredungen handeln wird. Zum anderen spricht bei Sicherungsgeschäften aufgrund der erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der Vertrag nur schriftlich abgefasst werden soll (soweit die Schriftform nicht ohnehin vorgeschrieben ist)¹⁵⁵, so dass die mündlichen Nebenabreden zumindest nicht ohne weiteres Vertragsinhalt werden sollen. Regelmäßig wird der Umfang der Verpflichtung des Sicherungsgebers und somit sein Risiko folglich erst durch die schriftliche Zweckbestimmungsklausel bestimmt, nicht durch die vorhergehenden Besprechungen¹⁵⁶. Diese begründen allenfalls eine einseitige Vorstellung des Sicherungsgebers, die aber deswegen nicht ohne weiteres zum Vertragsinhalt

¹⁵⁴ Berninghaus, BB 1986, 206, 210; Clemente, Die Sicherungsgrundschuld, Rdn. 333.

¹⁵⁵ BGH, WM 1982, 443; BGHZ 109, 197, 200.

¹⁵⁶ Graf v. Westphalen, WM 1984, 1589, 1590.

wird¹⁵⁷. Es bedarf daher schon konkreter Verhandlungen über die Reichweite der Haftung, um eine Vereinbarung nach § 4 AGBG annehmen zu können.

III. Überraschende Klauseln (§ 3 AGBG)

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil (§ 3 AGBG). Für die Zeit vor Geltung des AGB-Gesetzes (§ 28 Abs. 1 AGBG) gilt gleiches gem. § 242 BGB¹⁵⁸. § 3 AGBG gilt wegen der nur beschränkten Ausnahme in § 24 AGBG auch gegenüber Kaufleuten¹⁵⁹.

Dieser Regelung kommt im Hinblick auf Zweckbestimmungsklauseln bei Sicherungsgeschäften zentrale Bedeutung zu. Sie ist Einbruchsstelle der sog. „Anlassrechtsprechung“ des BGH, welche zur Folge hat, dass weite Sicherungsabreden in der Praxis der Kreditinstitute fast nicht mehr verwendet werden.

1. Die „Anlassrechtsprechung“ des BGH

a) Grundschnldzweckerklärungen

Anhand von Sicherungsabreden bei Grundschulden hat der V. Zivilsenat des BGH seine sog. Anlassrechtsprechung entwickelt.

aa) Die Rechtsprechung bis 1982

Bis zum Jahre 1982 war die Rechtsprechung der Ansicht, die weite Sicherungszweckerklärung sei nicht überraschend, da die Absicherung des gesamten Kreditverhältnisses die Regel sei¹⁶⁰.

¹⁵⁷ BGHZ 130, 19, 24; Weber, JuS 1997, 501, 504; a.A. Larenz/Canaris, § 60 V.

¹⁵⁸ Nachweise bei BGHZ 83, 56, 59.

¹⁵⁹ OLG Hamm, ZIP 1996, 1547, 1549 f.; Joswig in RGRK, § 1191 Rdn. 24.

¹⁶⁰ So noch BGH, WM 1981, 162; LG Kaiserslautern, ZIP 1982, 676, 678.

Hierdurch könne der Sicherungsgeber nicht überrascht werden, zumal das Gesetz jedenfalls bei Bürgschaft (§ 765 Abs. 2 BGB) und Grundschuld (§ 1192, 1113 Abs. 2 BGB) eine Haftung für zukünftige Forderungen ausdrücklich zulasse. So könnten alle Möglichkeiten der Kreditinanspruchnahme durch die Sicherheit abgedeckt werden. Die Sicherung wechselnder Forderungen und Forderungshöhen sei nur auf diese Art zu bewerkstelligen und auch Sinn zumindest einer nichtakzessorischen Sicherheit. Aus diesem Grund müsste der Sicherungsgeber mit einer weiten Zweckerklärung rechnen.

bb) Die neuere Rechtsprechung

Mit Urteil vom 29. Januar 1982¹⁶¹ hat der V. Zivilsenat des BGH mit dieser Linie seiner Rechtsprechung gebrochen. Er hatte über eine weite Grundschuldzweckerklärung zu entscheiden, die der Bruder des Darlehensnehmers zur Absicherung eines diesem gewährten zinsbegünstigten Darlehens unterzeichnet hatte. Der Senat folgte der Auffassung des Berufungsgerichtes und urteilte, die Ausweitung des Sicherungszweckes liege außerhalb des durch den Anlass des Geschäftes bestimmten Rahmens¹⁶². Den Anlass bilde das konkret zu sichernde Darlehen, um deretwillen der Sicherungsgeber angegangen worden ist. Der Grundstückseigentümer brauche in solchen Drittsicherungsfällen billigerweise nicht damit zu rechnen, dass ohne besondere und mit ihm ausgehandelte Vereinbarung die Grundschuld als Sicherheit für alle zukünftigen Forderungen aus laufender Geschäftsverbindung zwischen dem Darlehensnehmer und dem Darlehensgeber dient. Die künftige Inanspruchnahme des Grundstückseigentümers wäre von dessen Kenntnis und Einflussnahme völlig unabhängig. Er könne nicht verhindern, dass das Kreditinstitut dem Schuldner neue Darlehen zur Verfügung stellt und die Grundschuld folglich für unabsehbare Zeit als Sicherheit in Anspruch nimmt. Ohne selbst wirtschaftliche Vorteile von der Darlehensgewährung zu genießen, brauche der Sicherungsgeber billigerweise mit einer solchen Haftungserweiterung nicht zu rechnen, sofern er nicht

¹⁶¹ BGHZ 83, 56 ff.

¹⁶² BGHZ 83, 56, 59.

selbst der persönlichen Schuldner ist. Eine solche Regelung wäre aus der Sicht eines Durchschnittskunden zu ungewöhnlich.

Im folgenden hat der V. Zivilsenat des BGH diese Rechtsprechung bestätigt und fortgesetzt¹⁶³. Der XI. Zivilsenat ist dem beigetreten¹⁶⁴. Auch die Oberlandesgerichte sind dieser Auffassung gefolgt, wobei jedoch die früheren Entscheidungen erkennen lassen, dass die Gerichte zum Teil zunächst davon ausgingen, dass eine Unwirksamkeit wegen des überraschenden Charakters nur dann in Betracht komme, wenn das Darlehen, dessen Sicherung im Vordergrund stand, zweckgebunden war¹⁶⁵. Der dem Urteil vom 29. Januar 1982 zugrunde liegende Sachverhalt hatte ein solches Darlehen zum Gegenstand, worauf der BGH in seinen Entscheidungsgründen ergänzend hinwies. Dies war jedoch nicht der entscheidende Gesichtspunkt, wie vom BGH später klargestellt wurde¹⁶⁶. Ausschlaggebend ist für die Richter allein, dass der Sicherungsgeber, der anlässlich eines bestimmten Darlehens Vermögensgegenstände zur Sicherung hingibt, nicht damit rechnen, dass diese Sicherheit auch für ungewisse, seiner Kenntnis und Einflussnahme entzogene Verbindlichkeiten des Schuldners haften soll.

Für den Fall aber, dass Sicherungsgeber und Schuldner identisch sind, hat der BGH ausdrücklich deutlich gemacht, dass der weiten Sicherungsabrede ein überraschendes Moment nicht zukommt¹⁶⁷. Der Grundstückseigentümer muss grundsätzlich damit rechnen, dass die Bank daran interessiert ist, die gesamte Geschäftsverbindung mit ihm umfassend abzusichern. Soweit allerdings Eheleute an einem gemeinsamen Grundstück eine Grundschuld bestellt

¹⁶³ BGH, WM 1987, 498, 499; BGH, NJW 1987, 946; BGHZ 100, 82, 85; BGHZ 101, 29, 32 f.; BGHZ 102, 152, 160; BGHZ 106, 19, 22 f.; BGHZ 109, 197, 201; BGH, ZIP 1995, 1244, 1247.

¹⁶⁴ BGH, NJW 1991, 1286, 1287; BGH, NJW 1992, 1822, 1823; BGH, ZIP 1995, 727, 728; BGH, ZIP 1995, 1979, 1980; BGH, WM 1996, 2233, 2234;

¹⁶⁵ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1986, 1312, 1313; OLG Hamm, ZIP 1986, 1547, 1549; klarer im Sinne des BGH hingegen OLG Karlsruhe, NJW 1986, 136, 137; OLG Karlsruhe, DB 1998, 1808, OLG Düsseldorf, WM 1998, 1875, 1881; weitere Nachweise bei Eickmann, ZIP 1989, 137.

¹⁶⁶ BGHZ 106, 19, 23; BGH, NJW 1992, 1822, 1823.

¹⁶⁷ BGHZ 101, 29, 33; ebenso Clemente, ZIP 1990, 969, 971; a.A. Eickmann, ZIP 1989, 137, 139.

haben und diese auch Verbindlichkeiten des einen Ehegatten absichern soll, ist die weite Zweckerklärung insoweit nach § 3 AGBG zu beanstanden. Die Ehe ist keine Solidargemeinschaft in dem Sinne, dass einem Ehegatten die Erwartung unterstellt werden kann, mit seinem Vermögen für Verbindlichkeiten des anderen Ehepartners eintreten zu wollen, wenn dies nicht zuvor ausdrücklich vereinbart war¹⁶⁸.

Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH¹⁶⁹ ist somit eine formularmäßige Ausdehnung des Haftungsumfangs einer Grundschuld über den Anlass des Sicherungsvertrages hinaus auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten eines Dritten grundsätzlich überraschend. Dabei macht es keinen Unterschied, ob Anlass der Sicherungsbestellung ein neues Darlehen oder die Prolongierung eines bereits bestehenden Kredites beabsichtigt war¹⁷⁰.

cc) Das Schrifttum

In der Literatur war schon vor der Grundsatzentscheidung des V. Zivilsenates eine Einbeziehungskontrolle mit diesen Folgen gefordert worden¹⁷¹. Entsprechend traf dann der Wandel in der Rechtsprechung des BGH auf breite Zustimmung¹⁷². Lediglich vereinzelt wurden Stimmen laut, die die Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahre 1982 als einen Einzelfall erachteten, da der BGH in seiner Argumentation ergänzend darauf abgestellt hatte, dass es sich um ein zinsbegünstigtes Darlehen handele¹⁷³.

¹⁶⁸ BGHZ 106, 19, 24; Clemente, Die Sicherungsgrundschuld, Rdn. 300.

¹⁶⁹ Nachweise bei BGH, WM 1998, 1875, 1881.

¹⁷⁰ BGHZ 109, 196, 202.

¹⁷¹ Vgl. die Nachweise bei BGHZ 83, 56, 59.

¹⁷² Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3 Rdn. 40; Joswig in RGRK, § 1191 Rdn. 24; Rauch/Zimmermann, Rdn 150 f.; Räfle in Erman, § 1191 Rdn. 12; Wolfsteiner in Staudinger, Vorbem zu §§ 1191 ff. Rdn. 31, Kümpel, Tz. 6.226; Horn in Staudinger, Vorbem zu § 765 ff. Rdn. 73; Falter, Tz. 6.428; Bülow, Rdn. 785; Gaberdiel, Tz. 11.2.5; Graf v. Westphalen, ZIP 1984, 1, 9; Clemente, ZIP 1985, 193, 196; ders., ZIP 1990, 969, 973; ders., Die Sicherungsgrundschuld, Rdn. 297; Eickmann, ZIP 1989, 137, 139; Braunert, NJW 1991, 805, 806; Schmitz, WM 1991, 1062, 1063; Reinicke/Tiedtke, WM-Sonderbeilage 5/1991, S. 5 f.; Stegmaier, BB 1996, 2587; Schmitz-Valckenberg, DNotZ 1996, 492, 494; a.A. jedoch Berninghaus, BB 1986, 206, 210.

¹⁷³ Nachweise bei Clemente, ZIP 1990, 969, 973.

Wie schon ausgeführt, ist der BGH dem jedoch entgegen getreten und hat klargestellt, dass dieser Gesichtspunkt für die Entscheidung nicht maßgeblich war (s.o.)¹⁷⁴. Der Überraschungseffekt ergebe sich daraus, dass der Sicherungsgeber für ungewisse, seiner Kenntnis und Einflussnahme entzogene, zukünftige Verbindlichkeiten Dritter haften solle.

b) Die Sicherungsabrede bei Bürgschaften

Angesichts dieser Rechtsprechungsänderung wurde nunmehr auch vermehrt diskutiert, ob die Anlassrechtsprechung im Hinblick auf § 3 AGBG auch auf Sicherungsabreden von Bürgschaften zu übertragen sei.

aa) Rechtsprechung und Literatur bis 1995

Die Literatur zeigte sich zunächst uneinheitlich¹⁷⁵. Durch ein Urteil des OLG Düsseldorf aus dem Jahre 1983¹⁷⁶ wurde die Diskussion über die Einbeziehung von weiten Sicherungsabreden in den Bürgschaftsvertrag neu entfacht und auch in der Rechtsprechung aktuell. Das OLG hatte über eine der Höhe nach unbegrenzte Formularbürgschaft zur Absicherung eines Kontokorrentkredites zu entscheiden. Es vertrat die Ansicht, dass die Bürgin den Umständen nach mit einem so ungewöhnlich hohen Haftungsrisiko nicht zu rechnen brauchte. Diese war seinerzeit im Rahmen der Gewährung des betreffenden Kontokorrentkredites um die Bürgschaft gebeten worden. Dieser konkrete Anlass hätte in der Bürgin den Eindruck erweckt, nur für das in Frage stehende Darlehen haften zu müssen. Die weitergehende Haftung sei angesichts dessen sowohl objektiv ungewöhnlich wie auch subjektiv überraschend und werde demzufolge gemäß § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil¹⁷⁷. Das OLG hat sich dabei ausdrück-

¹⁷⁴ BGHZ 106, 19, 23; BGH, NJW 1992, 1822, 1823.

¹⁷⁵ Gegen den überraschenden Charakter Graf v. Westphalen, WM 1984, 1589, 1591, jedenfalls bei Absicherung eines Kontokorrentkredites.

¹⁷⁶ OLG Düsseldorf, WM 1984, 82 ff.

¹⁷⁷ OLG Düsseldorf, WM 1984, 82, 84.

lich auf die Entscheidung des BGH vom 29. Januar 1982¹⁷⁸ zur weiten Grundschuldzweckerklärung bezogen.

Der IX. Zivilsenat des BGH hat diese Entscheidung jedoch mit Urteil vom 06. Dezember 1984 aufgehoben¹⁷⁹. Ein Überumpelungseffekt wohne der weiten Sicherungsabrede nicht inne, da eine Bürgschaft für zukünftige Forderungen im Gesetz vorgesehen (§ 765 Abs. 2 BGB) und zudem diese Klausel zur Absicherung eines Kontokorrentkredites üblich sei¹⁸⁰.

Diese Entscheidung des BGH hat neben Zustimmung auch Kritik erfahren.

Die Befürworter der Ansicht des BGH stellen darauf ab, dass der Bürge anlässlich der Sicherung eines Kontokorrentkredites aufgrund dessen Natur mit der wechselnden Höhe der Hauptforderung und dem Interesse der Bank an umfassender Absicherung derselben rechnen müsse¹⁸¹. Teilweise wird auch schon darauf abgestellt, dass dieses Argument zumindest gegenüber geschäftserfahrenen Personen durchgreifen müsse, wobei jedoch eine nähere Abgrenzung nicht erfolgt¹⁸².

Kritiker hingegen verweisen auf die weitaus umfangreichere Haftung des Bürgen, der mit seinem ganzen Vermögen für die Tilgung der Hauptschuld einzustehen habe. Er sei aufgrund dessen schutzwürdiger als der Grundschuldbesteller, so dass die Anlassrechtsprechung des BGH¹⁸³ zu Grundschulden erst recht auch beim Bürgen zu gelten habe¹⁸⁴. Die Erweiterung sei unangemessen und damit zwangsläufig überraschend.

¹⁷⁸ BGHZ 83, 56 ff.

¹⁷⁹ BGH, WM 1985, 155 ff.

¹⁸⁰ BGH, WM 1985, 155, 157; nach zutreffender Ansicht des V. Senates (BGHZ 83, 56, 60) kann dies jedoch kein Argument sein.

¹⁸¹ Schröter, WuB I F 1a – 1.85.

¹⁸² Derleder, NJW 1986, 97, 100.

¹⁸³ Siehe oben B II 1 a bb.

¹⁸⁴ Reinicke/Tiedtke, JZ 1985, 483, 485 f. zum Urteil des BGH vom 06. Dezember 1984 (WM 1985, 155 ff.).

Der IX. Zivilsenat des BGH jedoch beharrte auf seinem Standpunkt und hielt *Reinicke/Tiedtke*¹⁸⁵ in seinem Urteil vom 07. November 1985¹⁸⁶ entgegen, dass die Haftung für zukünftige Forderungen im Gesetz ausdrücklich erwähnt sei (§ 765 Abs. 2 BGB). Bürgt jemand für einen Kontokorrentkredit, so muss er damit rechnen, dass er in einer Höhe einzustehen habe, die er vorher nicht kennt, da diese erst durch künftige Rechnungsabschlüsse bestimmt werde.

Auch diese Entscheidung war Gegenstand kontroverser Diskussionen.

Reinicke/Tiedtke erwidern auf die Kritik des BGH an ihrer Auffassung, dass § 765 Abs. 2 BGB nicht die weite Sicherungsabrede im speziellen meine, sondern lediglich grundsätzlich die Bürgschaft für eine zukünftige Forderung für zulässig erkläre. Selbst wenn aber diese Vorschrift auch die weite Zweckerklärung meine, so regle sie zwar damit diesen Fall, die erweiterte Haftung bei Bürgschaften werde hierdurch aber noch nicht zwangsläufig zum Regelfall. Diese Klausel bleibe vielmehr weiterhin wegen der Unüberschaubarkeit des Risikos ungewöhnlich, insbesondere bei Betrachtung des Anlasses der Darlehensgewährung¹⁸⁷.

Weitere Kritik richtete sich gegen das Argument des BGH, diese Klausel sei üblich und deshalb nicht überraschend¹⁸⁸. Privatleute, die häufig als Bürgen auftraten, seien mit der Praxis der Kreditinstitute nicht vertraut, so dass eine allgemeine Üblichkeit nicht auch ohne weiteres der Klausel ihren überraschenden Charakter nehme¹⁸⁹.

Die Auffassung des BGH wird jedoch auch gestützt. Der Bürge müsse damit rechnen, dass der Kontokorrentkredit erweitert oder überzogen werden könne. § 765 Abs. 2 BGB gestatte eine Bürgschaft für zukünftige Forderungen, so dass der Bürge durch die

¹⁸⁵ JZ 1985, 483 ff.

¹⁸⁶ WM 1986, 95, 97.

¹⁸⁷ *Reinicke/Tiedtke*, JZ 1986, 426, 429 f.

¹⁸⁸ BGH, WM 1985, 155, 157.

¹⁸⁹ Thelen, DB 1991, 741, 742.

Haftung für zukünftige Verbindlichkeiten nicht überrascht werden könne¹⁹⁰.

Im Jahre 1994 hatte der IX. Zivilsenat des BGH einen Fall zu entscheiden, in welchem der Bürge vorgab, ausdrücklich erklärt zu haben, er wolle nur für bestimmte Kredite einstehen und das Kreditinstitut sei dieser Erklärung nicht entgegengetreten. Der BGH vertrat die Auffassung, dieses Vorbringen sei erheblich, da unter diesen Umständen eine Nichteinbeziehung nach § 3 AGBG anzunehmen sei. Die Umstände des Einzelfalls prägten die Erwartungen des Bürgen, welche für die Frage des § 3 AGBG maßgeblich ist; bringe der Bürge seine Vorstellungen hinreichend deutlich zum Ausdruck und trete der Vertragspartner dem nicht entgegen, so sei eine andere AGB-vertragliche Regelung so ungewöhnlich, dass der Bürge damit nicht zu rechnen brauche¹⁹¹. Der Senat stellt aber klar, dass diese Entscheidung aufgrund der Umstände des Einzelfalls ergangen ist und hält ausdrücklich an seiner bisherigen Rechtsprechung zur Wirksamkeit von weiten Bürgschaftszweckerklärungen fest¹⁹².

Ebenfalls im Jahre 1994 ist allerdings der XI. Zivilsenat des BGH von der Rechtsprechung des IX. Senates abgewichen. Nach seiner Ansicht ist die Erweiterung der Haftung eines Bürgen auf alle bestehenden und zukünftigen Verbindlichkeiten durch eine formularmäßige Abrede grundsätzlich überraschend, wenn der Bürge anlässlich der Gewährung eines Tilgungsdarlehens die weite Sicherungserklärung abgegeben hat¹⁹³. Die Sicherung des bestimmten Kredites sei Anlass der Bürgschaftserklärung gewesen; der Sicherungsgeber erwarte nicht, darüber hinaus haften zu müssen¹⁹⁴. Ausdrücklich hat der Senat dabei die Rechtsprechung des BGH zu Grundschulden auch auf Bürgschaften übertragen¹⁹⁵. Insbesondere da der Bürge persönlich und gegenständlich unbe-

¹⁹⁰ Bruchner, WuB I F 1a – 6.86; OLG Köln, ZIP 1990, 446, 450 m.w.N.

¹⁹¹ BGH, ZIP 1994, 697, 698.

¹⁹² BGH, ZIP 1994, 697; ablehnend hierzu Tiedtke, ZIP 1994, 1237, 1240; ders., ZIP 1995, 521, 532.

¹⁹³ Urteil vom 01. Juni 1994, BGHZ 126, 174 ff.

¹⁹⁴ BGHZ 126, 174, 176; zustimmend Tiedtke, ZIP 1995, 521, 532 sowie Rehbein, WuB I F 1a – 10.94.

¹⁹⁵ BGHZ 126, 174, 177.

schränkt hafte, sei dies geboten. § 765 Abs. 2 BGB hingegen sage nichts darüber aus, ob der Bürge mit einer derart weiten Haftung rechnen müsse. Die weite Verbreitung dieser Sicherungsabrede sei einer Vielzahl von Personen nicht bekannt und folglich nicht geeignet, dieser Vereinbarung den überraschenden Charakter zu nehmen¹⁹⁶. Trotz der offensichtlichen Divergenz vermeidet der Senat allerdings eine Vorlage an den Großen Senat (§ 132 Abs. 2 und 3 GVG), da die Entscheidungen des IX. Senates zu Bürgschaften für Kontokorrentkredite ergangen sei und der Senat ausdrücklich die Frage offengelassen habe¹⁹⁷, ob diese Rechtsprechung auch bei Tilgungsdarlehen Anwendung finde¹⁹⁸.

bb) Neuere Rechtsprechung und Literatur

In einer der wohl am meisten beachteten Entscheidung zum Bürgschaftsrecht vom 18. Mai 1995 hat der IX. Zivilsenat des BGH seine Rechtsprechung zur Wirksamkeit der weiten Sicherungsabrede bei Bürgschaften grundsätzlich geändert¹⁹⁹.

Der IX. Senat hat sich nunmehr der ganz herrschenden Meinung²⁰⁰ angeschlossen und erachtet eine weite Bürgschaftserklärung grundsätzlich für überraschend²⁰¹. An seiner früheren Rechtsprechung hält der Senat ausdrücklich nicht mehr fest. Er übernimmt vielmehr die zu den Grundschuldzweckerklärungen entwickelte Anlaß-Rechtsprechung des V. Senates und geht davon aus, dass der Bürge grundsätzlich die Vorstellung habe, das konkrete, den Anlass des Sicherungsgeschäftes bildende Darlehen sichern zu wollen. Dies ergebe sich regelmäßig aus den Vertragsverhandlungen, die die Erwartungen des Bürgen prägten. Eine darüber hinausgehende Haftung sei angesichts dessen so ungewöhnlich, dass der Bürge damit nicht zu rechnen bräuchte²⁰². Zudem enthalte § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB ein gesetzliches

¹⁹⁶ So i.E. auch schon BGHZ 83, 56, 60.

¹⁹⁷ BGH, WM 1987, 924, 925.

¹⁹⁸ BGHZ 126, 174, 179; zur Kritik hieran siehe Tiedtke, ZIP 1994, 1237, 1241; ders., ZIP 1995, 521, 532.

¹⁹⁹ BGHZ 130, 19 ff.

²⁰⁰ Nachweise bei BGHZ 126, 174, 179 sowie bei BGHZ 130, 19, 27.

²⁰¹ BGHZ 130, 19, 26; zustimmend Schröter, WuB I F 1a – 13.95.

²⁰² BGHZ 130, 19, 27.

Leitbild dahingehend, dass eine Abhängigkeit des Bürgen von Rechtsgeschäften Dritter der Bürgschaft widerspreche (Verbot der Fremddisposition). Im Falle der weiten Zweckerklärung sei dies jedoch gegeben, da die Haftung des Bürgen abhängig sei von der zukünftigen Entwicklung der Geschäftsverbindung des Hauptschuldners mit dem Kreditinstitut. Die weite Bürgschaftserklärung weiche von diesem gesetzlichen Leitbild ab und sei schon von daher ungewöhnlich und folglich überraschend.

Im weiteren hat der BGH diese Rechtsprechung nunmehr gefestigt²⁰³. Dabei hat er klargestellt, dass eine summenmäßige Beschränkung der Bürgschaft dieser den Überrumpelungseffekt nicht nehme²⁰⁴.

Wie zu erwarten, fand diese Rechtsprechung fast ausschließlich Zustimmung²⁰⁵. Die Argumente decken sich im wesentlichen mit denen des BGH, obwohl nicht jeder dogmatische Ansatz der Richter zu überzeugen scheint²⁰⁶. Auch die Oberlandesgerichte vertreten die Auffassung des BGH²⁰⁷.

2. Stellungnahme

Soweit die Sicherheit aus Anlass eines bestimmten Darlehen bestellt wurde, ist die weite Sicherungserklärung in der Tat überraschend und wird gemäß § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil.

²⁰³ BGHZ 132, 6, 8 (allerdings in Abgrenzung zu BGHZ 130, 19 ff.); BGH, ZIP 1996, 702, 705; BGH, ZIP 1996, 1508, 1509; weitere Nachweise bei Pfeiffer, LM § 9 (Bm) AGBG, Nr. 32

²⁰⁴ BGH, ZIP 1996, 702, 705; zustimmend Noack, LM § 767 BGB Nr. 31/32; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3 Rdn. 37; Horn in Staudinger, Vorbem zu § 765 ff. Rdn. 73.

²⁰⁵ Pfeiffer, LM § 765 BGB Nr. 99-101; ders., LM § 765 BGB Nr. 105; Pape, NJW 1995, 887, 890; Trapp, ZIP 1997, 1279, 1280 f.; Weber, JuS 1997, 501, 505; Schröter, WuB I F 1a – 13.95; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3 Rdn. 37.

²⁰⁶ Vgl. nur die berechtigte Kritik von Pfeiffer, LM § 765 BGB Nr. 99-101 am Argument, § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB könne im Rahmen des § 3 AGBG Bedeutung gewinnen; für überzeugend indes hält dies Weber, JuS 1997, 501, 505.

²⁰⁷ OLG Rostock, WM 1995, 1533 ff. (hierzu Krumwiede, WuB I F 1a – 1.96); OLG München, OLG-Report 1995, 190 ff.

Eine Klausel ist dann überraschend, wenn sie von den Erwartungen des Sicherungsgebers deutlich abweicht und dieser nach den Umständen vernünftigerweise mit einer solchen Regelung nicht zu rechnen brauchte²⁰⁸. Dabei sind neben der Vertragsgestaltung auch Gang und Inhalt der Vertragsverhandlungen zu berücksichtigen.

Wird ein Sicherungsgeber aus Anlass eines bestimmten Darlehens angegangen, so bestimmt dieser Umstand entscheidend sein Vorstellungsbild. Er rechnet nur damit, für dieses eine Darlehen eintreten zu müssen. Die Überraschung des Sicherungsgebers resultiert aus dem Widerspruch zwischen der durch den besonderen Anlass der Sicherheitenbestellung hervorgetretenen Zweckvorstellung des Sicherungsgebers und der davon in einem nicht zu erwartenden Ausmaß abweichenden Ausweitung des Sicherungszwecks²⁰⁹. Wesentlich muss bei dieser Beurteilung auch die Sachgerechtigkeit sein. Je weniger eine Klausel auf die berechtigten Belange des anderen teils Rücksicht nimmt, desto weniger muss dieser mit ihr rechnen²¹⁰. Da vorliegend der Sicherungsgeber von der erweiterten Haftung nicht profitiert, ist dies der Fall. Die weite Sicherungsabrede ist daher in Drittsicherungsfällen, in denen der Sicherungsgeber aus Anlass eines bestimmten Darlehens angegangen wird, derart ungewöhnlich, dass der Sicherungsgeber mit ihr nicht zu rechnen brauchte. Sie wird gemäß § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil.

3. Ausnahmen

Der BGH hat die Nichteinbeziehung weiterer Sicherungsabreden im wesentlichen damit begründet, dass ein durchschnittlicher Kunde, der aus Anlass eines bestimmten Darlehens eine Sicherheit für einen Dritten bestellt hat, nicht damit zu rechnen brauche, für weitere Verbindlichkeiten des Dritten eintreten zu müssen, auf dessen Höhe er keinen Einfluss habe und von denen er nicht profitiere.

²⁰⁸ Joswig in RGRK, § 1191 Rdn. 25.

²⁰⁹ BGHZ 100, 82, 52; BGHZ 106, 19, 22.

²¹⁰ Reinicke/Tiedtke, JZ 1986, 426, 429.

Daher ist es nur konsequent, wenn der BGH - unter Zustimmung der Literatur - Ausnahmen vom Grundsatz der Nichteinbeziehung nach § 3 AGBG macht. Der BGH formuliert dabei im wesentlichen wie folgt:

„Der überraschende Charakter entfällt in einem solchen Fall erst dann, wenn der Sicherungsgeber und der Dritte persönlich und wirtschaftlich so eng verbunden sind, dass das Risiko künftiger von der Grundschuldhaftung erfasster Verbindlichkeiten für den Sicherungsgeber berechenbar und vermeidbar ist (...).“²¹¹

Das Schrifttum hat sich dieser Ansicht zum großen Teil angeschlossen²¹².

Entscheidend ist dabei für den BGH zutreffend die rechtliche Möglichkeit des Sicherungsgebers, auf Bestand und Höhe der gesicherten Schuld unmittelbar Einfluss zu nehmen²¹³. In diesen Fällen kann der Sicherungsgeber das Risiko weiterer Inanspruchnahme nicht nur abschätzen, sondern hat es selbst in der Hand, dafür Sorge zu tragen, seine Haftung als Sicherungsgeber nicht weiter auszudehnen. Soweit dem so ist, kann es ihm nicht ungewöhnlich erscheinen, auch für solche Verbindlichkeiten haften zu müssen, die unmittelbar seinem Einfluss unterliegen. Die Üblichkeit einer weiten Sicherungsabrede allein kann hingegen – auch bei geschäftserfahrenen Personen oder Unternehmen – entgegen der früheren Rechtsprechung des BGH²¹⁴ nicht zur Wirksamkeit der Zweckerklärung führen²¹⁵. Dies kann allenfalls ergänzend bei der erforderlichen Gesamtwürdigung eine Rolle

²¹¹ BGH, WM 1998, 1875, 1882 m.w.N.

²¹² Joswig in RGRK, § 1191 Rdn. 27; Gaberdiel, Tz. 11.4.5; Falter, Tz. 6.161; Räfle in Erman, Rdn. 12, Kümpel, Tz. 6.227; Sichel, S. 39; kritisch allerdings Wolfsteiner in Staudinger, Vorbem zu §§ 1191 ff. Rdn. 31.

²¹³ BGH, NJW 1992, 1822, 1823 m.w.N.; BGH, WM 1995, 2180, 2181.

²¹⁴ BGHZ 100, 82, 85 f.; BGH, WM 1987, 924, 925; so könnten auch noch die Entscheidungen BGHZ 126, 174, 178 sowie BGHZ 130, 19, 29 verstanden werden – kritisch dazu Horn, ZIP 1997, 525, 529.

²¹⁵ BGHZ 109, 197, 202; Tiedtke, NJW 1991, 3241, 3243; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3 Rdn. 36.

spielen²¹⁶. Auch der in früheren Entscheidungen angesprochene Aspekt, dass es sich bei dem Sicherungsgeber um ein mit Kreditgeschäften vertrautes Unternehmen handelt, welches diese banküblicher Ausdehnung der Haftung kenne²¹⁷, dürfte angesichts obiger Formulierung für sich allein betrachtet die Wirksamkeit einer weiten Sicherungsabrede nicht begründen.

Neben der rechtlichen Möglichkeit der Einflussnahme kommen dann noch solche Sicherungsgeschäfte in Betracht, bei denen aufgrund der Umstände des Einzelfalles mit der Haftung für zukünftige Forderungen gerechnet werden muss.

Soweit nicht eine Grundsuld, sondern die Wirksamkeit einer weiten Bürgschaftsabrede in Frage steht, gilt oben gesagtes entsprechend.

Im einzelnen handelt es sich dabei um folgend dargestellte Fallkonstellationen.

a) Absicherung der gesamten Geschäftsverbindung

Ist von vornherein beabsichtigt, dass die Sicherheit die gesamte Geschäftsverbindung absichern soll, so fehlt es naturgemäß an einem Anlass, der die Vorstellung des Sicherungsgebers von einer beschränkten Haftung prägen würde. Folgerichtig kann die weite Zweckerklärung in solchen Fällen den Sicherungsgeber nicht überraschen²¹⁸. Auf die Möglichkeit der rechtlichen Einflussnahme kommt es insoweit nicht an.

Ein solcher Anlass fehlt nach Ansicht des BGH zu Recht auch, wenn zwischen der Darlehensgewährung und der Sicherheitenbestellung ein unmittelbarer zeitlicher und sachlicher Zusammenhang nicht hergestellt werden kann. Zweckerklärungen, die er-

²¹⁶ Gaberdiel, Tz. 11.4.7.

²¹⁷ BGHZ 100, 82, 85; BGH, WM 1991, 1748, 1750.

²¹⁸ BGHZ 100, 82, 85; BGH, NJW 1987, 946; BGHZ 132, 6, 8; Clemente, ZIP 1995, 69, 974.

hebliche Zeit nach Kreditvergabe abgegeben werden, haben frühere Darlehen folglich nicht zum Anlass²¹⁹.

Soweit die Sicherheit für Verbindlichkeiten in wechselnder Höhe aus einer laufenden Geschäftsbeziehung mit einem kaufmännischen Unternehmen bestellt wurde, ist gerade auch die Absicherung zukünftiger Verbindlichkeiten von den Parteien gewollt. Der Sicherungsgeber kann folglich von der weiten Zweckerklärung nicht überrascht werden²²⁰. Gleiches gilt umso mehr, wenn die Sicherheit mit Eröffnung des Geschäftskontos bestellt wurde, da dann naturgemäß nur die Haftung für zukünftige Verbindlichkeiten in Betracht kommt²²¹.

Es fehlt auch an einer Überraschung, wenn sich der Sicherungsgeber über Gegenstand und Umfang keine Gedanken gemacht hat. Da es wesentlich von der Abweichung der tatsächlichen Haftung von der vorgestellten Reichweite der Sicherungsabrede ankommt, kann jemand, der sich gar keine Vorstellungen von seiner Verpflichtung macht, auch nicht überrascht werden²²².

Die Feststellung einer solchen fehlenden Vorstellung dürfte in der Praxis allerdings auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen²²³. Da es die Ausnahme bilden dürfte, dass sich der Sicherungsgeber über den Haftungsumfang nicht informiert und sich demzufolge keine Vorstellungen macht, ist die Bank insoweit beweisbelastet.

Zudem weist die Rechtsprechung des BGH eine kleine dogmatische Ungenauigkeit auf, da nach § 3 AGBG solche Klauseln nicht Vertragsinhalt werden, mit denen der Vertragspartner nicht zu rechnen *brauchte*; ob er es im Einzelfall getan hat oder nicht, ist unbeachtlich. Unter Berücksichtigung der ratio legis des § 3 AGBG ist diese Ansicht des BGH jedoch zutreffend²²⁴.

²¹⁹ BGH, ZIP 1995, 727, 728 (zwei Jahre und acht Monate); BGH, WM 1996, 2233, 2234 (neun bis zehn Monate).

²²⁰ BGH, NJW 1987, 946.

²²¹ BGH, WM 1987, 924, 925; OLG Köln, ZIP 1990, 446, 450.

²²² BGHZ 130, 19, 28; OLG Hamm, WM 1997, 710, 714.

²²³ Horn, ZIP 1997, 525, 529.

²²⁴ Pfeiffer, LM § 765 BGB Nr. 99-101.

b) Darlehen an Gesellschaften und/oder Gesellschafter

Ist die Gesellschaft Kreditnehmerin und der Gesellschafter Sicherungsgeber, so hängt die Wirksamkeit der weiten Zweckerklärung von der Einflussmöglichkeit des Gesellschafters ab.

Im Jahre 1985 hatte der BGH es noch für eine weite Haftung als ausreichend erachtet, wenn eine Kommanditistin für die KG Sicherheiten stellt, sofern sie an der Gewährung des Kredites ein wirtschaftliches Interesse hatte²²⁵. Da aber noch andere Gesichtspunkte für die Wirksamkeit der dortigen Zweckerklärung sprachen, ist es zweifelhaft, ob dem BGH die Stellung als Kommanditist allein genügt hätte. Es wird im Einzelfall entscheidend darauf ankommen, inwieweit der Kommanditist die Aufnahme weiterer Darlehen verhindern kann²²⁶. Im Jahre 1990 hat der BGH eine solche Zweckerklärung jedenfalls für nicht wirksam einbezogen erachtet, da nach seiner zutreffenden Ansicht zwischen der Schuldnerin (GmbH & Co. KG) und dem Sicherungsgeber (Kommanditist) eine personelle Identität zu verneinen sei²²⁷.

Hat aber ein unbeschränkt haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft die Sicherheit anlässlich eines bestimmten Darlehens der Gesellschaft bestellt haben, so dürfte der weiten Zweckerklärung in diesem Fall ein überraschender Charakter nicht zugesprochen werden können, da der Gesellschafter ohnehin für sämtliche Verbindlichkeiten persönlich haftet. Der zur Sicherheit hingebene Vermögensgegenstand stünde dem Kreditinstitut folglich auch ohne die Zweckerklärung als Haftungsobjekt zur Verfügung.

Die Tatsache, dass möglicherweise Darlehen gegen den Willen des betreffenden Gesellschafters aufgenommen werden, tritt in

²²⁵ BGH, WM 1985, 1393, 1395.

²²⁶ BGH, WM 1995, 2180, 2181 für einen GmbH-Gesellschafter als Sicherungsgeber ohne maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung.

²²⁷ BGH, NJW 1991, 1286, 1287; nach Wolfsteiner (in Staudinger, Vorbem zu §§ 1191 ff. Rdn. 33) soll es für alle Fälle eines beschränkt haftenden Gesellschafters auf einen maßgeblichen Einfluss grundsätzlich nicht ankommen.

diesem Fall in den Hintergrund. Auch für solche Darlehen haftet er persönlich und unbeschränkt.

Auch bei der Frage der Haftung eines GmbH-Gesellschafters hat der BGH auf dessen Möglichkeiten abgestellt, auf die zukünftige Aufnahme von Krediten durch die Gesellschaft Einfluss zu nehmen²²⁸.

Hat der Geschäftsführer einer GmbH eine Sicherheit bestellt, so muss er aufgrund seiner Stellung damit rechnen, auch für zukünftige Verbindlichkeiten der Gesellschaft eintreten zu müssen²²⁹. Die Kreditaufnahme wird zwar möglicherweise von der Gesellschafterversammlung beschlossen, auf deren Willensbildung er womöglich keinen Einfluss hat, jedoch bedarf es noch eines Umsetzungsaktes durch den Geschäftsführer als gesetzlichen Vertreter der GmbH (§ 35 Abs. 1 GmbHG). Er kann dann zuvor durch Kündigung der Sicherheit seine Haftung beschränken. Bei mehreren, alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführern kann er sich vor Bestellung der Sicherheit einen internen Zustimmungsvorbehalt für die weitere Kreditaufnahme ausbedingen²³⁰. Das schützt ihn zwar nicht vor der Außenhaftung, genügt aber, um den Geschäftsführer nicht schutzlos zu stellen.

Folgerichtig möchte das OLG Hamm auch eine weite Haftung des für eine GmbH bürgenden Gesamtprokuristen annehmen, wenn er die bankmäßige Verpflichtung der GmbH voll überblickt und daran selbst mitgewirkt hat²³¹.

Die Ausdehnung der Haftung von zur Absicherung von Gesellschaftsdarlehen hingegebenen Sicherheiten auf For-

²²⁸ BGH, WM 1995, 2180, 2181 (für Schuldbeitritt).

²²⁹ BGH, NJW 1996, 3205.

²³⁰ Die gleichen Möglichkeiten stehen im übrigen auch einem persönlich haftenden Gesellschafter zur Verfügung, der eine Sicherheit für eine Gesellschaftsschuld bestellt hat.

²³¹ OLG Hamm, EWiR § 767 BGB 1/97, 353 mit zustimmender Anmerkung von Wissmann.

derungen gegen den einzelnen Gesellschafter hingegen ist überraschend und verstößt gegen § 3 AGBG²³².

Bestellt eine Gesellschaft zugunsten ihres Gesellschafters eine Sicherheit, so sind mangels Einflussmöglichkeit die obigen Grundsätze zu § 3 AGBG anwendbar²³³. Ist aber die persönliche und gesellschaftsrechtliche Verflechtung der Beteiligten derart eng, dass das Risiko künftiger Kreditaufnahmen berechenbar und vermeidbar ist, so kann schon allein deshalb eine erfolgreiche Einbeziehung erfolgen²³⁴.

c) Absicherung eines befristeten Kontokorrentkredites

In der Bankpraxis war es bislang üblich, Kontokorrentkredite von Unternehmen auf ein Jahr zu befristen, um das Darlehen nach den Grundsätzen des BAKred²³⁵ nur hälftig auf die Belastung des Eigenkapitals anrechnen zu müssen²³⁶. Die Verlängerung dieses Kredites stellt sich – juristisch betrachtet – als neues und somit als zukünftiges Darlehen dar.

Der BGH hält die Sicherungsabrede auch für insoweit überraschend, wie sie solche Kreditprolongationen erfasst²³⁷.

Dieser Neukredit ist aber schon bei Bestellung der Sicherheit nach Gegenstand und Umfang hinreichend bestimmt. Er kann daher als „Anlass“ im Sinne der Rechtsprechung des BGH betrachtet werden²³⁸. Zudem wird der Sicherungsgeber regelmäßig von der zeitlichen Befristung nichts erfahren, sofern diese nur aufgrund der oben genannten Überlegung von der Bank vorgenommen wurde. Wirtschaftlich betrachtet unterscheidet sich dieses Darlehen aber in nichts von einem zeitlich unbefristeten

²³² BGH, ZIP 1986, 1547, 1549; BGHZ 102, 152, 161; Reinicke/Tiedtke, WM-Sonderbeilage Nr. 5/1991, S. 6; Clemente, ZIP 1990, 969, 973; a.A. Graf v. Westphalen, ZIP 1984, 1, 9.

²³³ BGHZ 100, 82, 86; BGHZ 102, 152, 161 f.; OLG Karlsruhe, DB 1998, 1808; Tiedtke, NJW 1991, 3241, 3242.

²³⁴ BGH, ZIP 1987, 565.

²³⁵ Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen

²³⁶ Grundsatz I Absatz 4 Nr2 2d a.F.

²³⁷ BGHZ 109, 196, 202; BGH, WM 1997, 721, 723.

²³⁸ BGH, ZIP 1996, 702, 705; Richrath/Schröter, WuB I F 1a – 12.96.

Kontokorrentkredit. Eine lediglich zeitlich, nicht auch umfangmäßig weitergehende Haftung wird den Sicherungsgeber daher nicht überraschen²³⁹.

d) Notarielle Beurkundung

In der Praxis werden Grundschuldzweckerklärungen häufig in die Grundschuldbestellungsurkunde aufgenommen. Diese wird notariell beurkundet. Es ist fraglich, ob diese Beurkundung und die damit einhergehende Belehrung (§ 17 BNotO) den überraschenden Charakter der weiten Sicherungsabrede beseitigt.

Das OLG Hamm²⁴⁰ sowie das OLG Oldenburg²⁴¹ gehen davon aus, dass die Belehrung über eine Klausel grundsätzlich eine Nichteinbeziehung nach § 3 AGBG vermeidet²⁴². § 3 AGBG beziehe sich nicht auf solche Klauseln, die dem Vertragspartner durch den Beurkundungsvorgang zur Kenntnis gebracht werden. Die gleiche Ansicht wird zum Teil im Schrifttum vertreten²⁴³.

Der BGH geht davon aus, dass ein bloßes Vorlesen der Klausel jedenfalls nicht geeignet ist, ihr den Überraschungseffekt zu nehmen²⁴⁴. Andererseits kann die notarielle Verlesung einer in einem übersichtlichen und verständlichen Vertrag enthaltenen Klausel deren Überraschungsmoment nach Ansicht des BGH durchaus beseitigen²⁴⁵.

Angesichts der dürftigen Belehrungspraxis der Notare und des Umstandes, dass der Sicherungsgeber regelmäßig Nachfragen nicht stellt, dürfte eine Belehrung nach § 17 BNotO grundsätzlich

²³⁹ Ebenso Wagenknecht, WuB I F 1a – 8.97, der dies aber über den Weg der ergänzenden Vertragsauslegung erreichen möchte.

²⁴⁰ DNotZ 1987, 500.

²⁴¹ NJW 1985, 152; ebenso wie beim Urteil des OLG Hamm ging es allerdings um die in der Grundschuldbestellungsurkunde enthaltene Übernahme der persönlichen Haftung.

²⁴² Insoweit zweifelnd Braunert, NJW 1991, 805, 807; Schmitz-Valckenberg, DNotZ 1996, 492, 494 f.

²⁴³ Schmitz-Valckenberg, DNotZ 1996, 492, 493; Palandt/Heinrichs, § 3 AGBG Rdn. 3.

²⁴⁴ BGHZ 83, 56, 60.

²⁴⁵ BGHZ 114, 338, 340.

den Überrumpelungseffekt jedoch nicht beseitigen. Die Bank selbst ist gehalten, für die gebotene Aufklärung zu sorgen. Sie kann sich nicht darauf verlassen, dass Dritte dies für sie tun²⁴⁶.

4. Vermeidung des überraschenden Charakters

Will die Bank das Risiko des § 3 AGBG bei der weiten Zweckerklärung ausschließen, so genügt hierzu nach dem BGH nicht einmal eine zusätzliche Formularerklärung, die sie dem Sicherungsgeber vorlegt und unterzeichnen lässt²⁴⁷. Diese Vorgehensweise bietet nicht die Gewähr dafür, dass dem Sicherungsgeber bewusst wird, in welchem unbeschränkten Maße er sich verpflichtet. Vielmehr bedarf es nach Ansicht des BGH eines individuellen Hinweises, welcher dem Sicherungsgeber die Tragweite seiner Erklärung vor Augen führt²⁴⁸.

Noch einen Schritt weiter geht das OLG Karlsruhe. Selbst wenn der Sicherungsgeber unter Hinweis auf seine eigene Sachkunde ausdrücklich auf eine Belehrung verzichtet, so wäre ein individueller Hinweis noch erforderlich, wenn noch Raum für Zweifel daran bleiben, ob der Sicherungsgeber tatsächlich das von ihm übernommene Risiko erkannt hat²⁴⁹. Der XI. Zivilsenat des BGH hat die Revision mit Beschluss vom 12. Mai 1998²⁵⁰ nicht angenommen und scheint somit diese Auffassung zu teilen.

Diese Entscheidungen gehen jedoch zu weit. Es muss angesichts des Wortlautes des § 3 AGBG genügen, wenn durch geeignete drucktechnische Hervorhebung der Klausel das Augenmerk des Betrachters auf sie gelenkt wird. Anderenfalls wäre es grundsätzlich nicht möglich, eine solche Haftungserweiterung wirksam in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vereinbaren. Sie müsste in jedem Fall individuell abgesprochen werden. Dies ist nicht Ziel des § 3 AGBG. Eine drucktechnische Hervorhebung

²⁴⁶ Thelen, DB 1991, 741, 742.

²⁴⁷ BGH, ZIP 1995, 1979, 1981; Wolfsteiner nennt dies „Überraschungsfiktion“ (in Staudinger, Vorbem zu §§ 1191 ff. Rdn. 31).

²⁴⁸ BGH, ZIP 1995, 1979, 1981.

²⁴⁹ OLG Karlsruhe, DB 1998, 1808.

²⁵⁰ XI ZR 218/97.

genügt nach dessen Wortlaut. Klauseln mit einem möglicherweise überraschendem Wortlaut sollen nicht verhindert, es soll ihnen vielmehr nur der überraschende Charakter genommen werden.

C. Inhaltskontrolle von Zweckerklärungen

I. Zulässigkeit der Inhaltskontrolle

1. Zulässigkeit der Inhaltskontrolle bei Bürgschaften

Im Zusammenhang mit der Inhaltskontrolle von Zweckerklärungen bei Bürgschaften wurde in letzter Zeit immer wieder die Frage aufgeworfen, inwieweit eine Inhaltskontrolle unter Berücksichtigung des § 8 AGBG überhaupt zulässig sei.

Während in den gerichtlichen Entscheidungen früherer Jahre zum Teil nur auf den überraschenden Charakter der einzelnen Klauseln abgestellt und im übrigen die Frage nach der Inhaltskontrolle entweder gar nicht diskutiert²⁵¹, offengelassen²⁵² oder wegen Fehlens der Tatbestandsvoraussetzungen des § 9 AGBG negativ beschieden worden ist, stellt sich daneben die Frage, ob unter Berücksichtigung des Regelungsbereiches des § 8 AGBG eine solche Zweckerklärung bei Bürgschaften überhaupt der Inhaltskontrolle unterliegt²⁵³.

a) Regelungsgehalt des § 8 AGB-Gesetz

Nach dem Wortlaut der Vorschrift sind solche Vereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen kontrollfähig, die von gesetzlichen Regelungen abweichen oder sie ergänzen.

aa) Nebenpflichten

Nebenpflichten zu den Hauptleistungen sind im Gesetz entweder im Besonderen Schuldrecht bei dem jeweiligen Vertragstyp gere-

²⁵¹ BGHZ 83, 56.

²⁵² BGH, WM 87, 498, 499.

²⁵³ BGHZ 130, 19, 30 m.w.N.

gelt oder aber zumindest Ausdruck eines allgemeingültigen Prinzips im Allgemeinen Schuldrecht.

Wenn daher Allgemeine Geschäftsbedingungen Klauseln über Nebenpflichten, z.B. Gewährleistungsrechte, enthalten, so unterliegen diese Klauseln der Inhaltskontrolle, sofern sie vom Gesetz abweichende oder dieses ergänzende Regelungen treffen.

bb) Hauptleistungspflichten

Im Hinblick auf Hauptleistungspflichten verbietet sich aufgrund der Privatautonomie allerdings grundsätzlich eine solche Kontrolle²⁵⁴.

Die im Privatrecht vorherrschende Autonomie der Vertragsparteien hängt unmittelbar zusammen mit der marktwirtschaftlichen Ordnung in der Bundesrepublik und der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Insbesondere im Schuldrecht wird dabei den Vertragsparteien in weitem Umfang freie Hand gelassen, welchen Inhalt sie ihren Vereinbarungen geben wollen. Zum Schutz Schwächerer ist dabei jedoch die Regelung einer Reihe von *Nebenpflichten* unumgänglich.

Allerdings entziehen sich die - konkreten²⁵⁵ - *Hauptleistungspflichten* (z.B. der Preis einer Ware), d.h. diejenigen Rechte und Pflichten, um deretwillen die Vertragsschließenden sich binden, aufgrund der Privatautonomie einer gesetzlichen Regelung²⁵⁶. In den Grenzen der §§ 134, 138, 242 BGB können die Parteien vereinbaren, was immer sie für richtig und angemessen halten. Das Gesetz unterstellt dabei, dass beide Vertragsparteien für die Gestaltung ihrer gegenseitigen Rechtsbeziehungen in etwa gleich verantwortlich sind²⁵⁷ und die widerstreitenden Interessen zu ei-

²⁵⁴ Palandt/Heinrichs, § 8 AGBG Rdn. 1.

²⁵⁵ Das Gesetz legt nur abstrakt fest, welche Verpflichtungen den Vertragsparteien obliegen, z.B. Zahlung des Kaufpreises und Übereignung der Sache. Welcher Gegenstand allerdings verkauft wird und zu welchem Preis obliegt einzig den vertragsschließenden Parteien.

²⁵⁶ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 Rdn. 8; BGHZ 127, 35, 41; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 Rdn. 1 unter Hinweis auf BegrRegE, BT-Drucks. 7/3919, S. 22.

²⁵⁷ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn. 1.

nem ausgewogenen Ausgleich bringen können²⁵⁸. Die erforderliche Vertragsgerechtigkeit wird dabei durch die Vertragsparteien geschaffen.

Eine Einengung dieser Gestaltungsfreiheit durch dispositive gesetzliche Vorgaben ist nur in Ausnahmefällen möglich, wo der Schutz einer Vertragspartei – oder aber auch die übergeordnete Moral- und Gesetzesordnung (§§ 134, 138, 242 BGB) - zwingend auch eine solche Regelung bedingt. Wegen des Ausnahmecharakters und der grundsätzlich vorrangigen Geltung der Privatautonomie muss der Schutz der einen Partei jedoch existentiell geboten sein bzw. müssen die Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft eine gesetzliche Regelung erforderlich machen. Eine in jedem Fall gleich starke Verhandlungsposition beider Parteien kann und will das Gesetz hingegen nicht leisten. Hauptleistungspflichten regelt das Gesetz daher nur in Ausnahmefällen dort, wo der Gesetzgeber aus Schutzerwägungen heraus die Bestimmung solcher Pflichten nicht dem freien Spiel der Kräfte und dem Markt überlassen möchte.

Die Regelung des § 8 AGBG ist die Konsequenz dieses Prinzips. Wenn es alleine den Vertragsparteien vorbehalten sein soll, welche Verpflichtungen für sie so wesentlich sind, dass sie um ihrer willen einen Vertrag schließen, dann darf von dritter Seite nicht die Angemessenheit dieser Pflichten überprüft werden. Nur die Parteien können und sollen die Ausgewogenheit der Hauptleistungspflichten beurteilen. Ansonsten könnte ein Gericht z.B. die Preisgestaltung der Parteien unter dem Gesichtspunkt der §§ 9-11 AGBG in Frage stellen. Dies würde der freien Marktwirtschaft zuwider laufen. Die Frage, ob die Hauptleistungen angemessen sind, entzieht sich daher einer Beurteilung Dritter.

Anderes gilt - wie eben angedeutet - nur in wenigen Ausnahmefällen. Dann gibt das Gesetz zum Schutz einzelner den Vertragsparteien Hauptleistungen oder Modifikationen hiervon vor, die es für angemessen hält. Abweichungen von diesen Vorgaben sind im Schuldrecht zwar regelmäßig zulässig, bedürfen

²⁵⁸ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn. 59.

aber eines Rechtfertigungsgrundes. Daher unterfallen solche Abweichungen der Inhaltskontrolle²⁵⁹, da der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen regelmäßig einen derart starken Verhandlungsstandpunkt inne hat, dass ein Missbrauch der Privatautonomie eher zu befürchten ist. Eine Prüfung ist letztendlich auch dann zulässig, wenn Klauseln eine Hauptleistungspflicht modifizieren.

Somit sind insbesondere Leistungsbeschreibungen (als Teil der Hauptleistung) nicht nach §§ 9-11 AGBG kontrollfähig²⁶⁰, soweit nicht das Gesetz ausnahmsweise eigene Vorgaben enthält. Bei der Bestimmung der Hauptleistungspflichten und der Frage, ob es sich um eine Leistungsbeschreibung handelt, ist jedoch aufgrund des Zwecks des AGB-Gesetzes, eine möglichst umfassende Kontrolle vorformulierter Vertragsbedingungen zum Schutz des Verwenders zu ermöglichen, eine enge Auslegung geboten²⁶¹.

Zu den nicht gem. § 8 AGB-Gesetz kontrollierbaren Leistungsbestimmungen gehören daher (nur) alle diejenigen Vertragsbestandteile, die *notwendig* von den Parteien festgelegt werden müssen, um die Vertragsbeziehung durchführbar werden zu lassen (*essentialia negotii*)²⁶². Hierzu gehören zum einen das "Ob" der Leistung und zum anderen Art und Umfang²⁶³.

Daran ändert m.E. auch der Umstand nichts, dass sich der Inhalt eines Vertrages oft aus den Umständen und dem Parteiinteresse konkretisieren lässt. Auch in diesen Fällen legen die Parteien die Hauptleistungen in dem betreffenden Einzelfall fest, selbst wenn es für die bestimmte Vertragsart einen typisierten Regelungsgehalt gibt. Eine Inhaltskontrolle verbietet sich wegen § 8 AGBG auch hier.

²⁵⁹ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 Rdn. 27 a.E.

²⁶⁰ BegrRegE, BT-Drucks. 7/3919, S. 22; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 Rdn. 1, 8; BGHZ 127, 35, 41.

²⁶¹ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 Rdn. 1, 26.

²⁶² Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 Rdn. 10.

²⁶³ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 Rdn. 10; BGHZ 127, 35, 41.

Da die essentiellen Pflichten der Parteien erst durch den Vertragszweck definiert und festgelegt werden, ist zudem auch dieser Zweck der Inhaltskontrolle entzogen²⁶⁴.

b) Die frühere Rechtsprechung des BGH

Der BGH und auch die obergerichtliche Rechtsprechung hat aus dem oben dargestellten Rechtsverständnis heraus lange Zeit eine Inhaltskontrolle von weiten Zweckerklärungen bei Bürgschaften abgelehnt²⁶⁵. Den Grund hierfür sahen die Richter in dem Umstand, dass das Gesetz in § 765 Abs. 2 BGB ausdrücklich eine Bürgschaft für zukünftige Forderungen vorsehe. Dies sei eine gesetzlich vorgesehene Leistungsbestimmung, von welcher die weite Zweckerklärung nicht abweiche²⁶⁶.

c) Die Ansicht der Literatur

Diese Rechtsprechung des BGH hatte in der Literatur zum Teil Zustimmung gefunden²⁶⁷.

Jedoch wurden auch schon seinerzeit kritische Stimmen laut, die eine Anwendung der §§ 9-11 AGBG für zulässig und geboten hielten²⁶⁸. *Derleder* begründet diese Auffassung damit, dass eine Bürgschaft für alle Verbindlichkeiten aus der Geschäftsverbindung durchaus über die Regelung des § 765 Abs. 2 hin-

²⁶⁴ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 Rdn. 8.

²⁶⁵ BGH, WM 1985, 155, 156 – grundsätzlich zustimmend Schröter, WuB I F 1a – 1.85 (der jedoch auch schon im Einzelfall eine Begrenzung annehmen möchte, wenn zum Ausdruck gekommen ist, dass der Bürge nur eine bereits bestehende, der Höhe nach feststehende Schuld sichern möchte); BGH, WM 1986, 95, 96 – zustimmend Bruchner, WuB I F 1a – 6.86 (ebenfalls mit der von Schröter in WuB I F 1a – 1.85 gemachten ausnahmsweisen Einschränkung; s.o.); BGH, WM 1987, 924, 925; OLG Düsseldorf, WM 1984, 82, 83.

²⁶⁶ BGH, WM 1985, 155, 156 unter Berufung auf OLG Düsseldorf, WM 1984, 82, 83; BGH WM 1986, 95, 96; so auch OLG Köln, ZIP 1990, 446, 448.

²⁶⁷ Reinicke/Tiedtke, JZ 1985, 483, 486; dies. JZ 1986, 426, 429; Rehbein, FS Heinsius, S. 676; eine umfassende Übersicht zum Meinungsstand findet sich bei BGHZ 130, 19, 26.

²⁶⁸ Derleder, NJW 1986, 97, 100; Thelen, DB 1991, 741, 743; Tiedtke, ZIP 1994, 1237, 1242 (unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren Auffassung JZ 1985, 483, 486 sowie JZ 1986 426, 429); ders., ZIP 1995, 521, 532.

ausgehe und somit kontrollfähig sei²⁶⁹. Thelen steht auf dem Standpunkt, die weite Zweckerklärung sei mit den wesentlichen Grundgedanken der §§ 765, 766, 767 Abs. 2 nicht zu vereinbaren und weiche demzufolge von diesen gesetzlichen Bestimmungen ab²⁷⁰.

d) Änderung der Rechtsprechung

Mit Urteil vom 18. Mai 1995²⁷¹ änderte der IX. Zivilsenat des BGH grundlegend seine Rechtsprechung zur Frage des AGB-Gesetzes und weiten Bürgschaftserklärungen. In dem zugrundeliegenden Fall hatte sich die Bürgin mit einer weiten Sicherungsabrede ohne zeitliche und betragsmäßige Beschränkung aus Anlass eines betragsmäßig limitierten Kontokorrentkredits verbürgt.

Neben der Übernahme der sog. "Anlass" - Rechtsprechung des V. Senats zum Überempelungseffekt von weiten Grundschuldzweckerklärungen²⁷² auf Bürgschaften (§ 3 AGBG) war nach Auffassung des Senates eine solche Bestimmung in Bürgschaftsverträgen nunmehr auch der Inhaltskontrolle unterworfen. Begründet wurde dies mit der Ansicht, § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB enthalte das grundsätzliche Erfordernis einer betragsmäßigen Begrenzung der Bürgschaft²⁷³. Da nach dieser Vorschrift die Verpflichtung des Bürgen nicht durch ein Rechtsgeschäft erweitert werden kann, welches der Hauptschuldner nach Übernahme der Bürgschaft vornimmt, setzt das Gesetz nach Auffassung des BGH *"zum Schutze des Bürgen neben der Bestimmtheit der zu sichernden Forderungen eine summenmäßige Begrenzung der Bürgschaft als selbstverständlich voraus. (...) Eine unbegrenzte Ausdehnung der Haftung durch rechtsgeschäftliches Handeln anderer widerspricht dem elementaren Schutz der Privatautonomie*

²⁶⁹ Derleder, NJW 1986, 97, 100.

²⁷⁰ Thelen, DB 1991, 741, 743.

²⁷¹ BGHZ 130, 19 ff. (zustimmend Schröter, WuB I F 1a – 13.95, entgegen seiner Ansicht WuB I F 1a – 1.85).

²⁷² Richtungsweisend das Urteil des V. Senats vom 29. Januar 1982 - BGHZ 83, 56 ff.

²⁷³ BGHZ 130, 19, 26.

des Bürgen."²⁷⁴ Die weite Zweckerklärung weiche von diesem Leitbild des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB ab und unterfalle demzufolge der Inhaltskontrolle. Die Bestimmung der Hauptleistung sieht der BGH in der Übernahme der Haftung für die Forderung, die Anlass zur Hingabe der Bürgschaft sei. Die weitergehende Haftung sei als abweichende Regelung Nebenbestimmung und infolgedessen kontrollfähig²⁷⁵.

Dabei handelt es sich streng genommen um zwei selbständige Gesichtspunkte, die jeder für sich eine Inhaltskontrolle rechtfertigen können. Zum einen ist dies die Annahme, die erweiterte Zweckerklärung sei eine Nebenbestimmung und unterliege deshalb der Inhaltskontrolle. Zum anderen enthält diese Argumentation das Postulat, § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB enthalte ausnahmsweise ein Leitbild einer Hauptleistungsverpflichtung, von welchem die weite Zweckerklärung abweicht. Der BGH trennt allerdings diese Gesichtspunkte nicht in der Schärfe, wie es notwendig wäre.

Im folgenden hat nunmehr der BGH seine neue Rechtsprechung wiederholt bestätigt und ausgebaut²⁷⁶. Im Gegensatz zum Urteil vom 18. Mai 1995²⁷⁷ hat der BGH aber die Frage nach der Zulässigkeit der Inhaltskontrolle nicht mehr problematisiert, sondern ist in jedem Fall sofort auf die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 9-11 AGBG eingegangen. Insbesondere das Urteil vom 18. Januar 1996²⁷⁸ verdient dabei Beachtung, da hier - im Gegensatz zu den anderen Entscheidungen - ein Fall zur Entscheidung anstand, im welchem die Bürgschaft nicht aus Anlass eines bestimmten Darlehens, sondern zur Besicherung der bestehenden Geschäftsverbindung bestellt wurde. Doch auch hier hat der BGH, ohne überhaupt auf § 8 AGBG einzugehen, die weite Zweckerklärung an § 9 AGBG scheitern lassen.

²⁷⁴ BGHZ 130, 19, 26 f.

²⁷⁵ BGHZ 130, 19, 33.

²⁷⁶ BGHZ 132, 6, 8; BGH, ZIP 1996, 702, 704; ZIP 1996, 1289, 1290; BGH, ZIP 1998, 1675; BGH, WM 1998, 67; eine kurze Chronologie findet sich bei Pfeiffer, DZWir 1998, 154 f.

²⁷⁷ BGHZ 130, 19.

²⁷⁸ BGHZ 132, 6; mit Urteil vom 13. November 1997 (WM 1998, 67) hat der BGH diese Linie seiner Rechtsprechung fortgesetzt.

e) Die neue Literatur und obergerichtliche Rechtsprechung

In der Literatur ist dieser Wandel in der Rechtsprechung des IX. Senats größtenteils begrüßt worden²⁷⁹. Dabei wird vorwiegend mit den Argumenten des BGH auf den Schutz des Bürgen abgestellt.

Auch die Obergerichte sind dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung gefolgt²⁸⁰. Ebenso wie der BGH in seinen weiteren Entscheidungen verzichten sie indes auf eine Begründung, warum sie eine Inhaltskontrolle vornehmen, sondern lassen die weite Sicherungsabrede regelmäßig an § 9 AGBG scheitern.

f) Stellungnahme

Der Auffassung des BGH ist allenfalls zum Teil zuzustimmen.

aa) Die Besicherung von "Anlass" - Krediten

Es mag an dieser Stelle noch dahinstehen, ob § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB tatsächlich die vom BGH postulierte Leitbildfunktion besitzt. Sofern aber Sicherheiten in unmittelbarem zeitlichen und sachlichem Zusammenhang mit der Vergabe neuer Darlehen oder der Prolongation bestehender Kredite stehen ("Anlass" - Kredite), ist dem BGH darin zuzustimmen, dass nur die Sicherung der Verbindlichkeit(en), um deretwillen der Bürge zur Abgabe seiner Bürgschaftserklärung gebeten wurde, unmittelbare Leistungsbestimmung darstellt²⁸¹. Nur insoweit ist demzufolge gem. § 8 AGBG eine Inhaltskontrolle nach §§ 9-11 AGBG aus-

²⁷⁹ Horn in Staudinger, § 765 Rdn. 50; Reinicke/Tiedtke, DB 1995, 2301, 2304; Pfeiffer, LM § 765 Nr. 99 - 101; ders., LM § 765 Nr. 105; Horn, ZIP 97, 525, 527.

²⁸⁰ OLG Koblenz, BB 1997, 118; OLG Düsseldorf, BB 1997, 118, 119; OLG Hamm, WM 1997, 710, 712.

²⁸¹ Eine solche Differenzierung nimmt auch wohl Brandner (in Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9 - 11, Rdn. 663) vor, wenn er formuliert, dass eine Erweiterung grundsätzlich nicht zu beanstanden sei, es sei denn es handele sich um die Besicherung einer *bestimmten, fremden* Schuld - allerdings im Zusammenhang mit Grundschuldzweckerklärungen.

geschlossen. Die Erweiterung auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen hingegen ist kontrollfähig.

Der Grund hierfür liegt in folgendem:

Neben den Hauptleistungsbestimmungen muss auch der Vertragszweck selbst der Inhaltskontrolle entzogen werden²⁸². Dies liegt darin begründet, dass der Zweck eines Vertrages, d.h. einer rechtlichen Bindung, ebenfalls frei von den Parteien bestimmt werden kann. Zur Erreichung des Vertragsziels werden dann die ebenfalls kontrollfreien Hauptleistungsverpflichtungen ausgehandelt. Vertragszweck sind dabei die rechtlich anerkannten und verbindlich vereinbarten Ziele der Vertragsparteien²⁸³, um deretwillen sie einen Leistungsverkehr, d.h. die Hauptleistungsverpflichtung, wünschen. Dieser Kern des Vertrages bzw. dessen Angemessenheit kann und darf gerichtlich nicht überprüft werden. Ob diese Leistungen, um deretwillen die Parteien sich binden wollten, angemessen sind, darf von Dritter Seite, d.h. vom Gericht im Rahmen einer Inhaltskontrolle, nicht bestimmt werden (vgl. oben B I 2 lit. a). Entsprechend dem Sinn des § 8 AGBG soll der Vertragspartner des Verwenders lediglich davor geschützt werden, dass ihm einseitig unangemessene Verkürzungen einer - von ihm zu Recht erwarteten - vollwertigen Leistung auferlegt werden²⁸⁴. Somit unterliegt nicht der Zweck selbst, sondern nur dessen Gefährdung der Inhaltskontrolle. Überprüfbar sind demzufolge nur solche Klauseln, die eine derartige unangemessene einseitige Beschränkung der Rechte des Kunden enthalten und somit auf eine Weise einschneidend sind, dass sie die Erreichung des Leistungszweckes gefährden (§ 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG)²⁸⁵. Hierfür ist eine scharfe Abgrenzung zwischen solchen Vereinbarungen, die den Leistungszweck darstellen und somit Hauptleistungspflichten beinhalten, zu den Klauseln erforderlich,

²⁸² Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 Rdn. 8; weicht dieser von demjenigen ab, welchen die Parteien in den Gesprächen vorausgesetzt haben, so kommt entweder § 3 oder § 4 AGBG zum Zuge.

²⁸³ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 Rdn. 8.

²⁸⁴ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 Rdn. 27; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 Rdn. 12.

²⁸⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 Rdn. 8.

die als Nebenbestimmungen die Hauptleistung modifizieren²⁸⁶. Umschreibt daher eine Klausel nur den Vertragszweck (eben durch Festlegung der Hauptleistung), so ist sie der Inhaltskontrolle entzogen²⁸⁷. Um nicht in zu weitem Maße eine Klausel der Inhaltskontrolle zu entziehen, ist bei der Festlegung dieser Hauptleistung und bei der Abgrenzung zu modifizierenden Nebenbestimmungen ein enger Maßstab geboten²⁸⁸.

Demzufolge liegt immer nur dann eine Bestimmung des Leistungszweckes vor, wenn ohne die entsprechende Klausel die Leistung nicht mehr bestimmbar und der Vertragszweck infolgedessen nicht mehr erreichbar wäre²⁸⁹. Daher sind nur die *essentialia negotii* nicht überprüfbar (vgl. oben B I 2 lit. a bb), denn ohne diese wäre der Vertragszweck nicht zu definieren²⁹⁰.

Was nun von den Parteien als essentielle Vertragsbestimmung gewollt war, ist eine Frage der Umstände des Einzelfalls. Die Parteien bestimmen den Zweck und legen somit fest, welche Vereinbarungen unbedingt wesentlicher Bestandteil des Vertrages werden sollen (§ 154 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dies ist gegebenenfalls durch Auslegung zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB). Hierbei ist insbesondere der Gang der Vertragsverhandlungen zu berücksichtigen²⁹¹. Anhand dessen lässt sich der Wille der Beteiligten feststellen, welcher Zweck mit dem Rechtsgeschäft beabsichtigt war. Handelt es sich um einen der "Anlass" - Fälle, so war Zweck (= Anlass) der Sicherheitenbestellung nur derjenige Kredit, der neu vergeben bzw. prolongiert werden sollte. Im Zusammenhang mit dieser Kreditvergabe ist der Hauptschuldner bzw. die Bank an den potentiellen Sicherungsgeber herangetreten. Die Sicherung *dieses Darlehens* ist folglich die von den Parteien beabsichtigte Hauptleistung, um deretwillen der Bürge angesprochen worden ist und sich letztendlich auch ver-

²⁸⁶ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 Rdn. 10.

²⁸⁷ Tiedtke, ZIP 1994, 1237, 1242; ders., ZIP 1995, 521, 532.

²⁸⁸ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 Rdn. 27.

²⁸⁹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 Rdn. 10; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 Rdn. 26; BGHZ 127, 35, 41.

²⁹⁰ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 Rdn. 8.

²⁹¹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 Rdn. 8.

bürgt hat²⁹²; nur die Absicherung dieser Forderung(en) vermag dem Vertragszweck gerecht zu werden. Die weitergehende Sicherheitenbestellung ist als Nebenbestimmung nach §§ 9-11 AGBG kontrollfähig²⁹³, da sie zur Erfüllung des Vertragszwecks nicht notwendig ist.

bb) Umfassende Sicherung der Geschäftsverbindung

Soweit der BGH in den "Anlass" - Fällen eine Inhaltskontrolle der weiten Zweckerklärung (genauer, aber vom BGH nicht differenziert: der Erweiterung der Zweckerklärung) vornimmt, ist ihm infolgedessen zuzustimmen. Jedoch hat der IX. Senat auch im Urteil vom 18. Januar 1996²⁹⁴ eine Inhaltskontrolle vorgenommen, obwohl - was der Senat ausdrücklich festgestellt hat²⁹⁵ - die Bürgschaft gerade nicht aus Anlass eines bestimmten Darlehens übernommen worden ist.

(1) Teilbarkeit der Sicherungsabrede

Eine Inhaltskontrolle käme jedoch nur dann in Betracht, wenn etwa eine der obigen Sachlage entsprechende Teilbarkeit in Haupt- und Nebenbestimmungen vorläge oder aber wenn eine Hauptleistung gesetzlich vorgesehen wäre und eine weite Bürgschaftserklärung von dieser gesetzlichen Regelung abweichen würde.

In Fällen wie solchen, wie er dem Urteil des BGH vom 18. Januar 1996 zugrunde lag, ist jedoch von den Vertragsparteien *die umfassende Absicherung der gesamten Geschäftsverbindung* bezweckt und somit uneinschränkbare und unteilbare Hauptleistung des Sicherungsvertrages. Sie zählt vollumfänglich zu den essen-

²⁹² In der Regel wird es sich bei der Bestimmung der Hauptleistung um eine konkludente Individualvereinbarung handeln, die ohnehin gem. § 4 AGBG nicht kontrolliert werden darf; zwingend ist dies jedoch nicht; vgl. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 Rdn. 26.

²⁹³ BGHZ 130, 19, 32; Horn in Staudinger, § 765 Rdn. 50; Tiedtke, ZIP 1994, 1237, 1242; ders., ZIP 1995, 521, 532; Trapp, ZIP 1997, 1279, 1281.

²⁹⁴ BGHZ 132, 6.

²⁹⁵ BGHZ 132, 6, 8.

tialia negotii²⁹⁶, die aufgrund der Vertragsfreiheit nicht auf ihre Angemessenheit hin überprüft werden dürfen. Anders als in den "Anlass" - Fällen hat hier nicht die Bank die Gelegenheit ergriffen und die eigentlich nur für den Neukredit gedachte Sicherung erweitert, sondern von Beginn an ist eine solche weite Haftung beabsichtigt. Diese umfassende Sicherung ist Zweck der Vereinbarung und somit eine nicht nach §§ 9-11 AGBG kontrollierbare Hauptleistung. Nur durch diese umfassende Bürgschaft wird der Vertragszweck erfüllt. Die Sicherungsabrede legt bei einer solchen Fallgestaltung unmittelbar den Umfang der beabsichtigten Sicherung fest. Nach dem Willen der Parteien war genau dieser Sicherungsumfang wesentlich im Sinne des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB und aus diesem Grunde notwendiger, essentieller Bestandteil der Bürgschaft. Wegen dieser umfassenden Sicherung ist die Bürgschaftserklärung abgegeben worden. Eine Aufteilung in Haupt- und Nebenbestimmung wäre gekünstelt und würde dem ausdrücklichen Parteiwillen widersprechen. Zudem wäre ein "Anlass" - Kredit, dessen Sicherung alleinige Hauptleistung wäre, gar nicht fassbar.

Nun mag man einwenden, der Bürge habe auch in solchen Fällen eine gewisse Vorstellung von dem Umfang der bestehenden Verbindlichkeiten. Die Absicherung dieser, zum Zeitpunkt des Entstehens der Bürgschaftsverpflichtung existenten Geschäftsverbindung sei Zweck der Sicherung; weitergehende, insbesondere zukünftige Darlehen seien nicht mehr hiervon umfasst, so dass deren Absicherung kontrollfähig sei.

Diese Sichtweise lässt allerdings außer acht, dass dem Bürgen regelmäßig bewusst sein muss, dass eine Geschäftsverbindung keine feste Größe ist, sondern einen sich entwickelnden Prozess darstellt und Fluktuationen unterliegt. Im Rahmen einer Geschäftsverbindung kann es durchaus geboten sein, weitere Überziehungen zuzulassen oder neue Darlehen zuzusagen²⁹⁷. Dieses aus der Entwicklung resultierende Risiko soll gerade abgesichert

²⁹⁶ Pfeiffer, DZWIR 1998, 154, 157, der dennoch für eine Überprüfung auch in einem solchen Fall plädiert, vgl. nur Pfeiffer, LM § 765 BGB Nr. 105 zum Urteil des BGH vom 18. Januar 1996 (BGHZ 132, 6 ff.).

²⁹⁷ So auch BGH, WM 1987, 1430, 1431.

werden. Dem Bürgen muss daher klar sein, dass er auch für zukünftige Forderungen einstehen soll. Grund der Sicherheitenverstärkung dürfte gerade eine Erhöhung des Risikos der Bank sein. Diese möchte aber nicht nur die gegenwärtige Verbindung absichern, sondern sich gerade auch in der Zukunft gesichert wissen. Sagt der Sicherungsgeber angesichts dessen die Bürgschaft zu, so ist auch die Absicherung zukünftiger, ungewisser Verbindlichkeiten von Beginn an Zweck der Bürgschaft. Die Begrenzung dieses Zwecks auf die am Tag der Bürgschaftserklärung bestehende Geschäftsverbindung wäre konstruiert und zudem vom zufälligen Bestand der Darlehen an diesem Tag abhängig²⁹⁸. Auf die bisherige Entwicklung der Geschäftsverbindung abzustellen²⁹⁹ mag zwar Anhaltspunkte für die subjektiven Vorstellungen des Bürgen liefern, stellt den Rechtsanwender in der Praxis aber vor erhebliche Schwierigkeiten, die feste, summenmäßige Beschränkung auf einen bestimmten Haftungsrahmen zu konkretisieren. Allenfalls ungefähre Größenordnungen dürften dieser Betrachtung entnommen werden können.

Im übrigen würde diese Art der Konkretisierung zu im wesentlichen vom Zufall abhängigen Ergebnissen führen. Gerade bei umsatzstarken Konten sind große Schwankungsbreiten nicht ungewöhnlich. Die Haftung des Sicherungsgebers hinge davon ab, ob gerade am Tag der Sicherheitenbestellung große Zahlungseingänge oder –ausgänge zu verzeichnen waren. Diesen zufälligen Tagesaldo als von den Vertragsparteien als vereinbarte Haftungsgrenze anzusehen halte ich für problematisch. Beide werden sich hierüber kaum Gedanken gemacht haben.

Zuzugeben ist dieser Ansicht aber, dass Darlehen, die deutlich über dem bislang üblichen Beträgen liegen, nicht mehr vom Zweck der Sicherheit umfasst sein können. In aller Regel wird mit einer solchen Erhöhung des Kreditvolumens auch eine Ver-

²⁹⁸ Pfeiffer, DZWir 1998, 154, 158 anlässlich seiner Kritik an der Entscheidung des BGH, WM 1998, 62 ff., der dort aufgrund fehlenden Kreditlimits zur Bestimmung des Sicherungsbedürfnisses auf den aktuellen Tagesaldo abstellt. Diesem hafte nach Pfeiffer ein Element der Zufälligkeit an, welches nicht ausschlaggebend sein dürfe.

²⁹⁹ So Pfeiffer, DZWir 1998, 154, 158 für den Fall des unlimitierten Kontokorrentkredites.

änderung des der Darlehenshingabe zugrundeliegenden Finanzierungszwecks verbunden sein, so z.B bei Unternehmen eine Ausweitung des Geschäftszwecks, bei Privatleuten eine bedeutende Neuanschaffung etc. In diesen Fällen ist der Zweck der ursprünglichen Sicherheit nicht mehr ausreichend.

Diese Einschränkung gilt aber sowohl bei formularmäßigen Bürgschaften wie auch bei individuellen Vereinbarungen. Es bietet sich daher eher an, diese sich daraus ergebenden Risiken über den Weg der Auslegung zu minimieren.

Eine Geschäftsverbindung hat durch die längere Praktizierung ein gewisses Gepräge erfahren. Darlehen, die weit über das bislang Übliche hinausgehen, passen nicht in dieses Bild. Sie ändern den Charakter der Geschäftsverbindung. Hatte zum Beispiel ein Schuldner bislang Darlehen von insgesamt um die 200.000 DM aufgenommen, beantragt er aber nunmehr 1 Mio. DM, so liegt dies außerhalb der bislang bestehenden Geschäftsverbindung. Vielmehr wird eine neue geschäftliche Beziehung zwischen der Bank und ihrem Kunden aufgebaut. Für diese Geschäftsverbindung haftet der Bürge aber ausweislich der Bürgschaftserklärung aber nicht mehr. Dies ist aber vorrangig eine Frage der Auslegung des Begriffs der Geschäftsverbindung, nicht der Frage nach dem Zweck der abgegebenen Sicherungsabrede³⁰⁰.

Eine Inhaltskontrolle verbietet sich demzufolge in diesen Fällen³⁰¹ - entgegen dem BGH³⁰² und Stimmen in der Literatur³⁰³.

(2) Gesetzliches Leitbild

Zusätzlich zu dem oben genannten Argument der Teilbarkeit einer solchen Sicherungsabrede in nicht prüfbare Hauptbestimmungen und sonstige Nebenabreden stellt der BGH darauf ab,

³⁰⁰ Obwohl man diese Fragen natürlich nicht eindeutig voneinander trennen kann, da zur Auslegung auch immer die Vorstellungen der Parteien herangezogen werden müssen.

³⁰¹ So auch Trapp, ZIP 1997, 1279, 1281; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8 Rdn. 11 mit Hinweis auf BGH, NJW 1985, 848; Bülow, Rdn. 782.

³⁰² BGHZ 132, 6, 8.

³⁰³ Pfeiffer, LM § 765 Nr. 105.

dass § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB ein gesetzliches Leitbild enthalte, von welchem die weite Zweckerklärung abweiche und somit kontrollfähig sei³⁰⁴. Der Schutz des Bürgen mache es nötig, eine solche Bestimmung der Hauptleistung im Gesetz ausnahmsweise vorzusehen (vgl. zur Kontrollfähigkeit einer Hauptleistung in einem solchen Fall oben B I 2 lit. a).

Träfe diese Prämisse zu, so hätte der BGH allerdings zu Recht eine Inhaltskontrolle vorgenommen. § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB würde dann gesetzlich eine bestimmte Hauptleistungspflicht vorgeben. Eine Abweichung von einer solchen gesetzlichen Vorgabe wäre zwar zulässig, da dieses Leitbild kein zwingendes Recht darstellt, unterläge aber als vom Gesetz abweichende Regelung der Inhaltskontrolle³⁰⁵.

Das vom BGH postulierte gesetzliche Leitbild beinhaltet § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB zumindest für eine Bürgschaft für zukünftige Forderungen indes nicht.

Der BGH³⁰⁶ stellt dabei darauf ab, dass es nach dem Willen des Gesetzgebers nicht möglich ist, die Verpflichtung des Bürgen nach Übernahme der Bürgschaft durch ein Rechtsgeschäft des Hauptschuldners noch zu erweitern (§ 767 Abs. 1 Satz 3 BGB). Dieser Regelung misst der BGH für jede Art von Bürgschaft Leitbildfunktion zu. Eine unbegrenzte Ausdehnung der Haftung durch rechtsgeschäftsähnliches Handeln anderer widerspreche dem elementaren Schutz der Privatautonomie und würde das Verbot der Fremddisposition, wie es in § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB zum Ausdruck komme, verletzen.

Der BGH lässt dabei jedoch seine eigene, frühere und zutreffende Argumentation außer Betracht³⁰⁷. § 765 Abs. 2 BGB lässt ausdrücklich eine unbegrenzte Bürgschaft für künftige Verbindlichkeiten zu. Hierbei wird aber die Höhe der Bürgschaftsschuld maßgeblich von dem später zwischen dem Hauptschuldner und

³⁰⁴ BGHZ 130, 19, 32.

³⁰⁵ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 Rdn. 27 a.E.; BGHZ 127, 35, 41.

³⁰⁶ BGHZ 130, 19, 26 f.

³⁰⁷ BGH, WM 1985, 155, 156; BGH, WM 1986, 95, 96.

dem Bürgschaftsnehmer abgeschlossenen Rechtsgeschäft bestimmt. Eine Fremddisposition ist in diesen Fällen aber denkbare. So kann dem Gesetz unmöglich - jedenfalls im Rahmen von Bürgschaften für *zukünftige* Forderungen - ein Leitbild innewohnen, wonach zur Vermeidung einer Fremddisposition eine summenmäßige Begrenzung gefordert wird. Bürgschaften für zukünftige Forderungen ist es immanent, dass die Höhe zunächst nicht bestimmbar ist. Dies bedingt die unmittelbare Abhängigkeit von einer noch nicht bestehenden und somit in ihrer Höhe noch nicht feststehenden Hauptschuld. Diese wird indes erst durch den Hauptschuldner konkretisiert, so dass ein Dritter letztlich die Höhe der Bürgschaftsschuld maßgeblich beeinflusst. Übernimmt ein Bürge eine Bürgschaft für zukünftige Verbindlichkeiten, so erklärt er sich zwingend damit einverstanden, seinen Haftungsumfang an die Inanspruchnahme des Darlehens durch den Hauptschuldner zu knüpfen³⁰⁸. In diesem Fall kann das Gesetz nicht davon ausgehen, dass grundsätzlich die Höhe der Bürgschaftsschuld beschränkt sein muss und nicht von Rechtsgeschäften Dritter abhängen darf. Es würde sich selbst widersprechen.

Zudem handelt es sich bei der Frage nach der Zulässigkeit einer weiten Zweckerklärung im Kern darum, inwieweit die Parteien die für die Bürgschaft maßgebliche Hauptschuld festlegen können. Deren Sicherung ist Zweck der Bürgschaft und somit die Hauptleistung des Bürgen (s.o.). Wenn man nun ein Leitbild im Sinne der BGH-Rechtsprechung anerkennen würde, so würde dies bedeuten, dass das Gesetz den Vertragsparteien ausnahmsweise eine (abdingbare) Hauptschuld auferlegen würde. Die Frage, welche Leistungen sich die Parteien unmittelbar schulden (somit der Kern eines jeden Vertrages), ist aber einer gesetzlichen Regelung aufgrund des Konzepts unserer marktwirtschaftlichen Ordnung und der Vertragsfreiheit im Regelfall entzogen³⁰⁹. Möchte das Gesetz von dieser Regel abweichen und ausnahmsweise in Einschränkung der Privatautonomie Grundzüge für die Hauptleistungspflichten aufstellen, so wird es dies aus Gründen der Rechtssicherheit deutlich, d.h. ausdrücklich, tun müssen.

³⁰⁸ Reinicke/Tiedtke, DB 2301, 2305.

³⁰⁹ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 Rdn. 10 a.E.

Somit ist die Auffassung des BGH, § 767 Abs. 1 Satz 3 enthalte ein gesetzliches Leitbild dahingehend, dass eine Bürgschaft grundsätzlich summenmäßig beschränkt sein müsse, jedenfalls dann nicht zutreffend, wenn die Bürgschaftserklärung nicht aus Anlass eines bestimmten Darlehens abgegeben worden ist. Die Annahme eines Leitbildes auf der Grundlage des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB ist daher ein Kunstgriff der Rechtsprechung zum Schutze des Bürgen, der abgelehnt werden muss. Die weite Zweckerklärung weicht daher auch von einem solchen Leitbild nicht ab. Zudem liegt jedenfalls bei solchen Bürgschaften, die nicht aus Anlass eines bestimmten Darlehens hingegeben worden sind, nur eine einheitliche, wegen § 8 AGBG nicht kontrollfähige Hauptleistung vor, so dass eine Inhaltskontrolle in diesen Fällen ausscheidet.

Dieses Ergebnis wird noch gestützt durch einen Rekurs auf den Sinn und Zweck des AGB-Gesetzes. Der Gesetzgeber sah sich zur Schaffung dieses Regelwerkes veranlasst, da er sah, dass durch die sich im Vordringen befindlichen Massengeschäfte Allgemeine Geschäftsbestimmungen zum wesentlichen Teil beinahe eines jeden privatrechtlichen Vertrages wurden³¹⁰. Diese wurden (und werden) in aller Regel einseitig dem Kunden auferlegt, so dass es nicht mehr möglich war, durch freies Aushandeln der Vertragsbedingungen zwischen den Partnern mit annähernd gleichwertiger Ausgangsposition Vertragsgerechtigkeit zu schaffen. Durch die bei Erstellung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen einseitige Inanspruchnahme von Vertragsfreiheit ist diese Vertragsgerechtigkeit gefährdet. Durch das AGB-Gesetz – insbesondere durch §§ 9 ff. AGBG – soll der Verwender gehalten werden, schon bei Aufstellung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Interessen des Kunden angemessen zu berücksichtigen³¹¹. Lediglich die bei der Vertragsgestaltung vorgegebene Überlegenheit des Verwenders soll sachgerecht und vernünftig ausgeglichen werden, ohne jedoch die Privatautonomie mehr einzuschränken als zur Erreichung dieses Ziels erforderlich³¹².

³¹⁰ BegrRegE, BT-Drucks. 7/3919, S. 9.

³¹¹ BegrRegE, BT-Drucks. 7/3919, S. 10.

³¹² BegrRegE, BT-Drucks. 7/3919, S. 13.

Soweit der Kunde aber von Beginn an mit der weiten Haftung für die gesamte Geschäftsverbindung einverstanden ist, resultiert diese Regelung nicht auf einer intellektuellen oder wirtschaftlichen Überlegenheit des Klauselverwenders, die es auszugleichen gilt; sie ist nicht das Produkt AGB-typischer Gefahren. Vielmehr ist sie erzielt worden in Ausübung der dem Kunden zustehenden Privatautonomie. Von Missbrauch der Vertragsfreiheit durch den Verwender kann keine Rede sein. Der Schutzzweck des AGB-Gesetzes ist nicht tangiert, so dass eine Überprüfung an dessen Maßstab auch nicht stattzufinden hat. Die Vertragsgerechtigkeit wurde durch die Parteien hergestellt.

Zwar ist den Kritikern dieser Ansicht zuzugeben, dass die Haftung des Bürgen außerordentlich umfangreich ist; wenn der Bürge sich aber von vorneherein dazu bereit erklärt, die gesamte Geschäftsverbindung abzusichern, so müssen die Gerichte diesen in Ausübung der Privatautonomie des Bürgen gefassten Entschluss hinnehmen. Grundsätzlich vermag jede unbeschränkt geschäftsfähige Person zu erkennen, dass sie mit einer Bürgschaft ein erhebliches persönliches Risiko eingeht, die Tragweite ihres Handelns erkennen und danach ihre Entscheidung treffen³¹³. Privatautonomie bedeutet auch das Recht, in eigener Verantwortung risikoreiche Geschäfte abzuschließen, die unter Umständen zu Leistungen verpflichten, deren Erfüllung nur durch dauernde Inanspruchnahme des gesamten pfändungsfreien Vermögens erfolgen kann³¹⁴. Dieser, für den Bereich der Individualbürgschaften herausgearbeitete Grundsatz muss auch dann gelten, wenn von vorneherein mit einer formularmäßigen Bürgschaft die Absicherung der gesamten Geschäftsverbindung bezweckt ist. Die Bürgschaftsurkunde enthält in dem Fall nur das, was von beiden Vertragsparteien von Beginn an gewollt war und geht nicht etwa wie in den Anlaß-Fällen über die Vorstellung des Bürgen hinaus. Dieser hingegen ist in seiner Entscheidung frei, ob er eine solche umfangreiche Haftung wünscht oder nicht.

³¹³ BGH, WM 1994, 676, 677.

³¹⁴ BGHZ 125, 206, 209 f. mit zahlreichen Nachweisen; BGH, ZIP 1989, 427, 431.

2. Zulässigkeit der Inhaltskontrolle bei Grundschulden

a) Die Rechtsprechung

Im Rahmen einer Überprüfung von Grundschuldzweckerklärungen nach dem AGB-Gesetz ist die Frage des § 8 AGBG, soweit ersichtlich, nicht problematisiert worden. In aller Regel wurde darauf abgestellt, dass eine unangemessene Benachteiligung nicht vorliege³¹⁵ oder es wurde ohnehin schon eine Unwirksamkeit nach § 3 AGBG angenommen und eine Inhaltskontrolle nicht mehr in Betracht gezogen³¹⁶.

b) Die Ansicht der Literatur

Auch in der Literatur wird überwiegend die Ansicht vertreten, eine Inhaltskontrolle von Zweckerklärungen bei Grundschulden sei zulässig³¹⁷.

Zum Teil wird dies auf eine entsprechende Anwendung der Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Überprüfung von Bürgschaftszweckerklärungen an §§ 9-11 AGBG gestützt³¹⁸. Da aber der BGH seine Auffassung maßgeblich auf ein dem § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB entnommenes gesetzliches Leitbild stützt, kann eine Übernahme der Bürgschaftsrechtsprechung nicht befürwortet werden, da eine solche Regelung für die - gesetzlich nicht geregelte - Sicherungsgrundschuld fehlt.

c) Stellungnahme

³¹⁵ BGHZ 100, 82, 84; BGHZ 101, 29, 33; BGH, NJW 1991, 3141, 3142; BGH, ZIP 1995, 727, 728 f.; BGH, WM 1996, 2233, 2234; so auch ausdrücklich Reinicke/Tiedtke, WM-Sonderbeilage Nr. 5/1991, S. 5.

³¹⁶ BGHZ 83, 56; BGH, WM 1987, 498, 490; OLG Düsseldorf, WM 1985, 1393; OLG Hamm, ZIP 1986, 1547; BGH, WM 1987, 498, 499; BGHZ 102, 152; BGHZ 106, 19; BGHZ 109, 197; BGH, ZIP 1995, 1979, 1980.

³¹⁷ Graf v. Westphalen, ZIP 1984, 1, 7; Reinicke/Tiedtke, WM-Sonderbeilage 5/1991, S. 8; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9 - 11 Rdn. 663; Staudinger/Wolfsteiner, vor § 1191 Rdn. 28; vgl. im übrigen die Übersicht zum Meinungsstand bei Joswig in RGRK, § 1191 Rd. 28.

³¹⁸ Joswig in RGRK, § 1191 Rdn. 28.

Dennoch ist aus anderen Gründen eine Inhaltskontrolle unter Umständen zulässig.

aa) Fehlen einer gesetzlichen Regelung

Dem steht nicht entgegen, dass die Sicherungsgrundschuld als besondere Ausprägung der (isolierten) Grundschuld gesetzlich nicht geregelt ist³¹⁹. Bei enger Betrachtung des Wortlautes des § 8 AGBG fehlt es zwar an der Abweichung von einer gesetzlichen Regelung bzw. an einer Ergänzung derselben. Bei der Frage nach der Zulässigkeit der Inhaltskontrolle und somit nach der Regelungsweite des § 8 AGBG ist aber neben dessen Wortlaut auch der Sinn und Zweck dieser Vorschrift zu berücksichtigen. Es soll (nur) verhindert werden, dass die unmittelbaren Hauptleistungspflichten, deren Bestimmung im Sinne einer freien Marktwirtschaft allein den Parteien obliegen soll, kontrolliert werden. Aus Respekt gegenüber dieser verfassungsrechtlich gesicherten Freiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) werden solche Pflichten in der Regel auch nicht durch Gesetz bestimmt oder vorgegeben. Nur soweit dies ausnahmsweise doch der Fall ist, soll nach § 8 AGBG bei Abweichung eine Kontrolle möglich sein³²⁰. Demzufolge sollen lediglich Abweichungen und Ergänzungen von vom Gesetz gewollter Vorgaben in Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer richterlichen Angemessenheitskontrolle unterliegen, da in diesen Fällen der Gesetzgeber schon zum Ausdruck gebracht hat, was er - vornehmlich zum Schutz einer Partei - regelmäßig für angemessen hält. Weichen die AGB hiervon ab, so soll gerichtlich überprüft werden, ob hierfür ein rechtfertigender Grund vorliegt.

bb) Bewusstes Schweigen des Gesetzes

Eine Kontrolle soll deshalb nur insoweit entbleiben, wie das Gesetz *bewusst unter Anerkennung der marktwirtschaftlichen Ordnung und der Vertragsfreiheit* den Parteien die Festlegung der wesentlichen Rechte und Pflichten zur freien Gestaltung überlassen hat - wobei dies selbstverständlich der Regelfall sein

³¹⁹ So aber z.B. Schaefer, VersR 1978, 7 ff. für Allgemeine Versicherungsbedingungen.

³²⁰ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 Rdn. 27 a.E.; BGHZ 127, 35, 41.

sollte. Bei den Hauptleistungspflichten sämtlicher gesetzlich geregelter Vertragstypen wird dies grundsätzlich so sein. Das Gesetz erkennt in diesen Fällen an, dass die Parteien in der Lage sind, selbst für eine angemessene Regelung der Hauptleistungen zu sorgen. Man könnte daher von "beredtem Schweigen" sprechen.

Handelt es sich jedoch um einen gesetzlich nicht geregelten Typus, so hat das Gesetz eben nicht bewusst aus Gründen marktwirtschaftlicher Zurückhaltung von Vorgaben abgesehen. Gerade in diesen Fällen ist eine gerichtliche Angemessenheitskontrolle geboten. Eine andere Sachlage würde dem Schutzcharakter des AGB-Gesetzes widersprechen. Daher sind Zweckerklärungen bei Grundschulden uneingeschränkt nach §§ 9-11 AGBG überprüfbar, selbst wenn diese Hauptleistungen der Parteien festlegen. Demzufolge ist auch eine Unterscheidung zwischen "Anlass" - Sicherheiten und solchen zur Absicherung der gesamten Geschäftsverbindung insoweit entbehrlich.

II. Unangemessene Benachteiligung des Sicherungsgebers

1. Bürgschaftszweckerklärungen

a) Die Rechtsprechung

Wie oben unter B I 2 lit. d dargestellt, hat der IX. Zivilsenat des BGH mit Urteil vom 18. Mai 1995³²¹ seine Rechtsprechung zu weiten Bürgschaftserklärungen grundlegend geändert. Während er zuvor unter Berufung auf § 8 AGBG eine Inhaltskontrolle nicht vornahm, verstößt nunmehr nach Auffassung des Senates eine weite Zweckerklärung bei Bürgschaften gegen das gesetzliche Leitbild des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB, wonach das Gesetz eine summenmäßige Begrenzung einer Bürgschaft als selbstverständlich voraussetzt. Eine Abweichung hiervon sei wegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam. Daneben sei dieses Verbot der Fremddisposition ein wesentliches Recht des Bürgen, welches

³²¹ BGHZ 130, 19 ff.

durch die weite Zweckerklärung eingeschränkt werde. Demzufolge sei auch § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG einschlägig³²².

aa) Globalbürgschaften

Globalbürgschaften werden diejenigen Bürgschaften genannt, die ohne zeitliche oder betragsmäßige Begrenzung alle bestehenden und zukünftigen Forderungen absichern sollen.

Eine solche Bürgschaftserklärung lag der Entscheidung vom 18. Mai 1995³²³ zugrunde. Sie wurde aus Anlass eines bestimmten Darlehens abgegeben. Der BGH hat die weite Sicherungsabrede aus den oben unter B I 2 lit. d genannten Gründen an § 9 Abs. 2 Nr. 1 BGB scheitern lassen. Die Bürgschaft weiche vom gesetzlichen Leitbild des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB ab und sei somit unwirksam. Zudem gefährde diese Regelung den Vertragszweck. Aus diesem folge bei Privatpersonen regelmäßig die begrenzte Haftung des Bürgen, welche sich aus dem ebenfalls vertragswesentlichen Verbot der Fremddisposition ergebe³²⁴.

Bürgschaften für zukünftige Forderungen seien danach aber nicht grundsätzlich unangemessen. Auch solche Verbindlichkeiten könnten Anlass einer Bürgschaft sein. Schuldgrund und –umfang müssen aber von Beginn an klar und eindeutig umrissen sein, so dass eine einwandfreie Risikoabschätzung möglich ist³²⁵.

Mit Urteil vom 18. Januar 1996³²⁶ hat der BGH seine neue Rechtsprechung zu Bürgschaftszweckerklärungen auch auf solche Erklärungen ausgedehnt, die nicht aus Anlass eines bestimmten Darlehens, sondern zur Sicherung der gesamten Geschäftsverbindung abgegeben worden sind.

³²² BGHZ 130, 19, 33; BGH, ZIP 1995, 1888; BGHZ 132, 6, 9; BGH, ZIP 1996, 702, 704; BGH, DB 1996, 1081.

³²³ BGHZ 130, 19 ff.

³²⁴ BGHZ 13, 19, 33.

³²⁵ BGH, ZIP 1996, 1289, 1291 – kritisch dazu Sonnenhol, WuB I F 1a – 18.96.

³²⁶ BGHZ 132, 6 ff.

bb) Höchstbetragsbürgschaften

Bei Höchstbetragsbürgschaften wird das Risiko des Bürgen durch die Vereinbarung eines Höchstbetrages, bis zu welchem der Bürge allenfalls in Anspruch genommen werden soll, begrenzt.

Nach Auffassung des BGH soll aber auch dann eine Erweiterung auf zukünftige Forderungen unwirksam nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 BGB sein, wenn das Risiko des Bürgen durch einen Höchstbetrag begrenzt wird, sofern die Bürgschaft aus Anlass eines bestimmten Darlehens bestellt wurde (Urteil vom 07. März 1996)³²⁷. Die Leitentscheidung des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB gelte auch in einem solchen Fall. Diese Auffassung hat der BGH im folgenden bestätigt³²⁸ und wird auch wohl von Obergerichten geteilt³²⁹.

Für wirksam hat der BGH eine zeitlang hingegen allerdings eine solche Erklärung erachtet, die die Höchstbetragsbürgschaft nur auf alle gegenwärtigen, nicht aber die zukünftigen Forderungen erstreckt³³⁰. Da diese begrenzte Bürgschaft nur solche Verbindlichkeiten absichere, die bei Abgabe der Bürgschaftserklärung bestanden und von denen der Bürge somit hätte Kenntnis haben können, entfalle eine unangemessene Benachteiligung, da eine unübersehbare Haftung nicht drohe.

Mit Entscheidung vom 28. Oktober 1999³³¹ hält der IX. Senat des BGH jedoch ausdrücklich an dieser Rechtsauffassung nicht mehr fest. Nach Ansicht des Senates ist auch bei einer Höchstbetragsbürgschaft die Erstreckung der Sicherheit auf alle bestehenden Verbindlichkeiten, die nicht Anlas der Besicherung waren, nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam. Den Grund hierfür sehen die Richter allerdings nicht in § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB und dem dort nach Ansicht des BGH verankerten Verbot der Fremddisposition. In diesem Fall geht es um bestehende Forderungen, der Haftungs-

³²⁷ BGH, ZIP 1996, 702, 704.

³²⁸ BGH, ZIP 1996, 1289, 1290; BGH, WM 1998, 1675.

³²⁹ OLG Stuttgart, ZIP 1996, 1508, 1509.

³³⁰ BGH, ZIP 1996, 702, 705; a.A., jedoch ohne nähere Begründung Tiedtke, ZIP 1998, 449, 453.

³³¹ BGH, LM § 9 (Bm) AGBG, Nr. 32

umfang wird daher nicht durch Rechtshandlungen Dritter nachträglich erweitert. Allerdings sieht der BGH eine Verletzung des Transparenzgebotes. § 9 Abs. 1 AGBG verlange, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen so gefasst werden, dass dem Kunden ohne große Mühe seine vertragliche Verpflichtung deutlich wird. Vorliegend sei dagegen verstoßen, da sich der Bürge regelmäßig über die Höhe der bestehenden Verbindlichkeiten nicht im Klaren ist; er sei andererseits nicht verpflichtet, nachzufragen. Es sei Aufgabe des Sicherungsnehmers und Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, für Klarheit zu sorgen.

Für Höchstbetragsbürgschaften zur Absicherung der gesamten Geschäftsverbindung fehlt noch eine höchstrichterliche Entscheidung. Es darf jedoch angenommen werden, dass der BGH nicht von seiner bürgerfreundlichen Rechtsprechung abweichen und auch solche Bürgschaften an § 9 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AGBG scheitern lassen wird.

cc) Ausnahmen

Die vom BGH aufgestellten Grundsätze erfahren jedoch Einschränkungen. Ist der Bürge in der Lage, auf die Höhe der Hauptschuld unmittelbar Einfluss zu nehmen, so wird er nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht unangemessen durch eine weite Zweckerklärung benachteiligt³³². Dies trifft z.B. auf den Geschäftsführer einer GmbH zu, der sich für eine Schuld der Gesellschaft verbürgt hat³³³. Diese Ansicht fußt darauf, dass im Grunde eine typische Fremddisposition aufgrund einer "wirtschaftlichen Identität" nicht vorliegt, da der Einfluss des Bürgen maßgeblich die Höhe der Hauptschuld bestimmt. Es dürfte aber

³³² BGHZ 132, 6, 9; BGH, ZIP 1996, 1289, 1290; BGH, NJW 1996, 3205; so auch OLG Hamm, WM 1997, 710, 713; OLG Hamm, EWiR § 767 BGB 1/97, 353 mit zustimmender Anmerkung Wissmann.

³³³ BGH, NJW 1996, 3205; nach OLG Hamm, EWiR § 767 BGB 1/97, 353 (mit zustimmender Anmerkung Wissmann) soll dies auch für den Gesamtprokuristen gelten, wenn er die bankmäßigen Verpflichtungen der GmbH sowie die Geschäftsverbindung voll überblickt und auf Bestand und Höhe der Verbindlichkeiten Einfluss nehmen kann.

wohl nur eine rechtliche, nicht auch eine tatsächliche Möglichkeit der Einflussnahme genügen³³⁴.

Dogmatisch lässt sich diese Einschränkung - auf Basis der Auffassung des BGH - aus der Systematik des § 9 AGBG herleiten. Zwar liegt eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB vor, so dass der Tatbestand des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nach Rechtsprechung des BGH erfüllt ist. Die Regelbeispiele in § 9 Abs. 2 AGBG sind gleichwohl nur Vermutungen, die im Einzelfall widerlegt werden können (vgl. den Wortlaut "im Zweifel")³³⁵. Da derjenige Bürge, der rechtlich Einfluss auf Höhe und Bestand der Hauptschuld nehmen kann, weniger schützenswert ist als sonstige Bürgen, mangelt es wegen dieser Nähebeziehung an einer unangemessenen Benachteiligung³³⁶. Soweit es nach Würdigung der Gesamtumstände daran fehlt, entfällt die Vermutungswirkung des § 9 Abs. 2 AGBG³³⁷.

b) Die Ansicht der Literatur

Auch im Schrifttum wird in weitem Maße die Ansicht vertreten, § 9 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AGBG seien einschlägig³³⁸. Dabei wird ausdrücklich auch die Anwendung dieser Vorschriften auf solche Bürgschaften, die nicht aus Anlass eines bestimmten Darlehens hingegeben worden sind, begrüßt³³⁹. Auch die neuere Rechtsprechung des BGH zu Anlass-Bürgschaften bei bestehenden Verbindlichkeiten und dem Verstoß gegen das Transparenzgebot findet in der Literatur Zustimmung³⁴⁰.

³³⁴ Für die vergleichbare Situation bei der Grundschild (allerdings zu § 3 AGBG) vgl. BGH NJW 1992, 1822f.; Gaberdiel, Tz. 11.4.5.

³³⁵ Ulmer /Brandner/Hensen, § 9 Rdn. 129; Wolf in Wolf/Horn/ Lindacher, § 9 Rdn. 61.

³³⁶ BGHZ 132, 6, 9.

³³⁷ Palandt-Heinrichs, § 9 AGBG Rdn. 17.

³³⁸ Thelen, DB 1991, 741, 743; Ganter, WM 1996, 1705, 1715; Trapp, ZIP 1997, 1279, 1283; Horn in Staudinger, § 765 Rdn. 50 m.w.N.; Pfeiffer, WuB I F 1a – 2.96; vgl. im übrigen oben B I 2 lit. c.

³³⁹ Pfeiffer, LM § 765 BGB, Nr. 105.

³⁴⁰ Pfeiffer, LM § 9 (Bm) AGBG, Nr. 32

c) Stellungnahme

Wie oben schon dargelegt (B I 2 lit. f bb), kommt nach hier vertretener Auffassung eine Inhaltskontrolle nicht in Betracht, soweit von vorneherein die Absicherung der gesamten Geschäftsverbindung beabsichtigt war. Dem steht die Regelung des § 8 AGBG im Wege. Nur in den übrigen Fällen ist § 9 AGBG zu problematisieren.

aa) Abweichung vom gesetzlichen Leitbild

Nach Ansicht des Verfassers kann aus § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB kein Leitbild hergeleitet werden, wonach eine Bürgschaft grundsätzlich summenmäßig begrenzt sein muss (vgl. oben B I 2 lit. f bb). Daher kann eine Unwirksamkeit nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG auch nicht hierauf gestützt werden.

bb) Vertragszweckgefährdende Regelung

Nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG ist eine Klausel im Zweifel in unangemessener Weise benachteiligend, wenn wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet erscheint.

(1) Vertragswesentliche Rechte und Pflichten

Zu den vertragswesentlichen Rechten und Pflichten - auch Kardinalpflichten genannt - gehören zum einen die Hauptpflichten³⁴¹. Aber auch Nebenpflichten können hierzu zählen, soweit die Abrede die Rechtsposition des Vertragspartners durch die Einschränkung der Rechte wesentlich beeinträchtigt und die angemessene Risikoverteilung zwischen den Parteien gestört wird³⁴². § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG beschränkt sich demgemäß nicht auf die Überprüfung der Hauptleistungspflichten, sofern eine solche wegen § 8 AGBG überhaupt zulässig ist.

³⁴¹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdn. 88.

³⁴² Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn. 144.

Mit der erweiterten Sicherungsabrede wälzt die Bank ihr Ausfallrisiko in erheblichem Maße auf den Bürgen ab. Er hat nunmehr mit seinem gesamten Hab und Gut für alle Verbindlichkeiten des Hauptschuldners beim Sicherungsnehmer einzustehen. Sein Interesse am Erhalt seines Vermögens wird durch eine solche Vereinbarung somit nicht unerheblich beeinträchtigt.

Das Recht am Erhalt der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit ist zwar kein bürgschaftsspezifisches Recht, ergibt sich aber aus der Gesamtheit der Rechtsordnung. Diese hat auch das Ziel, den einzelnen vor unüberschaubaren Risiken und letztendlich dem Verlust seiner wirtschaftlichen Existenz zu bewahren³⁴³. Zu den durch § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG geschützten Rechten gehören aber auch die von der vertraglichen Regelung berührten Interessen³⁴⁴, denn auch deren Schutz ist jedem Vertrag als Ausdruck eines allgemeinen Gerechtigkeitsprinzips innewohnend und damit wesentlich³⁴⁵. Auch solche Rechte fallen unter § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG, da sie als Ausdruck eines allgemeingültigen Prinzips im Rahmen jeder vertraglichen Bindung Geltung beanspruchen. Demgemäß ist das Recht am Schutz der persönlichen und wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit und an der Wahrung des Vermögens wesentliches Recht eines jeden Vertrages und im Rahmen des § 9 AGBG zu berücksichtigen³⁴⁶. Durch die weite Zweckerklärung wird dieses Recht verletzt.

(2) Gefährdung des Vertragszwecks

Obwohl somit ein vertragswesentliches Recht des Bürgen durch die weite Sicherungsabrede eingeschränkt wird, bedeutet dies noch nicht ohne weiteres die Unwirksamkeit nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG. Hierzu ist es vielmehr erforderlich, dass durch die Einschränkung die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird.

³⁴³ Zu diesem Zweck sind z.B. eine Reihe von Formvorschriften zur Warnung des Betroffenen in das BGB aufgenommen worden.

³⁴⁴ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdn. 84.

³⁴⁵ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn. 144, für Schutzpflichten aus § 242 BGB.

³⁴⁶ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdn. 102.

Das ist dann der Fall, wenn die Beschneidung der Rechte des Bürgen zur Folge hat, dass das mit dem Vertrag angestrebte wirtschaftliche Ergebnis nur mit wesentlichen Einschränkungen erreicht werden kann oder gar ganz gefährdet ist³⁴⁷. So sind vor allem solche Klauseln nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG beanstandet worden, die wesentliche Rechte derart einschränken, dass die Leistung des Verwenders wirtschaftlich wertlos oder ohne Sinn war³⁴⁸. In der Regel handelte es sich dabei um Haftungs- und Freizeichnungsklauseln³⁴⁹.

Bei einer Bürgschaft zur Sicherung bestimmter, konkreter Darlehen soll das Risiko der Bank, im Falle einer Insolvenz des Hauptschuldners mit der Forderung auszufallen, gemindert werden. Der Bürge hat für die Verbindlichkeiten des Kreditnehmers in dem vereinbarten Umfang einzustehen. Wird die Bürgschaft aufgrund einer Erweiterung der Sicherungsvereinbarung auf sämtliche Forderungen des Darlehensgebers gegen den Hauptschuldner ausgedehnt, so wird zwar das Interesse des Bürgen an einer begrenzten Haftung beeinträchtigt, diese Beeinträchtigung gefährdet jedoch in keiner Weise die Sicherung des ursprünglichen Darlehens. Der Schutz des Vermögens des Bürgen ist zwar aufgrund allgemeingültiger Prinzipien wesentliches Vertragsrecht des Bürgen. Hieraus kann jedoch nicht zwingend und unmittelbar gefolgert werden, es sei auch Zweck des Vertrages³⁵⁰. Dann wäre das Erfordernis *beider* Tatbestandsvoraussetzungen obsolet. Zweck ist vielmehr nur das, was die Parteien beabsichtigt haben. Dies ist vorliegend die Sicherung bestimmter Darlehen. Der Schutz des Bürgen vor übermäßiger Inanspruchnahme ist zwar dem Bürgschaftsvertrag als wesentliches Element immanent, soll jedoch nicht die Durchführung des Vertrages gewährleisten oder ihn wirtschaftlich gestalten.

Es fehlt demzufolge für eine Unwirksamkeit nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG an der erforderlichen Gefährdung des Vertragszwecks,

³⁴⁷ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn. 145.

³⁴⁸ BGH, NJW 1990, 2388.

³⁴⁹ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn. 146; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdn. 93.

³⁵⁰ Wohl a.A. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdn. 92.

da die Einschränkung dieses Rechtes die Leistung der Parteien nicht tangiert und deshalb auch nicht sinnlos erscheinen lässt. Die Zweckerreichung wird hierdurch nicht beeinträchtigt. Das wirtschaftliche Ergebnis kann ohne Einbuße erreicht werden.

Gleiches muss für Höchstbetragsbürgschaften gelten. Ihr Zweck ist es, das Risiko des Bürgen auf eine bestimmte, zuvor festgelegte Summe zu begrenzen³⁵¹. Durch die Haftungserweiterung wird jedoch die Begrenzung auf den Haftungsbetrag nicht unterlaufen. Der Bürge haftet weiterhin nur in Höhe der zuvor festgelegten Summe. Der vertraglich vereinbarte Zweck wird indes nicht gefährdet.

Selbst wenn man mit dem BGH das Verbot der Fremddisposition als gesetzliches Leitbild und vertragswesentliches Recht bei einer Bürgschaft anerkennen würde, so ist damit nicht dargetan, weshalb ein Verstoß hiergegen den Vertragszweck solle gefährden können. In diesem Fall wird gleichermaßen das wirtschaftlich Gewollte nicht gefährdet. Auch der BGH enthebt sich demzufolge der Mühe, diese Auffassung zu begründen³⁵².

cc) Die Generalklausel

Allerdings verstößt die weite Sicherungsabrede bei Bürgschaften gegen das Verbot der unangemessenen Benachteiligung (§ 9 Abs. 1 AGBG).

Versucht der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, seine Interessen bei der Vertragsgestaltung durchzusetzen, ohne hinreichend die berechtigten Interessen des Kunden zu berücksichtigen, so wird das Verbot der unangemessenen Benachteiligung verletzt³⁵³. Ist § 9 Abs. 2 AGBG nicht einschlägig, so kann eine solche Klausel noch an § 9 Abs. 1 AGBG scheitern. Im Rahmen dieser Beurteilung hat eine umfassende Interessen-

³⁵¹ OLG Hamm, WM 1995, 1872, 1874 – zustimmend Pfeiffer, WuB I F 1a – 2.96.

³⁵² BGHZ 130, 19, 33; BGH, ZIP 1995, 1888; BGHZ 132, 6, 9; BGH, ZIP 1996, 702, 704; BGH, DB 1996, 1081; BGH, WM 1998, 67.

³⁵³ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn. 70.

abwägung und -gewichtung stattzufinden, wobei der gesamte Vertrag und die Art des Rechtsgeschäfts zu berücksichtigen sind³⁵⁴. Für Nachteile, die dem Vertragspartner auferlegt werden, kann auf der anderen Seite ein angemessener Ausgleich unter Umständen eine einseitige Klausel kompensieren³⁵⁵. Es gilt festzustellen, welches Interesse des Vertragspartners die Klausel zu beeinträchtigen imstande ist und welches Gewicht diesem Interesse zukommt³⁵⁶.

(1) Interessen des Bürgen

Der Bürge haftet bei einer weiten Sicherungsabrede für sämtliche Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, ohne dass er auf Entstehung und Höhe Einfluss nehmen kann. Zudem hat der Sicherungsnehmer die Möglichkeit, auf das gesamte Vermögen des Bürgen zuzugreifen. Es ist dem Bürgen nicht möglich, außerhalb des Zugriffsbereichs des Gläubigers Werte zu schaffen. Da dem Bürgen keine Möglichkeiten zur Seite stehen, seine Haftung auf bestimmte Vermögensgegenstände zu beschränken, schwebt er regelmäßig in der Gefahr, sein gesamtes Hab und Gut und somit seine wirtschaftliche Existenz zu verlieren. Der Bürge hat aber grundsätzlich ein berechtigtes und vitales Interesse daran, seine Existenzgrundlage und seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit zu erhalten³⁵⁷.

Darüber hinaus wird eine Bürgschaft in aller Regel aus altruistischen Gründen hergegeben werden, so dass der Bürge an dem Darlehen nicht partizipiert und infolgedessen auch keine mittelbaren Vorteile erhält.

³⁵⁴ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn. 82; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdn. 113.

³⁵⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdn. 100.

³⁵⁶ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn. 71.

³⁵⁷ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdn. 102, 109; vgl. oben B II 1 lit. c bb (1).

(2) Interessen des Sicherungsnehmers

Bei der Verwendung der weiten Zweckerklärung ist auf Seiten des Sicherungsnehmers hingegen dessen berechtigtes Interesse an der Absicherung der gesamten Geschäftsverbindung anzuerkennen³⁵⁸. Diesem Anliegen versucht der Verwender durch die Erweiterung des Sicherungszwecks gerecht zu werden.

(3) Abwägung der widerstreitenden Interessen

Diese widerstreitenden Interessen sind gegeneinander abzuwägen. In diese Abwägung sind alle Vor- und Nachteile des betreffenden Rechtsgeschäfts einzubeziehen³⁵⁹. Ergibt diese Gesamtschau, dass das Gleichgewicht der Rechte und Pflichten zum Nachteil des Vertragspartners nicht unerheblich gestört ist, so ist eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 9 Abs. 1 AGBG anzunehmen³⁶⁰.

Die Bank nutzt mit der weiten Zweckerklärung von Sicherheiten, die aus Anlass eines bestimmten Darlehens bestellt worden sind, die Gelegenheit, um ihr Risiko zu verringern. Sie sichert Altdarlehen zusätzlich ab und mindert die Gefahr eines Ausfalls. Zudem schafft sie sich beim entsprechender Werthaltigkeit der Bürgschaft weitere Spielräume zur Vergabe neuer Darlehen. Sie kann ihre Geschäftstätigkeit ausweiten und somit den Gewinn mehren. Die Bank zieht folglich unmittelbar erhebliche Vorteile aus der Sicherungsabrede, wohingegen nunmehr der Bürge das Ausfallrisiko trägt, ohne adäquate Gegenleistungen zu erhalten.

Die Bank stellt folglich ihr Interesse an einer Minimierung des Risikos über das unabweisbare Interesse des Bürgen an einer begrenzten Haftung zur Wahrung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit und Existenz. Während die Bank hieraus erhebliche Vorteile zieht, werden die Nachteile, die sich für den Bürgen ergeben, durch andere Regelungen des Vertragsver-

³⁵⁸ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdn. 104.

³⁵⁹ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn. 82; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdn. 113.

³⁶⁰ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn. 71.

hältnisses nicht kompensiert. Ein ausgewogener Ausgleich wird nicht erreicht. Daher ist die Benachteiligung des Bürgen unangemessen. Die weite Sicherungserklärung bei Bürgschaften ist daher insoweit gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

Auch ein mögliches Kündigungsrecht vermag hieran nichts zu ändern. Zwar hat der Bürge nach herrschender Meinung das Recht, eine unbefristete Bürgschaft nach Ablauf eines angemessenen Zeitablaufs, der ca. zwei bis drei Jahre betragen soll³⁶¹, zu kündigen³⁶². Dieser für Dauerschuldverhältnisse an § 671 BGB entwickelte Grundsatz gilt auch bei unbefristeten Bürgschaften, da diese dauerschuldähnlichen Charakter besitzen³⁶³. Der BGH stützt dieses Recht auf § 242 BGB³⁶⁴. Zudem enthalten eine Reihe von Verlagsvordrucken ohnehin ein ausdrückliches Kündigungsrecht des Bürgen³⁶⁵. Durch die Kündigung wird die Haftung des Bürgen auf das zur Zeit des Wirksamwerdens der Kündigung bestehende Kreditverhältnis begrenzt³⁶⁶.

Zum einen ändert eine Kündigung aber nichts an der Tatsache, dass der Bürge mit seinem gesamten Vermögen haftet. Die Kündigung wirkt nur für die Zukunft und beseitigt nicht die bereits entstandene Haftung³⁶⁷. Für die bis zur Kündigung vergebenen Darlehen haftet der Bürge voll. Da eine Kündigung erstmals nach ein paar Jahren möglich ist (s.o.), kann in der Zwischenzeit der Kreditrahmen derart ausgeweitet werden, dass die Kündigung zu spät kommt. Dies gilt umso mehr, da der Bürge regelmäßig nicht über die Aufnahme weiterer Darlehen informiert werden wird, um noch rechtzeitig kündigen zu können.

Außerdem ist diese richterrechtlich entwickelte Befugnis bei juristischen Laien weitestgehend unbekannt. Ein Recht, welches

³⁶¹ Graf v. Westphalen, EWiR § 765 BGB 3/85, 667, 668; Scholz/Lwowski Rdn. 178 m.w.N.; u.U. ist auch eine fristlose Kündigung denkbar, so Kümpel, Tz. 6.179.

³⁶² Scholz/Lwowski, Rdn. 178; Derleder, NJW 1986, 87, 101 m.w.N.; OLG Köln, ZIP 1990, 446, 449 mit zahlreichen Nachweisen.

³⁶³ Schaarschmidt, Tz. 2.974.

³⁶⁴ BGH, WM 1980, 330.

³⁶⁵ So z.B. die Vordrucke des Deutschen Sparkassenverlages.

³⁶⁶ Kümpel, Tz. 6.180.

³⁶⁷ Scholz/Lwowski Rdn. 178; Derleder, NJW 1986, 87, 101).

der Bürge nicht kennt und das ohnehin nur eine "stumpfe Waffe" darstellt, kann aber die erheblichen Nachteile, die eine weite Bürgschaftserklärung mit sich bringt, für sich genommen nicht aufwiegen. Von einem angemessenen Ausgleich, der erforderlich wäre³⁶⁸, kann infolgedessen nicht gesprochen werden.

Aufgrund der soeben erläuterten Wirkungslosigkeit einer Haftungsbegrenzung durch Kündigung vermag auch ein Höchstbetrag das Verdikt der unangemessenen Benachteiligung nicht zu beseitigen. Denn auch dann haftet der Bürge voll mit seinem gesamten Vermögen und läuft Gefahr, seine wirtschaftliche Existenz zu verlieren. Allein der Höchstbetrag ist begrenzt, nicht aber die Haftungsmasse, auf die der Sicherungsnehmer zugreifen kann. Da diese Gefahr häufig unterschätzt, ja teilweise gar nicht erkannt wird, benachteiligt eine weite Zweckerklärung bei Bürgschaften den Bürgen in unangemessener Weise auch dann, wenn eine Höchstgrenze vereinbart worden ist. Die Klausel ist nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

2. Grundschuldzweckerklärungen

Da eine Grundschuld sowohl vom Eigentümer des Grundstücks als auch von einem Dritten zur Sicherung einer fremden Schuld bestellt werden kann, ist es erforderlich, bei der Frage der unangemessenen Benachteiligung insoweit zu differenzieren.

a) Besicherung durch den persönlichen Schuldner

Bestellt der persönliche Schuldner an seinem Grundstück eine Grundschuld, so kann er durch eine weite Sicherungszweckerklärung nicht unangemessen benachteiligt werden.

Dies ist allgemeine Ansicht³⁶⁹. Der Vertragspartner wird nach allgemeinem Sprachgebrauch nur dann unangemessen benach-

³⁶⁸ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdn. 100.

³⁶⁹ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9 - 11 Rdn. 663; Wolfsteiner/Staudinger, vor §§ 1191 ff. Rdn. 29; Graf v. Westphalen, ZIP 1984, 1, 8; Joswig in RGRK, § 1191 Rdn. 28; Clemente, Die Sicherungsgrundschuld, Rdn. 291, jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

teiltigt, wenn ihm durch die Klausel Einschränkungen seiner Rechte auferlegt werden, denen auf der anderen Seite unmittelbare Vorteile nicht gegenüberstehen³⁷⁰. Zudem ist zu berücksichtigen, ob der Verwender aner kennenswerte Gründe für die beanstandete Klausel hat³⁷¹.

Der Schuldner haftet hingegen ohnehin mit seinem gesamten Vermögen. Er wird nicht unangemessen dadurch benachteiligt, dass einzelne Vermögensgegenstände mit Sicherungsrechten belegt werden. Die hierdurch bedingte geringere Fazilität der betreffenden Werte hat der Schuldner hinzunehmen, da er immerhin auch von dem Darlehen profitiert. Die Haftungsmasse der Bank wird nicht erweitert, sondern lediglich vor anderen Gläubigern bevorzugt. Deren Schutz ist aber nicht Zweck des AGB-Gesetzes³⁷². Im übrigen ist eine weite Sicherungsabrede auch für den Schuldner von Vorteil, da er ohne weiteren Aufwand oder Kosten später erneut gesicherten Kredit in Anspruch nehmen kann³⁷³. Zusätzlich hat der Schuldner es in der Hand, ob die Haftung der hingegebenen Sicherheiten durch Aufnahme weiterer Darlehen erweitert wird oder nicht³⁷⁴.

Die erweiterte Sicherungsabrede benachteiligt daher den mit dem Schuldner identischen Grundstückseigentümer nicht unangemessen, so dass sie nicht an § 9 AGBG scheitert.

b) Die Grundschuld als Drittsicherheit

Dieses Ergebnis ist nicht mehr unumstritten, wenn der Sicherungsgeber nicht gleichzeitig der persönliche Schuldner ist. Denn dann sind die oben angestellten Überlegungen nicht zutreffend, da der Sicherungsgeber in der Regel aus altruistischen Gründen handelt und folglich der nachträglichen Ausdehnung der Haftung, die zudem nicht im Einflussbereich des Grundstückseigentümers

³⁷⁰ Palandt/Heinrichs, § 9 AGBG Rdn. 9 f.

³⁷¹ Palandt/Heinrichs, § 9 AGBG Rdn. 8.

³⁷² Gaberdiel, Tz. 11.3.3; Rehbein, FS Heinsius, S. 668.

³⁷³ Clemente, ZIP 1990, 696, 971.

³⁷⁴ Rehbein, FS Heinsius, S. 669.

liegt, keine adäquaten Vorteile auf Seiten des Dritten gegenüberstehen.

Dabei ist die Frage, inwieweit ein Dritter eine Sicherheit bestellt hat oder nicht, genau zu prüfen. Haben z.B. Eheleute am gemeinsamen Grundstück eine Grundschuld bestellt, so handelt es sich in Bezug auf die Absicherung von alleinigen Darlehen des einen oder anderen Ehepartners insoweit um eine Drittsicherheit des jeweils anderen³⁷⁵.

aa) Die Rechtsprechung

Der BGH nimmt dennoch an, die weite Sicherungsabrede sei nicht wegen einer unangemessenen Benachteiligung zu beanstanden³⁷⁶. Die höchstrichterliche Rechtsprechung bezieht sich dabei auf die gesetzliche Vermutung des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG. Diese Vermutung greife nicht ein. Da Art und Umfang der schuldrechtlichen Vereinbarung gesetzlich nicht geregelt seien, sondern den Vertragsparteien oblägen, fehle es an der für die Anwendung von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG erforderlichen gesetzlichen Wertung³⁷⁷.

bb) Die Ansicht der Literatur

Fast einhellig wird diese Auffassung in der Literatur kritisiert³⁷⁸.

Vereinzelt wird diese Kritik darauf gestützt, dass der BGH den Gesetzeswortlaut zu eng auffasse. Bei der Auslegung des Begriffs der "gesetzlichen Regelungen" des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG sei auf den Prototyp der sichernden Grundpfandrechte, die Hypothek, zurückzugreifen. Durch die Sicherungsabrede werde die

³⁷⁵ BGHZ 106, 19; Horn in Staudinger, vor § 1191 Rdn. 34; Gaberdiel, Tz. 11.3.6; Clemente, ZIP 1990, 969.

³⁷⁶ BGHZ 100, 82, 84; BGHZ 101, 29, 33; so im Ergebnis auch schon BGH, WM 81, 162; BGH, NJW 1991, 1341, 1342; BGH, ZIP 1995, 727, 729 (vgl. hierzu Schmitz-Valckenberg, DNotZ, 1996, 492, 496 sowie zustimmend Burghardt, WuB I F 1a – 4.95).

³⁷⁷ BGHZ 100, 82, 84; BGH, WM 1996, 2233, 2234; BGH, ZIP 1987, 829, 830; BGH, WM 1991, 1748, 1750.

³⁷⁸ Anders Gaberdiel, Tz. 11.4.4.

Grundschild der Hypothek angenähert, so dass deren gesetzliche Grundlagen heranzuziehen seien³⁷⁹.

Mehrheitlich wird hingegen auch in der Literatur akzeptiert, dass eine Überprüfung an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG aus den vom BGH herangezogenen Gründen³⁸⁰ nicht möglich sei.

Die Vertreter dieser Auffassung stellen größtenteils darauf ab, dass die weite Zweckerklärung - allerdings nur bei Sicherung aus Anlass der Vergabe eines bestimmten Darlehens - die Erreichung des Vertragszwecks gefährde und somit nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG unwirksam sei³⁸¹. Dies sei wegen der atypischen Erweiterung des Haftungsumfanges (= Vertragszweck) der Fall, da die Dispositionsfreiheit des Sicherungsgebers unangemessen beschränkt werde³⁸². Das Recht des Grundstückseigentümers auf Rückgewähr der Grundschild nach Wegfall des Sicherungszwecks werde de facto weitestgehend ausgeschlossen³⁸³.

Letztlich wird noch § 9 Abs. 1 AGBG als Generalklausel herangezogen. Die Erweiterung der Haftung auf alle bestehenden und zukünftigen Verbindlichkeiten sei danach unangemessen, da dies für den Grundstückseigentümer ein unkalkulierbares Risiko darstelle, welches nicht durch entsprechende Vorteile aufgewogen werde³⁸⁴.

cc) Stellungnahme

Der Rechtsprechung des BGH ist zuzustimmen, jedoch ist sie ergänzungsbedürftig.

³⁷⁹ Schmitz-Valckenberg, DNotZ 1996, 492, 496, wobei jedoch nicht klar wird, woraus sich bei der Grundschild dieses Leitbild ergeben soll, da eine dem § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB vergleichbare Regelung im Hypotheken-/Grundschildrecht nicht findet.

³⁸⁰ BGHZ 100, 82, 84.

³⁸¹ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9 - 11 Rdn. 663; Joswig in RGRK, § 1191 Rdn. 28; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdn. S 96; Keim, DNotZ 1996, 273, 285.

³⁸² Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdn. S 96.

³⁸³ Clemente, Die Sicherungsgrundschild, S. 18, 20.

³⁸⁴ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9 - 11 Rdn. 663; v. Westphalen, ZIP 1984, 1, 9; Eickmann, ZIP 1989, 137, 139; Reinicke/Tiedtke, WM-Sonderbeilage Nr. 5/1991, S. 8; Räfle in Erman, § 1191 Rdn. 12a.

Soweit eine Sicherheit auf alle gegenwärtigen (nicht zukünftigen) Forderungen erstreckt wird, ist für den Sicherungsgeber der Umfang klar erkennbar. Es werden konkrete Darlehen abgesichert, eine Ausweitung der Haftung steht nicht zu befürchten. Daher kann eine solche Vereinbarung aus den gleichen Gründen wie bei der Höchstbetragsbürgschaft für gegenwärtige Forderungen den Sicherungsgeber nicht unangemessen benachteiligen (vgl. zur Höchstbetragsbürgschaft oben B II 1 lit. b)³⁸⁵. Dem Höchstbetrag der Bürgschaft entspricht in ihrer Wirkung die Grundschuldsumme, die ebenfalls die obere Grenze der Haftung markiert.

Aber auch die Absicherung zukünftiger Forderungen benachteiligt den Sicherungsgeber nicht über Gebühr.

(1) Abweichung vom gesetzlichen Leitbild

Mit der zutreffenden Begründung des BGH ist eine unangemessene Benachteiligung des Sicherungsgebers nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG abzulehnen.

Im Gesetz findet sich keine Regelung über eine Sicherungsgrundschuld, von welcher die weite Zweckerklärung in wesentlichen Grundgedanken abweichen könnte. Die Sicherungsgrundschuld selbst ist gesetzlich nicht geregelt.

Die Vorschriften über die Hypothek (§§ 1113 ff. BGB) können nicht herangezogen werden, da die fehlende Akzessorietät, d.h. die notwendige Verbindung von Forderung und Grundpfandrecht, dieses verbietet. Gerade der Umstand, dass eine Sicherungsgrundschuld flexibel für verschiedene Forderungen und ohne großen Aufwand verwendet werden kann, hat die Parteien bewogen, anstelle einer Hypothek auf dieses Sicherungsmittel zurückzugreifen. Eine weitergehende Anlehnung an die akzessorische Hypothek würde diesem Parteiwillen entgegenstehen. Aus diesem Grund nimmt § 1192 Abs. 1 BGB auch ausdrücklich solche Vorschriften von der Generalverweisung auf die §§ 1113 ff. BGB

³⁸⁵ A.A. BGH, LM § 9 (Bm) AGBG, Nr. 32 mit zustimmender Anmerkung Pfeiffer (allerdings für Höchstbetragsbürgschaften); hierzu später

aus, die speziell auf dem untrennbaren Zusammenhang von Forderung und Grundpfandrecht beruhen.

Man hat somit bewusst auf die Akzessorietät und die daraus resultierenden Rechtsfolgen verzichtet. Dieser Parteiwille ist zu respektieren. Ein Rückgriff auf hypothekenrechtliche Vorschriften ist nicht möglich.

Vielmehr ist bei der Überprüfung der weiten Zweckerklärung zu berücksichtigen, dass im Rahmen dieser Norm der Begriff der "gesetzlichen Regelung" nicht nur das geschriebene, formelle Recht umfasst, sondern auch allgemeine Rechtsgrundsätze, Gewohnheitsrecht, anerkannte Rechtsfortbildungen etc. hierzu zählen³⁸⁶. Daher muss auch solchen, von der Rechtspraxis entwickelten Instituten Leitbildfunktion zuerkannt werden, die in Lehre und Rechtsprechung akzeptiert und in gewissen Umfang typisiert sind. Auch in solchen Fällen hat sich eine Anschauung gefestigt, wie typischerweise die Risikoverteilung zu erfolgen hat. Da eine weite Sicherungserklärung über Jahre hinweg unbeanstandet geblieben ist, ist sie als Leitbild für eine Sicherungsgrundschuld anzusehen. Infolgedessen verstößt die weite Grundschuldzweckerklärung nicht gegen ein gesetzliches Leitbild, sondern entspricht gerade dem in Lehre und Praxis entwickelten typisierten Erscheinungsbild.

(2) Vertragszweckgefährdende Regelung

Auch der Hinweis auf § 9 Abs. 2 Satz 2 AGBG vermag eine Unwirksamkeit der weiten Zweckerklärung nicht zu begründen.

Hierzu wäre nach dem Wortlaut des Gesetzes erforderlich, dass "wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt (werden), dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist".

³⁸⁶ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn. 137; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdn. 66; Palandt-Heinrichs, § 9 AGBG Rdn. 19.

(a) Vertragswesentliche Rechte

Zunächst müßte die weite Grundschuldzweckerklärung vertragswesentliche Rechte des Eigentümers gefährden.

Dies ist jedoch nicht der Fall. Anders als ein Bürge haftet der Grundstückseigentümer nicht mit seinem gesamten Vermögen. Der Bürge läuft aufgrund dieser weitreichenden Rechtsfolge Gefahr, u.U. seine wirtschaftliche Existenz zu verlieren. Es ist ihm nicht möglich, außerhalb des Zugriffsbereichs des Gläubigers quasi "haftungsfreie" Werte zu bilden. Auch nach Inanspruchnahme des Bürgen hat dieser weiterhin den Gläubiger so lange zu bedienen, bis die Hauptschuld getilgt ist, selbst wenn er sein ganzes Vermögen bereits für erste Tilgungsleistungen eingesetzt hat. Sofern der Bürge nicht von der Möglichkeit der Restschuldbefreiung (§§ 286 ff. InsO) Gebrauch macht, zahlt er u.U. sein Leben lang auf eine im Grunde fremde Schuld.

Der Grundstückseigentümer indes befindet sich in einer günstigeren Ausgangslage. Der Umfang des mit Haftungsbeschlagnahmegerichteten Vermögens ist von vorneherein klar begrenzt und bestimmbar. Der Sicherungsgeber hat allenfalls den Verlust seines Grundstücks zu befürchten, und selbst insoweit ist die Summe, für die der Eigentümer einzustehen hat, durch die Höhe der Grundschuld nebst Zinsen begrenzt. Die Erweiterung der Haftung ändert nichts an dem dinglichen Umfang derselben. Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Sicherungsgebers ist in gleichem Umfang betroffen wie bei einer engen Zweckerklärung. Sie wird nicht weitergehend eingeengt. Die Haftungserweiterung führt daher auch nicht zu einer größeren existentiellen Bedrohung. Das Recht am Erhalt des Vermögens wird nach alledem durch die weite Zweckerklärung nicht wesentlich beeinträchtigt. Es fehlt aus diesem Grunde schon an der Einschränkung vertragswesentlicher Rechte.

Die Tatsache, dass der Sicherungsgeber bei Unterzeichnung einer weiten Zweckerklärung seinen Rückgewähranspruch aus § 812

Abs. 1 BGB auf absehbare Zeit nicht geltend machen kann³⁸⁷, kann hier nicht fruchtbar gemacht werden. Der Rückgewähranspruch ist Konsequenz dessen, dass es an einer der Bürgschaft oder Hypothek vergleichbaren Akzessorietät fehlt. Die letztgenannten Sicherungsrechte erlöschen mit vollständiger Tilgung der Hauptschuld, wohingegen das abstrakte Sicherungsmittel Grundschuld weiterhin nach außen dem Sicherungsnehmer zusteht, obwohl keine zu sichernde Forderung mehr existiert. Es bedarf vielmehr eines zusätzlichen Aktes seitens des Gläubigers, um diesem seine formale Position zu entziehen. Aus diesem Umstand resultiert der Anspruch des Sicherungsgebers aus § 812 BGB. Er ist demgemäß nur Reflex der Abstrahierung der Sicherungsgrundschuld. Solche Reflexe können aber kaum als vertragswesentlich bezeichnet werden, da sie nur einer sachgerechten Rückabwicklung *nach Erreichung des Vertragsziels* dienen.

Zudem wird dieser Anspruch nicht vereitelt, sondern lediglich in seiner Durchsetzbarkeit hinausgeschoben. Weitere finanzielle Nachteile drohen dem Sicherungsgeber nicht, angesehen von dem Umstand, dass der längere Zeitraum das Risiko erhöht, da sich die wirtschaftliche Situation des persönlichen Schuldners verschlechtern kann.

(b) Gefährdung des Vertragszwecks

Selbst wenn man die oben beschriebenen Auswirkungen als Einschränkung vertragswesentlicher Rechte betrachten möchte, so fehlt es aus den gleichen Gründen wie bei der weiten Bürgschaftszweckerklärung an ihrer Eignung zur Gefährdung des Vertragszwecks. Sämtliche dahingehende Argumentationsversuche sind lediglich Behauptungen. Sie sind allerdings nicht begründbar³⁸⁸. Ziel des Vertrages ist die Besicherung bestimmter Darlehen. Diese Besicherung ist weiterhin rechtlich und wirtschaftlich möglich und sinnvoll. Die Zweckerreichung ist nicht gefährdet.

³⁸⁷ So z.B. Clemente, Die Sicherungsgrundschuld, S. 18, 20.

³⁸⁸ Burghardt, WuB I F 1a – 4.95.

Aus diesen Gründen kann eine Unwirksamkeit nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG nicht angenommen werden.

(3) Die Generalklausel

Bei weiten Grundschuldzweckerklärungen kommt eine Unwirksamkeit nach § 9 Abs. 1 AGBG ebenfalls nicht in Betracht.

Zwar können in diesem Zusammenhang die oben aufgeführten Argumente (vgl. B II 1 lit. a) nicht fruchtbar gemacht werden. Die Bank hat zwar auch in solchen Fallgestaltungen ein berechtigtes Interesse an einer umfassenden Sicherung, geht diesem jedoch auf Kosten des Sicherungsgebers nach. Der Grundstückseigentümer kann hingegen aus der Erweiterung der Haftung keine Vorteile ziehen.

Dennoch entfällt eine unangemessene Benachteiligung.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die Bestellung einer Drittsicherheit immer ein einseitig verpflichtendes Geschäft darstellt, so dass eine Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung aus der Natur der Sache heraus schon entfallen muss³⁸⁹. Es hat immer nur der Sicherungsgeber Nachteile aus der Bestellung einer Drittsicherheit. Diese vertragliche Besonderheit ist bei der Abwägung im Rahmen des § 9 AGBG zu berücksichtigen³⁹⁰. Sicherheiten sind daher strukturell nicht von einer angemessenen und im Grundsatz gleichwertigen Berücksichtigung gegenseitiger Interessen geprägt, sondern vielmehr im wesentlichen auf eine einseitige Bevorzugung des Sicherungsnehmers ausgerichtet³⁹¹.

Anders als beim Bürgen ist die Haftung des Grundstückseigentümers gegenständlich beschränkt. Er hat lediglich aus dem Grundstück eine bestimmte Geldsumme zu zahlen (§ 1191 BGB). Der Sicherungsgeber haftet somit nur mit dem Grundstück und nur in zuvor festgelegter Höhe. Sein Interesse am Erhalt der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit und an der Wahrung sei-

³⁸⁹ OLG Köln, ZIP 1990, 446, 449.

³⁹⁰ BegrRegE, BT-Drucks. 7/3919, S. 23.

³⁹¹ BGHZ 125, 206, 208.

nes Vermögens wird daher nicht annähernd so stark beeinträchtigt wie im Falle des Bürgen. Der Sicherungsgeber kann neben dem Grundstück weitere Vermögenswerte ansammeln, ohne befürchten zu müssen, diese bei Inanspruchnahme wieder zu verlieren. er kann seine wirtschaftliche Existenz sichern. Sollte der Gläubiger nach einer Inanspruchnahme des Eigentümers noch weitere Forderungen gegen den persönlichen Schuldner haben, so kann er sich deretwegen nicht an den Sicherungsgeber halten, da dieser nicht wie der Bürge persönlich haftet. Für den Grundstückseigentümer ist mit der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück oder mit Zahlung der Grundschuldsumme die Angelegenheit erledigt, wohingegen der Bürge noch Jahre nach Einsatz seines ganzen Vermögens in Anspruch genommen werden kann. Das Risiko des Grundstückseigentümers ist folglich um ein vielfaches geringer als das des Bürgen. Durch die Haftungserweiterung ist allenfalls die Möglichkeit einer Inanspruchnahme insoweit gewachsen, als dass der persönliche Schuldner nunmehr die Bonität für die gesamte Geschäftsverbindung besitzen muss, um eine Inanspruchnahme auszuschließen. Andererseits ist auch bei einer weiten Zweckerklärung nicht ausgeschlossen, dass Zahlungen des persönlichen Schuldners zunächst auf nicht gesicherte Darlehen verrechnet werden, so dass der Sicherungsgeber auch nur dann nicht in Anspruch genommen wird, wenn der persönliche Schuldner sämtliche Darlehen bedienen kann. Das Risiko einer weiten Sicherungsabrede ist somit nicht erheblich größer. Dieses "Mehr" an Risiko kann jedoch nicht dazu führen, die Benachteiligung, die ohnehin mit jeder altruistischen Hingabe von Sicherheiten verbunden ist, als unangemessen zu qualifizieren.

Letzten Endes besteht nach der herrschenden Meinung auch bei einer weiten Sicherungsabrede ein der weiten Bürgschaft entsprechendes dauerschuldähnliches Kündigungsrecht, wodurch der Sicherungsgeber seinen Rückgewähranspruch konkret werden lassen kann³⁹². Die Kündigung bewirkt eine Begrenzung in zeitlicher und betragsmäßiger Hinsicht, die Besonderheiten der Grundschuld als auf einen bestimmten Vermögensgegenstand

³⁹² Gaberdiel, Tz. 10.7.5; Scholz/Lwowski, Rdn. 178; Schaarschmidt Tz. 2.270; wohl a.A. Merkel in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 94 Rdn. 301.

beschränktes Sicherungsrecht sorgt für eine gegenständliche Einschränkung. Bei der Grundschuldzweckerklärung ist die Kündigung infolgedessen geeignet, eine etwaige Benachteiligung nicht als unangemessen erscheinen zu lassen.

In einer neueren Entscheidung zur Höchstbetragsbürgschaft hat der IX. Senat des BGH die Bürgschaft allerdings am Transparenzgebot scheitern lassen³⁹³. § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB stand nicht entgegen, da nur gegenwärtige Forderungen Gegenstand des Streits waren. Allerdings bemängelte der BGH, der Kunde könne den Umfang seiner Haftung nicht erkennen, da ihm der Bestand der gegenwärtigen Forderungen regelmäßig nicht bekannt sei. Dies verstoße gegen das aus § 9 AGBG folgende Gebot der Transparenz von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Es sei im übrigen nicht Sache des Kunden, nachzufragen; vielmehr habe der Klauselverwender für Klarheit zu sorgen.

Die dortigen Argumente lassen sich auf die Grundschuld übertragen. Sie sind jedoch m.E. nicht überzeugend.

Zutreffend ist der Ausgangspunkt, dass es Aufgabe des Verwenders ist, die Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen klar und übersichtlich zu gestalten. Das bedeutet aber nicht, dass der Kunde allein durch die Lektüre des Klauselwerkes sämtliche offenen Fragen klären können. Er muss lediglich in die Lage versetzt werden, die Reichweite seiner Verpflichtungen zu erkennen. Transparenz wird von § 9 Abs.1 AGBG nur soweit gefordert, wie sie notwendig ist, die Rechte des Klauselgegners zu schützen. Bei der beanstandeten Klausel ist die Transparenz ausreichend. Er weiß, dass er für alle bestehenden Verbindlichkeiten haftet. Die aktuelle Höhe lässt sich durch einfaches Nachfragen klären. Dies ist ihm durchaus zuzumuten und belastet ihn nicht entgegen Treu und Glauben, wie es § 9 Abs. 1 AGBG erfordert.

Darüber hinaus erklärt der Kunde, er sei bereit, bis zu einem bestimmten Betrag (Höchstbetrag oder Grundschuldsumme) haf-

³⁹³ BGH, LM § 9 (Bm) AGBG, Nr. 32 mit zustimmender Anmerkung Pfeiffer; näheres s. oben C.II.1.a) bb)

ten. Er muss daher damit rechnen, dass er auch in voller Höhe in Anspruch genommen wird. Erfolgt dies, so ist er zumindest dann nicht in seinen Rechten beeinträchtigt, wenn die Verbindlichkeiten bereits bei Vertragsschluss bestanden auch wenn ihm die seinerzeit aktuelle Höhe nicht positiv bekannt war.

III. Ergebnis

Festzuhalten bleibt demgemäß, dass eine Inhaltskontrolle von Sicherungsabreden solcher Bürgschaften, die die gesamte Geschäftsverbindung absichern sollen, wegen § 8 AGBG nicht zulässig ist. Die Zweckerklärung beschreibt vollumfänglich die Hauptleistungspflichten des Bürgen. Die Auffassung des BGH, § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB enthalte ein Leitbild einer summenmäßig begrenzten Bürgschaft aufgrund des Verbotes der Fremddisposition ist jedenfalls für Bürgschaften für zukünftige Forderungen abzulehnen, da diesen notwendig die Abhängigkeit von Rechts-handlungen Dritter innewohnt. Solche Bürgschaften unterliegen damit nicht der Inhaltskontrolle.

Die übrigen weiten Bürgschaftszweckerklärungen benachteiligen den Bürgen unangemessen nach § 9 Abs. 1 AGBG, da der Bürge mit seinem gesamten Vermögen für Verbindlichkeiten Dritter einzustehen hat, an denen er nicht partizipiert und nicht in der Lage ist, diese Haftung gegenständlich zu beschränken. Hierdurch wird seine wirtschaftliche und persönliche Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt und sein Interesse an der Wahrung seines Vermögens nicht angemessen berücksichtigt wird.

Grundschildzweckerklärungen hingegen sind zwar ohne Ausnahme nach §§ 9-11 AGBG kontrollfähig, da sie gesetzlich nicht geregelt sind. In diesem Fall ist ein erhöhter Kontrollbedarf gegeben, da der Gesetzgeber zuvor nicht - wie bei den gesetzlich typisierten Vertragsverhältnissen - Leitlinien aufgestellt hat, um so darzulegen, welche Regelungen er für angemessen hält.

Entgegen Stimmen in der Literatur und mit dem BGH ist davon auszugehen, dass solche Erklärungen aber den Grundstückseigentümer nicht unangemessen benachteiligen, da sich sein Ri-

siko aufgrund der gegenständlichen Beschränkung der Haftung nicht erheblich steigert. Andere Ansichten, die in der weiten Haftung des Grundstückeigentümers ein unüberschaubares Risiko sehen, sind überzogen und berücksichtigen nicht die Bedürfnisse der Praxis.

D. Rechtsfolgen

Nun stellt sich die Frage, wie sich der Verstoß der weiten Sicherungsabrede gegen §§ 3, 9 Abs. 1 AGBG auswirkt.

Grundsätzlich wird eine überraschende Klausel nach § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil. Eine unangemessen benachteiligende Klausel ist unwirksam (§ 9 Abs. 1 AGBG). Der Vertrag wird jedoch entgegen § 139 BGB unter Beachtung des nun geltenden dispositiven Gesetzesrechts aufrechterhalten (§ 6 Abs. 1 und 2 AGBG).

Bei Klauseln, die inhaltlich nur eine bestimmte Regelung enthalten, ist dies unproblematisch. Diese Bestimmung ist zur Gänze unwirksam. Wird z.B. entgegen § 11 Nr. 10 AGBG bei einem Kaufvertrag über eine neu hergestellte Sache die Gewährleistung ausgeschlossen oder auf Dritte beschränkt, so ist diese Klausel insgesamt unwirksam. der Regelungsgehalt dieser Vertragsvereinbarung erschöpft sich in dem Gewährleistungsausschluss.

Problematisch wird es jedoch, wenn zwar nach der äußeren Gestaltung des Vertragstextes nur eine Klausel vorliegt, sich diese jedoch inhaltlich, d.h. ihrem Regelungsgehalt nach, auf zwei selbständige, voneinander abtrennbare Sachverhalte bezieht. Eine solche Klausel ist die weite Zweckerklärung. Sie erstreckt die Haftung auf "alle gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche aus der Geschäftsverbindung". Die Teilbarkeit einer solchen Klausel und deren dogmatische Begründung stehen in Streit.

I. Das Ergebnis

Da über das Ergebnis weitgehend Einigkeit herrscht und nur der dogmatische Weg, der zur Begründung beschritten wird, unterschiedlich ist, erscheint es angebracht, zunächst die fast von allen befürwortete Rechtsfolge darzustellen.

1. Nichteinbeziehung gem. § 3 AGB-Gesetz

Nach § 3 AGBG wird eine überraschende Klausel nicht Vertragsbestandteil. Der BGH lässt jedoch trotz des Verstoßes gegen § 3 AGBG die Klausel nicht zur Gänze nicht Vertragsbestandteil werden.

Zunächst beanstandete der BGH nur die Ausdehnung auf alle zukünftigen Forderungen. Insoweit erachtete er dann auch die Zweckerklärung für unwirksam³⁹⁴.

In der Mehrheit seiner Entscheidungen hat der BGH aber auch – konsequenterweise – sämtliche Darlehen von der Sicherung ausgenommen, die nicht Anlass der Sicherheitenbestellung waren³⁹⁵. Gesichert ist nach herrschender Meinung³⁹⁶ somit vielmehr nur dasjenige Darlehen, um dessen Willen der Sicherungsgeber angegangen worden war.

2. Unwirksamkeit gem. § 9 AGB-Gesetz

Ist eine Klausel unangemessen, so begrenzt die ganz herrschende Meinung³⁹⁷ die Haftung des Sicherungsgebers auf das zur Zeit der Kreditvergabe bestehende Kreditverhältnis. Dieses bilde das aktuelle Sicherheitsbedürfnis des Kreditgebers. Nur dessen Absicherung sei angemessen. Der BGH³⁹⁸ formuliert:

³⁹⁴ BGHZ 83, 56, 60; BGHZ 106, 19, 25; NJW 1992, 1822, 1823; in allen Fällen waren jedoch zum Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung eventuell bestehende weitere Verbindlichkeiten neben dem Anlaß-Darlehen nicht Gegenstand des Rechtsstreites und standen daher nicht zur Entscheidung an.

³⁹⁵ BGHZ 102, 152, 160; BGHZ 109, 197, 203; BGH, NJW 1991, 1286, 1287; BGHZ 126, 174, 177; BGHZ 130, 19, 27; BGH, ZIP 1995, 1979, 1980; BGH, ZIP 1996, 702, 705; BGH, WM 1998, 1875, 1882

³⁹⁶ Zahlreiche Nachweise bei BGH, WM 1998, 1875, 1882.

³⁹⁷ Zahlreiche Nachweise bei BGH, WM 1998, 67 f.

³⁹⁸ BGHZ 130, 19, 34.

" Die Zweckerklärung ist vielmehr in der Form aufrechtzuerhalten, dass die Bürgschaft alle bestehenden und künftigen, auch bedingten und befristeten Forderungen der Beklagten (= Bank) gegen die Hauptschuldnerin aus dem Kreditverhältnis sichert, *wie es bei Abgabe der Bürgschaftserklärung bestand. Entscheidend ist somit grundsätzlich das damalige Kreditlimit.*"

(Hervorhebungen durch Verf.)

Der Bürge haftet demnach nur in Höhe desjenigen Kreditlimits, welches bei Abgabe der Bürgschaftserklärung bestand - unabhängig von dessen Inanspruchnahme. Erfasst werden somit alle gegenwärtigen Forderungen sowie diejenigen, die zwar zukünftig oder bedingt sind, aber zum Zeitpunkt der Bürgschaftserklärung schon verbindlich zugesagt waren. Dies ist nach Auffassung des BGH angemessen, da insoweit der Bürge die Möglichkeit besitzt, das Limit vor Unterzeichnung zu erfragen und somit sein Risiko abzuschätzen. Der BGH trennt daher nicht in "gegenwärtige" und "zukünftige" Forderungen, wie es der Vertragstext nahe legen würde, sondern formuliert die Klausel um.

Eine vollständige Nichtigkeit der Sicherungsabrede lehnt der BGH ab. Dies würde mangels Bestimmtheit der Hauptforderung zur Unwirksamkeit der Bürgschaft an sich führen³⁹⁹ und dem Kunden einen nicht gerechtfertigten und vom AGB-Gesetz nicht intendierten Vorteil verschaffen⁴⁰⁰. Zudem würde dies nicht dem Willen der Vertragsparteien entsprechen, die immerhin die Absicherung des den Sicherungsanlass bildenden Darlehens gewollt haben.

Diese Rechtsprechung hat im Ergebnis überwiegend Zustimmung gefunden⁴⁰¹. Das bei Hingabe der Bürgschaft bestehende Kreditverhältnis stellt somit nach der ganz herrschenden Meinung das aktuelle Sicherheitsbedürfnis des Gläubigers dar und ist demzufolge die Obergrenze der Haftung des Bürgen.

³⁹⁹ Pfeiffer, DZWir 1998, 154, 155.

⁴⁰⁰ Pfeiffer, DZWir 1998, 154, 156.

⁴⁰¹ Nachweise bei BGH, WM 1998, 67 f.

Sofern die Bürgschaft für einen summenmäßig unbegrenzten Kontokorrentkredit bestellt wird, so ist naturgemäß ein Limit, welches als Haftungsobergrenze fungieren könnte, nicht vorhanden. Der BGH⁴⁰² stellt dabei entgegen dem OLG Düsseldorf⁴⁰³ auf den Kreditsaldo am Tage der Abgabe der Bürgschaftserklärung ab. Dieser bilde das aktuelle Sicherungsbedürfnis des Kreditgebers⁴⁰⁴. Nur dessen Sicherung ist aber angemessen.

II. Die einzelnen Rechtsinstitute

So einig man sich über das Ergebnis ist, desto umstrittener ist dessen Begründung. Hier wird so ziemlich jede Ansicht vertreten⁴⁰⁵.

Um die verschiedenen Lösungsansätze bewerten zu können, ist es erforderlich, sich zunächst die Regelung des § 6 AGBG vor Augen zu führen sowie die geltungserhaltenden Reduktion und die ergänzende Vertragsauslegung zu beleuchten. Auf diesen richterrechtlich entwickelten Rechtsinstituten fußen in wesentlichen die verschiedenen Begründungen.

1. Regelungsgehalt des § 6 AGB-Gesetz

Grundsätzlich ist ein Vertrag nach § 139 BGB insgesamt unwirksam, wenn eine seiner Bestimmungen nicht wirksam vereinbart worden ist. Für die Unwirksamkeit einer Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen passt diese umfassende Rechtsfolge jedoch nicht. Der Kunde wird regelmäßig daran interessiert sein, den Vertrag nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen

⁴⁰² BGH, WM 1998, 67, 69.

⁴⁰³ BB 1997, 118.

⁴⁰⁴ Zustimmend Hellner in WuB I F 1a.-8.98; Pfeiffer (DZWIR 1998, 154, 158) kritisiert hieran, dass dem Tagessaldo ein Element der Zufälligkeit innewohne, welches der Annahme entgegenstehe, dieser sei Anlass der Bürgschaftsübernahme. Er stellt vielmehr auf die bisherige Entwicklung des Kontokorrentkredites ab. Diese dürfte jedoch im Einzelfall, d.h. bei der Bestimmung des Anlasses in absoluter Höhe, ungeeignet sein.

⁴⁰⁵ Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 6 Rdn. 28; Bydlinski, WM 1992, 1301, 1307.

durchzuführen, anstatt ihn rückabzuwickeln⁴⁰⁶. Um das o. g. Beispiel des Kaufvertrages mit unwirksamen Gewährleistungsausschluss wieder aufzugreifen, dürfte dem Kunden mehr daran gelegen sein, den Vertrag unter Geltung der gesetzlichen Gewährleistung aufrechtzuerhalten statt Zug um Zug erhaltene Ware gegen den gezahlten Kaufpreis rückzübergeben. § 6 AGBG trägt diesem Bedürfnis Rechnung. Danach bleibt der Vertrag im übrigen wirksam (§ 6 Abs. 1 AGBG). An die Stelle der unwirksamen Klausel treten die gesetzlichen Vorschriften (§ 6 Abs. 2 AGBG). Diese Regelung dient daher in erster Linie dem Interesse des Kunden⁴⁰⁷ und entspricht überdies der Rechtsprechung und herrschenden Lehre vor Geltung des AGB-Gesetzes⁴⁰⁸. Zwar gibt es auch Fälle – insbesondere Dauerschuldverhältnisse – in denen dem Kunden daran gelegen sein könnte, das lästige Vertragsverhältnis zu lösen; diese Interessen sind jedoch im Rahmen des AGB-Gesetzes nicht schutzwürdig⁴⁰⁹.

2. Das Verbot geltungserhaltender Reduktion

Sofern eine Klausel insgesamt unwirksam ist, fällt sie in vollem Umfang weg. Die Vereinbarung kann nach der ganz herrschenden Meinung nicht auf das gerade noch erträgliche Maß zurückgeführt werden⁴¹⁰.

a) Grundsätzliches

Würde man eine geltungserhaltende Reduktion grundsätzlich zulassen, so hätte dies zur Folge, dass der Verwender sorglos unangemessene Klauseln in seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnehmen könnte. Er würde in einem gerichtlichen Verfahren allenfalls auf das gerade noch zulässige Maß be-

⁴⁰⁶ Heinrichs in Palandt, § 6 AGBG Rdn. 1; BegrRegE, BT-Drucks. 7/3919, S. 20 f.

⁴⁰⁷ Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn. 1.

⁴⁰⁸ Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn. 4.

⁴⁰⁹ BegrRegE, BT-Drucks. 7/3919, S. 21.

⁴¹⁰ BGHZ 130, 19, 36 m.w.N.; a.A. Kötz im Münchener Kommentar, § 6 AGBG Rdn. 8.

schränkt und somit risikolos gestellt. Gerade dies soll durch § 6 Abs. 1 AGBG verhindert werden⁴¹¹.

Eine solche Vorgehensweise hätte ferner zur Folge, dass in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Reihe von unangemessenen Klauseln verwendet würden, da dies für den Verwender ohne Risiko ist. Die Kunden wären in hohem Maße verunsichert und müssten nunmehr selbst die Initiative ergreifen, um die Fülle von AGB-gesetzeswidrigen Klauseln zu bekämpfen. Anhand des Vertragswerkes könnten sie ihre Rechte und Pflichten nicht mehr erkennen. Die Regelungen würden intransparent.

Das Verbot geltungserhaltender Reduktion soll folglich zum einen dazu beitragen, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen klar und verständlich bleiben (Transparenzgebot) und zum anderen einem "Wucher" mit Übermaßklauseln entgegenstehen (Präventions- und Sanktionsfunktion)⁴¹². Nach § 5 AGBG trifft den Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen die vorrangige Verantwortung für deren Formulierung. Er nimmt einseitig die Vertragsfreiheit in Anspruch und hat somit für einen gerechten Interessenausgleich zu sorgen, welcher beim Individualvertrag durch die in etwa gleich starken Verhandlungspositionen erreicht wird⁴¹³. Das Verbot, eine Übermaßklausel teilweise aufrecht zu erhalten, ist Ausfluss dieser Formuliungsverantwortung. Kommt ein Verwender dieser Verantwortung nicht nach, so muss dies für ihn spürbare Nachteile mit sich ziehen. Es ist daher ganz herrschende Meinung, dass eine geltungserhaltende Reduktion grundsätzlich nicht zulässig ist. Ein solches Verbot trägt maßgeblich dazu bei, dass sich auch der Verwender als die verhandlungsstärkere Partei um angemessene Klauseln bemüht.

Zudem wäre der Richter gezwungen, quasi im Interesse des Verwenders wie eine Art Sachwalter eine diesem möglichst gün-

⁴¹¹ BegrRegE, BT-Drucks. 7/3919, S. 21.

⁴¹² Canaris, Festschrift für Steindorff, S. 547 ff.; Hager, JZ 1996, 175, 177f.

⁴¹³ BegrRegE BT-Drucks. 7/3919, S. 10.

stige, andererseits gerade noch zulässige Fassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu finden⁴¹⁴.

b) Teilbare Klauseln

Allerdings ist nicht jede Aufrechterhaltung eines Teils einer Klausel als geltungserhaltende Reduktion zu werten. Das würde letzten Endes darauf hinauslaufen, dass alleine die redaktionelle Gestaltung darüber entscheiden würde, ob eine Regelung wirksam ist oder nicht⁴¹⁵.

Fraglich ist aber, ob und inwieweit die problematische Klausel selbst noch aufrechterhalten werden kann, wenn sie zwei selbständige Sachverhalte regelt und nicht zur Gänze zu beanstanden ist.

Nach bislang allgemeiner Ansicht war Voraussetzung der Aufrechterhaltung eines Teils einer Klausel, dass die Klausel inhaltlich und sprachlich teilbar ist⁴¹⁶. Die Klausel muss daher materiell, das heißt ihrem Regelungsgehalt nach, zwei selbständige Tatbestände erfassen. Dies ist notfalls durch Auslegung zu ermitteln⁴¹⁷. Zudem muss die Vereinbarung inhaltlich teilbar sein, so dass alleine durch Streichung einzelner Teile der Vereinbarung eine nicht zu beanstandende Klausel übrig bleibt⁴¹⁸. Eine Umgestaltung der Klausel hingegen war nicht zulässig. Der BGH⁴¹⁹ hierzu wörtlich:

"(Bei einer verbotenen geltungserhaltenden Reduktion) geht es um Klauseln, die zulässige und unzulässige Tatbestände sprachlich nicht trennbar verbinden, bei denen daher die Ausgrenzung der unzulässigen und die Aufrechterhaltung der zulässigen Teile nur durch eine sprachliche Umgestaltung erreicht werden können."

⁴¹⁴ BGH, NJW 1984, 48, 49.

⁴¹⁵ So im Ergebnis Bydlinski, WM 1992, 1301, 1307.

⁴¹⁶ Statt vieler Pfeiffer, LM § 765 BGB Nr. 99-101 sowie Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn. 12, dort Fußnote 39.

⁴¹⁷ Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn. 13; Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 6 Rdn. 35.

⁴¹⁸ BGHZ 114, 338, 343.

⁴¹⁹ BGH, NJW 1984, 2816, 2417.

te, so wenn etwa globale Regelungen ... auf zulässige Einzelfatbestände beschränkt ... oder auf die zulässige Höhe herabgesetzt werden sollen."

Sprachliche Umformulierungen fielen daher nach allgemeiner Ansicht unter das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Allerdings ging es im Regelfall nur um solche Klauseln, deren Wegfall nicht den Vertrag zum Scheitern brachten. Es waren lediglich ersetzbare Nebenabreden unwirksam. Würde nunmehr die Sicherungsabrede ersatzlos wegfallen, so wäre möglicherweise die gesamte Bürgschaft unwirksam, da der Umfang der Sicherung nicht feststellbar wäre. Aus dem geschriebenen Gesetzesrecht, welches subsidiär Geltung beanspruchen würde (§ 6 Abs. 2 AGBG), ist dieser ebenso wenig abzulesen. Aufgrund der fehlenden Bestimmtheit der Hauptschuld bestünde überhaupt keine Bürgschaftsverpflichtung.

c) Ausnahmen

Von diesem Verbot sind vereinzelt Ausnahmen gefordert worden. Zum Teil wird dabei auf die zu vermutende Redlichkeit des Verwenders⁴²⁰, auf die Verhältnismäßigkeit der Rechtsfolge⁴²¹ abgestellt oder aber diese Aspekte werden miteinander vermengt⁴²². Die ganz herrschende Meinung geht jedoch davon aus, dass Ausnahmen nicht zulässig sind und eine geltungserhaltende Reduktion in jedem Falle nicht möglich ist⁴²³.

Allerdings hat auch der BGH teilweise Klauseln in einer Art aufrecht erhalten, die von vielen als geltungserhaltende Reduktion gewertet werden und somit das Verbot einer solchen Zurückführung verwässert⁴²⁴. Hinzu kommt, dass auch in der Lite-

⁴²⁰ Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 5 Rdn. 18.

⁴²¹ Kötz im Münchener Kommentar, § 6 AGBG Rdn. 8; Bydlinski, WM 1992, 1301, 1307; für Ausnahmefälle auch Pfeiffer, LM § 765 BGB Nr. 105.

⁴²² Hager, JZ 1996, 175, 176; Canaris, Festschrift für Steindorff, S. 547; weitere Nachweise bei Larenz AT, § 43 Rdn. 116, dort Fußnote 132.

⁴²³ Nachweise bei Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 6 Rdn. 28f.

⁴²⁴ Nachweise bei Kötz im Münchener Kommentar, § 6 AGBG Rdn. 9; bei BGHZ 130, 19, 35, 37; bei Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn. 15; zur vorliegenden Problematik Schröter, WuB I F 1a – 13.95.

ratur mehrfach die Aufrechterhaltung bestimmter Klauseln für zulässig erachtet wird, obwohl dies einer geltungserhaltenden Reduktion sehr nahe kommt⁴²⁵. Von einem unumstößlichen Dogma kann daher keinesfalls die Rede sein.

3. Die ergänzende Vertragsauslegung

a) Grundsätzliches

Offenbart ein Vertrag inhaltliche Lücken, so sind diese entweder durch Rückgriff auf das geschriebene Recht oder auf Gewohnheitsrecht zu schließen. Führen diese Wege nicht zum Erfolg, so kommt die ergänzende Vertragsauslegung zum Zuge⁴²⁶. Hierbei ist zu ermitteln, welche Regelung die Vertragsparteien gefunden hätten, wenn ihnen die Lücke bekannt gewesen wäre. Die Auslegung hat sich dabei an den Geboten von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu orientieren (§§ 133, 157 BGB). Es ist daher die Auslegung zu bevorzugen, die die beiderseitigen Interessen ausgewogen berücksichtigt⁴²⁷.

b) Ergänzende Vertragsauslegung und das AGB-Gesetz

Die vertragliche Lücke braucht nicht von Beginn an zu existieren. Es ist nach ganz herrschender Meinung auch möglich, mit dieser Methode solche Lücken zu schließen, die durch den Wegfall einzelner Klauseln aufgrund des AGB-Gesetzes entstehen⁴²⁸, selbst-

⁴²⁵ Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 5 Rdn. 20.

⁴²⁶ Kötz im Münchener Kommentar, § 6 AGBG Rdn. 14; Ulmer, NJW 1981, 2031 f.; BGHZ 90, 69, 75; BGH, WM 1998, 67, 68.

⁴²⁷ BGHZ 120, 180, 122; Brox, BGB AT Rdn. 138; Larenz, Methodenlehre, S. 300 f.

⁴²⁸ Grundlegend hierzu BGHZ 90, 69, 75 ff. ("Tagespreisklausel") m.w.N.; BGHZ 120, 108, 122 m.w.N.; Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 5 Rdn. 22 sowie § 6 Rdn. 15 m.w.N.; Kötz im Münchener Kommentar, § 6 AGBG Rdn. 9; Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn. 33 m.w.N.; jedenfalls grundsätzlich auch Canaris, ZIP 1996, 1108, 1112; so dürfte auch der Gesetzgeber dieses Problem gesehen haben (BegrRegE, BT-Drucks. 7/3919, S. 21, unter Bezugnahme auf Vorschläge, Lücken, die nicht durch geschriebenes Recht geschlossen werden können, unter Rückgriff auf eine vom Richter zu schaffende sachgerechte Regelung zu schließen.); a.A. Trinkner, BB 1984, 490; Löwe, BB 1984, 492 (beide zu BGHZ 90, 69 ff. "Tagespreisklausel"); weitere Nachweise der Gegenansicht bei Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 6 Rdn. 15.

verständlich nur im Individualprozess, da nur dort ein hypothetischer Parteiwille festgestellt werden kann⁴²⁹. Eine Vertragslücke liegt indes immer dann vor, wenn allgemeine dispositive Normen aufgrund des besonderen Vertragstypus überhaupt fehlen oder wenn ein Rückgriff auf das geschriebene Gesetzesrecht zwar grundsätzlich möglich wäre, aber bei Rückgriff auf diese Bestimmungen aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles der Vertrag inhaltlich zu stark vom Normaltypus dieser Vertragsform abweicht. Zudem darf die ersatzlose Streichung keine angemessene, den typischen Interessen der Vertragsparteien gerecht werdende Lösung darstellen⁴³⁰. Begründet wird die Anwendung dieses Rechtsinstitutes überwiegend damit, dass § 6 Abs. 2 AGBG auf das dispositive Gesetzesrecht verweise, wozu eben auch die Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB zählen. Die ergänzende Vertragsauslegung hingegen sei nur eine spezielle Methode in Anwendung dieser Vorschriften⁴³¹.

Im Unterschied zur geltungserhaltenden Reduktion sucht die ergänzende Vertragsauslegung nicht nach einer gerade noch erträglichen Regelung, sondern Ziel ist eine angemessene Lösung, die den beiderseitigen Interessen gerecht wird⁴³². Dies folgt daraus, dass die Auslegung den Geboten von Treu und Glauben unterworfen ist (§ 157 BGB) und daher nicht einseitige Ergebnisse liefern darf, wie es die geltungserhaltende Reduktion tut.

- c) Das Verhältnis der ergänzenden Vertragsauslegung zum Verbot der geltungserhaltenden Reduktion

Umstritten ist, inwieweit eine ergänzende Vertragsauslegung möglich ist, wenn sie nur vorgenommen wird, um die Unwirksamkeit einer Klausel oder eines Vertrages zu vermeiden. Im Ergebnis könnte sie der verbotenen geltungserhaltenden Reduktion im wesentlichen gleichkommen.

⁴²⁹ Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn. 36.

⁴³⁰ BGHZ 90, 69, 75

⁴³¹ BGHZ 90, 69, 75; Larenz AT, § 43 Rdn. 43; a.A. Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 6 Rdn. 15; Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn. 34

⁴³² BGHZ 62, 83, 89; Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn. 32.

Teilweise wird angenommen, in einem solchen Fall handele es sich um dieselbe Methode, so dass auch die ergänzende Vertragsauslegung nicht zulässig sei⁴³³. Andernfalls könne man jede unwirksame Klausel über diesen Umweg erhalten und das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion somit umgehen⁴³⁴.

Die Gegenansicht verweist darauf, dass die geltungserhaltende Reduktion darauf abzielt, das gerade noch erträgliche Maß an Belastungen vertraglich festzulegen, wohingegen bei der ergänzenden Vertragsauslegung auf beiderseitige Interessen Rücksicht zu nehmen ist. Dies habe eine ausgewogene und angemessene Regelung zur Folge. Beide Rechtsinstitute hätten somit unterschiedliche Zielsetzungen und seien daher nicht identisch⁴³⁵.

III. Die dogmatische Herleitung in Rechtsprechung und Literatur

Rechtsprechung und Literatur bedienen sich beider Rechtsinstitute, um das Für und Wider der einen oder anderen Ansicht zu begründen.

1. Die Herleitung der Rechtsprechung

Die Begründung des BGH befindet sich noch im Fluss. Zunächst ging der BGH davon aus, er könne das gewonnene Ergebnis durch eine inhaltliche Korrektur der Sicherungsabrede erreichen⁴³⁶. Hierbei hat der BGH die Klausel jedoch nicht dergestalt geändert, dass lediglich das Wort "zukünftige" gestrichen wurde. Da die Klausel nicht zwischen solchen Verbindlichkeiten unterscheidet, die Anlass der Sicherheitenbestellung war(en) und den übrigen, sondern nur zwischen „gegenwärtigen“ und „zukünftigen“, würde eine solche Streichung nicht ausreichen und somit den Anforderungen an eine angemessene Sicherungsabrede

⁴³³ Canaris, ZIP 1996, 1108, 1112; ders., Festschrift für Steindorff, S. 549; Hager, JZ 1996, 175, 176; Kötz im Münchener Kommentar, § 6 AGBG Rdn. 9.

⁴³⁴ Canaris, ZIP 1996, 1108, 1112.

⁴³⁵ Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 6 Rdn. 18, 33; Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn. 11; Larenz AT, § 43 Rdn. 120.

⁴³⁶ BGHZ 130, 19, 34 f.

unter Berücksichtigung beiderseitiger Interessen nicht genügen. Der BGH⁴³⁷ wörtlich:

"Denn dadurch bliebe die Haftung für gegenwärtige Forderungen, die nicht den `Anlass` für die Bürgschaftsübernahme gebildet haben, aufrechterhalten; ferner entfiere die Haftung für künftige Forderungen aus dem Kontokorrentverhältnis, selbst wenn das Kreditlimit nicht überschritten würde. Einerseits ginge die Streichung also nicht weit genug, andererseits zu weit."

Eine - nicht zulässige - geltungserhaltende Reduktion sah der BGH hierin nicht. Bislang war es zwar allgemeine Ansicht, dass eine sprachliche *und* inhaltliche Teilung einer Klausel erforderlich sei, um sie in einen zulässigen und einen unzulässigen Teil aufspalten zu können und das sich eine andere Formulierung der Klausel durch die Gerichte verbiete⁴³⁸. Eine inhaltliche Umformulierung sei nach Ansicht des BGH allerdings nur dann ausgeschlossen, wenn der Wegfall der Klausel den Bestand des Vertrages, insbesondere die Hauptleistungspflichten, unberührt ließe⁴³⁹. In solchen Fällen sei aufgrund des Schutzcharakters des AGB-Gesetzes eine Reduktion auf das gerade noch akzeptable Maß nicht zulässig, da der Verwender andernfalls unbedenklich nicht angemessene Klauseln vorformulieren könne, ohne ernsthafte Konsequenzen fürchten zu müssen. In solchen Fällen komme der Sanktionsgedanke des § 6 AGBG voll zum Tragen.

Im Falle der Sicherungsabrede solle die vom BGH vorgenommene Reduzierung den Vertrag aber gerade auf das beschränken, was der Bürge als Leistungsinhalt in seine Vorstellungen aufgenommen habe. Die Auffassung des BGH führe dazu, dass der Vertrag einen Inhalt bekäme, welcher die berechtigten Interessen des Bürgen voll berücksichtige. Eine weitergehende Unwirksamkeit sei nicht geboten oder erforderlich. Würde die Zweckerklärung gänzlich wegfallen, so wäre die gesamte Sicherheitenbestellung mangels Bestimmtheit der Hauptschuld nicht wirksam. Der BGH hierzu: *"Die Totalnichtigkeit der Bürgschaft*

⁴³⁷ BGHZ 130, 19, 35.

⁴³⁸ Pfeiffer, LM § 765 BGB Nr. 99-101.

⁴³⁹ BGHZ 130, 19, 36 m.w.N.

*wäre - gemessen am Schutzzweck des AGB-Gesetzes - eine überschießende Rechtsfolge."*⁴⁴⁰

In einer späteren Entscheidung hat es der BGH dann offengelassen, ob eine geltungserhaltende Reduktion vorläge oder nicht⁴⁴¹. Eine vollständige Streichung käme schließlich schon aus anderen Gründen nicht in Betracht.

Der BGH begründet diese Ansicht damit, dass jedenfalls eine ergänzende Vertragsauslegung zu dem von der herrschenden Meinung befürworteten Ergebnis führt. An die Stelle der unwirksamen Sicherungsabrede trete dann die "enge" Zweckerklärung, die die Haftung auf das bestehende Kreditlimit beschränkt. Sie stelle dasjenige dar, was die Parteien bei sachgerechter Abwägung beiderseitiger Interessen vereinbart hätten, wenn Ihnen die Unwirksamkeit der weiten Sicherungsabrede bekannt gewesen wäre⁴⁴².

Der BGH führt zudem die Zielsetzung des AGB-Gesetzes an. Es würde dieser widersprechen und wäre unbillig, wenn dem Kunden ein Vorteil entstünde, der das Vertragsgefüge völlig einseitig zu seinen Gunsten verschiebt⁴⁴³. Das wäre vorliegend der Fall, da der scheinbar gesicherte Kredit nunmehr ein Blankokredit wäre mit dem Vorteil des Sicherungsgebers, für diesen entgegen der zuvor getroffenen Vereinbarung und dem von beiden Parteien Gewollten nicht haften zu müssen. Dieser Vorteil wäre nicht zu rechtfertigen⁴⁴⁴.

2. Die Ansicht der Literatur

Die Literatur steht zum Teil auf dem Standpunkt, in dem hier in Rede stehenden Fall sei durchaus eine Ausnahme vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion möglich. Begründet wird dies u.a.

⁴⁴⁰ BGHZ 130, 19, 36.

⁴⁴¹ BGH, WM 1998, 67, 68.

⁴⁴² BGH, WM 1998, 67, 68.

⁴⁴³ BGH, WM 1998, 67, 68; a.A. Schmitz-Herscheid, ZIP 1997, 1140, 1142, der Totalnichtigkeit der Sicherungsabrede und somit der ganzen Bürgschaft annimmt.

⁴⁴⁴ Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn. 37

damit, dass sich der Verwender aufgrund der jahrelangen entgegenstehenden Rechtsprechung redlich verhalten habe und somit eine vollständige Unwirksamkeit zu weit gehe⁴⁴⁵.

Teilweise wird angeführt, die Aufspaltung der Sicherungserklärung in Haupt- und Nebenabreden im Rahmen des § 8 AGBG sei auch bei dem hier in Rede stehenden Problem vorzunehmen. Dies sei nur konsequent. Demzufolge sei nur derjenige Teil der Zweckerklärung unwirksam, der die Nebenabrede darstelle⁴⁴⁶.

Überwiegend werden jedoch Ausnahmen vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion für nicht zulässig gehalten. Sie würden dem Schutzzweck des § 6 AGBG und dem strafähnlichen Charakter dieser Vorschrift zuwider laufen. Die Verwender würden eine Reihe unangemessener Klauseln in ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnehmen und somit dem Kunden die Möglichkeit nehmen, sachgerecht Informationen über seine Rechte und Pflichten dem vorformulierten Vertragstext zu entnehmen. Sinn und Zweck des AGB-Gesetzes sei aber u.a. das Transparenzgebot. Wer seinem Vertragspartner Bedingungen oktroyiert, habe dafür Sorge zu tragen, dass diese klar und verständlich gefasst sind. Die Verantwortung für die jeweilige Formulierung liege beim Verwender. Diesem trage auch § 5 AGBG Rechnung. Diese Formuliungsverantwortung verbiete eine dem Verwender möglichst günstige Lösung, wenn eine gewählte Vereinbarung nicht angemessen wäre. Eine geltungserhaltende Reduktion durch die Gerichte würde diesem Ziel nicht gerecht werden⁴⁴⁷. Sie ist daher auch nach herrschender Ansicht in der Literatur grundsätzlich nicht zulässig.

Die Vertreter dieser Auffassung gehen jedoch überwiegend davon aus, dass das gewünschte Ergebnis - wie es der BGH in

⁴⁴⁵ Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 5 Rdn. 18 sowie § 6 Rdn. 28 m.w.N.; Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn. 14 m.w.N.; Kötz im Münchener Kommentar, § 6 AGBG Rdn. 8; Canaris, ZIP 1996, 1108, 1113; Bydlinski, WM 1992, 1301, 1307; Reich/Schmitz, NJW 1995, 2533, 2534.

⁴⁴⁶ Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn. 13a, b.

⁴⁴⁷ Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn. 14; Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, § 5 Rdn. 19.

seiner neueren Rechtsprechung tut⁴⁴⁸ - auf dem Wege ergänzender Vertragsauslegung zu erreichen ist⁴⁴⁹. Diese sei auch im Rahmen einer Unwirksamkeit einer Klausel im Rahmen der §§ 9 - 11 AGBG zulässig (im einzelnen vgl. oben C II 3 lit. b, c).

IV. Stellungnahme

Im Ergebnis ist der ganz herrschenden Meinung zuzustimmen. Die Totalnichtigkeit der Sicherungsabrede und somit letztendlich der Bürgschaftserklärung wäre in der Tat eine "überschießende Rechtsfolge"⁴⁵⁰. Zielsetzung und Schutzzweck des AGB-Gesetzes fordern eine solche Lösung nicht. Im Gegenteil ist die Nichtigkeit eines Vertrages nach dem AGB-Gesetz die ultima ratio⁴⁵¹.

1. Geltungserhaltende Reduktion statt ergänzender Vertragsauslegung

Lediglich die Begründung ist problematisch. Die ergänzende Vertragsauslegung scheint zwar auf den ersten Blick einen eleganten Weg zu bieten. Mit ihr lässt sich sehr flexibel der Vertrag der konkreten Situation - unter Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens - anpassen. Der Richter hat einen gewissen Gestaltungsspielraum, in welchem er die gegenseitigen Interessen gegeneinander abwägen kann, um so zu einer Vertragsauslegung zu kommen, die er für ausgewogen hält und nach seiner Ansicht zu einem angemessenen, interessengerechten Ergebnis führt. Diesem Ansatz kann auch nicht entgegengehalten werden, er führe unzulässigerweise dazu, dass auf dem Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein nicht wirksames Rechtsgeschäft fingiert wird; vielmehr hat diese Auslegung vertragserhaltende, nicht vertragsbegründende Wirkung⁴⁵².

⁴⁴⁸ BGH, WM 1998, 67, 68.

⁴⁴⁹ Pfeiffer, LM § 765 BGB Nr. 99-101; Horn in Staudinger, § 765 Rdn. 52; Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn. 15, 33 m.w.N.

⁴⁵⁰ BGHZ 130, 19, 36

⁴⁵¹ BGHZ 90, 69, 77.

⁴⁵² Pfeiffer, DZWir 1998, 154, 156.

Es erscheint indes zweifelhaft, ob dieser Lösungsweg tatsächlich gangbar ist.

Zwar ist eine ergänzende Vertragsauslegung auch im Rahmen der Unwirksamkeit nach den §§ 9 - 11 AGBG möglich. Der Regierungsentwurf zum AGB-Gesetz sah zunächst vor, dass sich in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften der Vertragsinhalt "nach der Natur des Vertrages" richten solle⁴⁵³. Nach Hinweis des Bundstags-Rechtsausschusses auf §§ 157, 133 BGB wurde diese Formulierung für nicht erforderlich erachtet und somit nicht in den Gesetzestext aufgenommen⁴⁵⁴. Demzufolge erachtet auch der Gesetzgeber im Rahmen des AGB-Gesetzes die ergänzende Vertragsauslegung jedenfalls nicht für unzulässig⁴⁵⁵.

Zunächst kommt eine ergänzende Vertragsauslegung jedoch nur dann in Betracht, wenn die Parteivereinbarung eine Regelungslücke aufweist. Es ist also vordringlich zu fragen, ob der Vertrag überhaupt ergänzungsbedürftig ist. Für den Fall, dass eine Klausel nach den §§ 9 - 11 AGBG beanstandet wird, ist daher zu untersuchen, ob ein vollumfänglicher Wegfall der Vereinbarung tatsächlich notwendig ist oder ob die Klausel nicht teilweise aufrechterhalten werden kann. In diesem Fall würde es an der erforderlichen Vertragslücke fehlen.

Dabei ist eine geltungserhaltende Reduktion im Grundsatz mit der ganz herrschenden Meinung aus den oben dargestellten Gründen nicht zulässig⁴⁵⁶. Allerdings ist dieses Verbot kein unumstößliches Dogma, welcher um jeden Preis aufrecht erhalten werden muss. Selbst der BGH und bedeutende Vertreter in der Literatur, die eine Reduktion strikt ablehnen, gehen in Einzelfällen dennoch davon aus, bestimmte Vereinbarungen zurückführen zu können, freilich ohne diese "Rechtsfolgenbegrenzung"

⁴⁵³ BT-Drucks. 7/3919, S. 4, 21 - Begründung zu § 5 Abs. 2 RegE des AGB-Gesetzes

⁴⁵⁴ BT-Drucks. 7/5422, S. 5.

⁴⁵⁵ So auch BGHZ 90, 69, 75.

⁴⁵⁶ BGHZ 130, 19, 36 m.w.N.; a.A. Kötz im Münchener Kommentar, § 6 AGBG Rdn. 8; vgl. oben C II 2.

ausdrücklich als geltungserhaltende Reduktion qualifizieren zu wollen⁴⁵⁷.

Ob die Reduktion einzelner Klauseln zulässig ist oder nicht, muss sich vielmehr am Zweck des AGB-Gesetzes und seiner Zielsetzung orientieren. Hierbei wäre eine pauschale Beurteilung, wie sie vielfach vorgenommen wird, aufgrund der Vielgestaltigkeit der Sachverhalte verfehlt.

Das AGB-Gesetz, insbesondere der hier in Rede stehende § 6 AGBG, soll den Kunden vor Übervorteilung schützen. Der Verwender, der Allgemeine Geschäftsbedingungen stellt, wird in der Regel die wesentlich stärkere Verhandlungsposition innehaben und daher in erheblichem Maße seine Vorstellungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwirklichen können. Allgemeine Geschäftsbedingungen berücksichtigen daher primär die Interessen des Verwenders, denen diejenigen des Kunden diametral entgegenstehen.

Das AGB-Gesetz möchte hierfür einen Ausgleich schaffen. Es verbietet eine Reihe von Klauseln und stellt in § 9 AGBG zudem die Verwendung unangemessener Klauseln allgemein unter das Verdikt der Unwirksamkeit, um die Kundenseite zu stärken.

Dieser Schutz wäre unvollkommen, wenn der Verwender im Rahmen einer gerichtlichen Kontrolle nichts zu befürchten hätte außer allenfalls so gut wie gerade noch zulässig gestellt zu werden.

Das Verbot geltungserhaltender Reduktion vervollständigt dieses Schutzgeflecht des AGB-Gesetzes. Es zwingt den Verwender zu angemessenen Klauseln, fördert so die Transparenz und beugt Übermaßklauseln vor. Es kann und darf aber nur soweit Platz greifen, wie es sein Schutzcharakter erfordert. Zu prüfen ist daher

⁴⁵⁷ Nachweise bei Kötz im Münchener Kommentar, § 6 AGBG Rdn. 9; bei BGHZ 130, 19, 35, 37; bei Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn. 15 sowie § 6 Rdn. 28 m.w.N.; Lindacher in Wolf/Horn/ Lindacher, § 5 Rdn. 20; vgl. den Wortlaut bei BGH, ZIP 1995, 1888. Mit erstaunlicher Aufrichtigkeit formuliert der BGH dort: "Der auf den Verbürgungsanlass zurückgeführte Vertrag...".

in jedem Einzelfall, ob der Gedanke der Prävention und Sanktion sowie derjenige der Transparenz eine Rückführung der beanstandeten Klausel verbieten.

Sanktioniert werden kann nur *vorwerfbares* Fehlverhalten. Alles andere würde schon dem Gerechtigkeitsgefühl widersprechen. Anknüpfungspunkt für den Vorwurf eines Fehlverhaltens muss dabei die Verantwortlichkeit des Verwenders für die Formulierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sein. Denn diese ist Grund für die Risikoverteilung bei Unwirksamkeit einer Klausel⁴⁵⁸. Hat sich ein Verwender redlich verhalten und im Vertrauen auf eine jahrelange Rechtsprechung Klauseln in seinen Vertragstext aufgenommen, die später für unangemessen erachtet werden, so ist eine Sanktion dieses Verhaltens verfehlt. Sie würde zu weit gehen und wird auch vom Zweck und der Zielrichtung des AGB-Gesetzes nicht gefordert. Der Verwender hat sich an einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung orientiert und sich um Regelungen bemüht, die nach bislang überwiegender Ansicht beiderseitige Interessen ausreichend berücksichtigen. Der gutgläubige Verwender ist demzufolge in gesetzeskonformer Weise seiner Formuliungsverantwortung nachgekommen. Eine Sanktionierung wäre weder geboten noch erforderlich und somit unverhältnismäßig.

Auch aus präventiven Gesichtspunkten muss in einem solchen Fall nicht auf eine geltungserhaltende Reduktion verzichtet werden. Prävention kann nur dort Platz greifen, wo der Verwender im Vorfeld seiner Formulierung die Zweifelhaftigkeit der von ihm beabsichtigten Regelung erkennen kann. Darf er seine Geschäftsbedingungen jedoch für rechtens erachten und ändert sich später die Rechtsauffassung der herrschenden Meinung, so kann eine präventive Wirkung mit dem Verbot geltungserhaltender Reduktion nicht erzielt werden, da der Verwender gerade in Kenntnis und unter Respektierung seiner Verantwortlichkeit für den Inhalt seiner Formularverträge gehandelt hat.

⁴⁵⁸ Pfeiffer, DZWIR 1998, 154, 156 m.w.N.

Vorliegend haben die Banken sich an einer jahrelangen und gefestigten Rechtsprechung des BGH und sämtlicher Obergerichte orientiert. Weder haben sie "sehenden Auges" noch mit einer Art bedingten Vorsatzes fragwürdige Formulierungen verwendet. Sie haben vielmehr solche Klauseln gewählt, die von Rechtsprechung und Literatur ausdrücklich nicht beanstandet worden sind⁴⁵⁹. Hier fehlt das Bedürfnis, die Verwender zu sanktionieren. Sie sind ihrer Formulierungsverantwortung nachgekommen. Die Unübersichtlichkeit der teilweise unwirksamen Klausel - und somit ein Verstoß gegen das Transparenzgebot - beruht nicht auf einer maßlosen, einseitigen Berücksichtigung der Gläubigerinteressen seitens der Banken, sondern auf einer Änderung jahrelanger Rechtsprechung. Die Banken haben sich um eine angemessene Sicherungsabrede bemüht, indem sie genau den Vertragstext verwendet haben, welchen der BGH unter Zustimmung obergerichtlicher Rechtsprechung und der Literatur ausdrücklich nicht beanstandet hat und sich somit redlich verhalten. Es geht somit nicht darum, einen Verwender in seine Schranken zu verweisen, der bei Aufstellung seiner Konditionen unbedenklich über die Grenze des zulässigen hinweg formuliert hat⁴⁶⁰. Ungeachtet dessen eine Totalnichtigkeit anzunehmen wäre - wie es der BGH zu Recht formuliert - in der Tat eine überschießende Rechtsfolge⁴⁶¹.

Ferner spricht eine Parallele zur herrschenden Meinung bei vergleichbaren Fallgestaltungen dafür, die Gutgläubigkeit des Verwenders bei der Frage der Rückführung einer Übermaßklausel zu berücksichtigen. Sowohl bei § 817 Satz 2 BGB⁴⁶² als auch bei § 138 BGB⁴⁶³ ist die subjektive Vorwerfbarkeit der Erfüllung des objektiven Tatbestandes maßgeblich für die Frage der Nichtigkeit einer Regelung. Es ist kein Grund ersichtlich, im

⁴⁵⁹ Zuletzt BGH, WM 1985, 155, 156; BGH, WM 1986, 95, 96; OLG Düsseldorf, WM 1984, 82, 83; Reinicke/Tiedtke, JZ 1985, 483, 486; dies. JZ 1986, 426, 429.

⁴⁶⁰ BGHZ 130, 19, 36

⁴⁶¹ BGHZ 130, 19, 36

⁴⁶² Palandt/Thomas, § 817 Rdn. 19 f.

⁴⁶³ Palandt/Heinrichs, § 138 Rdn. 8.

Rahmen des § 6 AGBG die subjektive Seite außer Acht zu lassen⁴⁶⁴.

Daher versperrt schon die geltungserhaltende Reduktion den Weg auf die ergänzende Vertragsauslegung, da es an der erforderlichen Regelungslücke im Vertrag fehlt.

Aber noch andere Bedenken lassen den Weg über die ergänzende Vertragsauslegung als zweifelhaft erscheinen.

Wenn man - wie es die ganz herrschende Meinung tut - eine geltungserhaltende Reduktion so rigoros ablehnt, ist es inkonsequent, dasselbe Ergebnis auf dem Umweg der ergänzenden Vertragsauslegung herbeizuführen⁴⁶⁵. Denn auch dann hat der Verwender letztlich nicht mehr zu befürchten als angemessen gestellt zu werden. Präventive Aspekte oder solche der Transparenz werden hierbei nicht weitreichender berücksichtigt als sie durch die geltungserhaltende Reduktion beeinträchtigt werden. Soweit dem entgegenghalten wird, das es sich um zwei grundsätzlich unterschiedliche Rechtsinstitute handele⁴⁶⁶, geht dies von missverständlichen Voraussetzungen aus. Geltungserhaltende Reduktion bedeutet nicht zwangsläufig Rückführung auf einen gerade noch zulässigen Inhalt. Ziel kann vielmehr auch eine angemessene Regelung sein, wie dies auch in den Fällen gesetzlich geregelter Reduktion von Übermaßklauseln der Fall ist (z.B. §§ 343, 655 BGB, 74 a Abs. 1 HGB, 133 GewO)⁴⁶⁷. Insoweit sind geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Vertragsauslegung identisch⁴⁶⁸. Wird eine Reduktion für unzulässig gehalten, weil das Ergebnis dem AGB-Gesetz widerspricht, muss gleiches auch für die ergänzende Vertragsauslegung gelten.

⁴⁶⁴ Canaris, Festschrift für Steindorff, S. 557.

⁴⁶⁵ Hager, JZ 1996, 175, 176.

⁴⁶⁶ BGHZ 90, 69, 81.

⁴⁶⁷ Canaris, ZIP 1996, 1108, 1112; ders., Festschrift für Steindorff, S. 550.

⁴⁶⁸ Canaris, ZIP 1996, 1108, 1112; Canaris, Festschrift für Steindorff, S. 551; Hager, JZ 1996, 175, 176

Als letztes gilt es zu bedenken, dass hier die Hauptleistungspflicht einer Vertragspartei betroffen ist⁴⁶⁹. Bei der Sicherungsabrede ist indes das hierdurch auftretende Problem nicht auf den ersten Blick ersichtlich. Anders verhält es sich bei dem Urteil des BGH zur "Tagespreisklausel"⁴⁷⁰. Seinerzeit hatte der BGH eine Klausel für unwirksam erklärt, wonach der Besteller eines PKW den bei Lieferung gültigen Listenpreis zu zahlen hatte. Diese Verpflichtung hat der BGH für unangemessen erachtet. Folge der Unwirksamkeit dieser Tagespreisklausel wäre mangels Regelung einer Hauptleistungspflicht die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages. Dies hat der BGH nicht für gerechtfertigt erachtet und im Wege ergänzender Vertragsauslegung zwar grundsätzlich den aktuellen Listenpreis als Kaufpreis für angemessen erachtet, hat jedoch gleichzeitig dem Käufer bei Vorliegen bestimmter Umstände ein Kündigungsrecht zugestanden. Im Kern hat der BGH somit die von den Parteien gewollte Hauptleistungspflicht kassiert und an deren Stelle eine inhaltlich andere Regelung, ein "aliud" gesetzt, welches er für angemessen hält. Dies ist nicht Vertragsergänzung, sondern Vertragsgestaltung und grundsätzlich ebenso wenig Aufgabe der Gerichte wie die (Um-)Formulierung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Gleiches macht der BGH bei Sicherungsabreden, nur mit dem Unterschied, dass das gefundene Ergebnis inhaltlich allerdings ein "minus", nicht ein "aliud" darstellt. Im Kern jedoch ist es ebenfalls Vertragsgestaltung, da der BGH die Hauptleistungspflichten neu definiert - was ihm grundsätzlich nach § 8 AGBG untersagt ist⁴⁷¹.

2. Zur Kritik an diesem Lösungsansatz

a) Sachwaltertätigkeit des Richters

Um den Bedenken zu begegnen, der Richter müsse sich hierbei zum Sachwalter der Interessen des Verwenders machen, genügt

⁴⁶⁹ Ausdrücklich bezeichnet Pfeiffer (DZWIR 1998, 154, 155) die hier in Frage stehende Regelung als eine solche, die essentialia negotii betrifft.

⁴⁷⁰ BGHZ 90, 69 ff.

⁴⁷¹ Siehe oben B I 2 lit. a) bb)

bei Anerkennung einer Ausnahme vom Verbot geltungserhaltender Reduktion für den gutgläubigen Verwender eine Zurückführung auf den angemessenen, nicht auf den gerade noch zulässigen Inhalt. Selbstverständlich kann dies - wie vorliegend - zusammenfallen. Das darf aber nicht den Ausschlag gegen eine Reduktion der Zweckerklärung geben⁴⁷².

b) Überwälzung der Formulierungsverantwortung

Zum Teil wird argumentiert, dass nunmehr der Richter für die Formulierung angemessener Klauseln anstelle des Verwenders zuständig sei⁴⁷³.

Die Formulierungsverantwortung wird indes bei Begehung dieses Lösungsweges nicht in weiterem Umfang dem Richter auferlegt als dies bei der ergänzenden Vertragsauslegung der Fall ist. Zudem ist der redliche Verwender seiner Verantwortung für eine ausgewogene und an den Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientierten Fassung seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen nachgekommen.

Auch dieses Argument vermag daher nicht zu überzeugen.

c) Bedenken im Hinblick auf § 140 BGB

Dem hier aufgezeigten Lösungsweg wird weiter entgegengehalten, dass eine geltungserhaltende Reduktion dogmatisch betrachtet Umdeutung im Sinne des § 140 BGB sei. Für eine Umdeutung sei es jedoch erforderlich, dass die unwirksame Vereinbarung positiv vom Willen der Vertragsparteien umfasst sei⁴⁷⁴. Der Klauselgegner würde aber nur pauschal die Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als solche billigen, nicht jedoch auch die einzelnen Klauseln in sein Vorstellungsbild mit aufnehmen. Fehle aber der Wille, eine bestimmte Regelung zum Vertragsinhalt werden zu lassen, so könne dieser Wille auch nicht umgedeutet werden.

⁴⁷² Canaris, Festschrift für Steindorff, S. 550.

⁴⁷³ Pfeiffer, DZWir 1998, 154, 156.

⁴⁷⁴ Pfeiffer, DZWir 1998, 154, 157.

Diese Kritik vermag nicht zu überzeugen. Träfe diese Auffassung zu, so wäre die Umdeutung von formularmäßigen Klauseln grundsätzlich nicht möglich.

Entscheidender ist aber ein anderer Gesichtspunkt. Der Gesetzgeber hat ausdrücklich die Einbeziehung bestimmter Regelungen auf dem Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen für zulässig erachtet. Dabei war ihm bewusst, das nur eine geringe Minderheit dieses Regelwerk im Einzelfall lesen würde. Dieses Risiko hat der Gesetzgeber durch das AGB-Gesetz verringert, jedoch im übrigen ein „Restrisiko“ zu Lasten des Klauselgegners in Kauf genommen. Dabei hat er sich von dem Gedanken leiten lassen, dass im Rahmen des AGB-Gesetzes jeder Klauselgegner aufgrund der Privatautonomie für die Unterzeichnung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen selbst verantwortlich ist. Er handelt insoweit „auf eigenes Risiko“, wenn er Formularvereinbarungen ungelesen unterschreibt. Das Lesen Allgemeiner Geschäftsbedingungen liegt vordringlich in seinem eigenen Interesse und kann entgegen *Pfeiffer*⁴⁷⁵ als Obliegenheit gegen sich selbst betrachtet werden. Es liegt in seinem Ermessen, ob er den Formularvertrag ungelesen unterzeichnet oder nicht. Es mag zwar in der Rechtspraxis fast nie vorkommen, das Klauselgegner das Regelwerk lesen; dennoch können sie sich damit nicht entlasten und eine Umdeutung/geltungserhaltende Reduktion zu ihren Lasten verhindern.

Dies widerspricht m. E. nicht dem Zweck des AGB-Gesetzes⁴⁷⁶. Dieses soll nur unangemessen hohe Risiken und einen Missbrauch der Vertragsfreiheit durch Allgemeine Geschäftsbedingungen verhindern⁴⁷⁷, nicht aber den Klauselgegner von der ihm immer im eigenen Interesse obliegenden Verpflichtung befreien, den Vertragsabschluß sorgfältig zu überdenken. Die Verwendung von Formularverträgen erschwert zwar die Kenntnisnahme des vollständigen Vertragstextes. Dem trägt das AGB-Gesetz Rech-

⁴⁷⁵ Anders Pfeiffer, DZWir 1998, 154, 157.

⁴⁷⁶ Anders Pfeiffer, DZWir 1998, 154, 157.

⁴⁷⁷ BegrRegE, BT-Drucks. 7/3919, S. 9.

nung. Es möchte den Kunden des Verwenders indes nicht von jeder Sorgfaltspflicht freistellen.

Gerade bei Sicherungsgeschäften, denen eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung für alle Beteiligten zukommt, sollte sich der Sicherungsgeber die entsprechende Zeit nehmen, sich die Bedingungen zur Kenntnis zu bringen. Das Studium der wesentlichen Klauseln – wozu die Sicherungsabrede sicherlich gehören dürfte – stellt eben keinen unverhältnismäßig hohen Aufwand dar.

Macht der Klauselgegner von dem ihm eingeräumten Ermessen gleichwohl dergestalt Gebrauch, dass er auf die Kenntnisnahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verzichtet und somit gegen seine Obliegenheit verstößt, so muss es ihm hinterher verwehrt bleiben, sich darauf zu berufen, eine Umdeutung sei gerade deswegen nicht möglich, *weil* er die Bedingungen nicht zur Kenntnis genommen habe. Nimmt er im Vertrauen auf die Schutzwirkung des AGB-Gesetzes das Risiko in Kauf, die Klauseln ungelesen zum Vertragsinhalt zu machen, so kann er sich später nicht auf seine Nachlässigkeit berufen. Die Zulässigkeit der Umdeutung muss ebenso Folge der Obliegenheitsverletzung sein wie die uneingeschränkte Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (im Rahmen des AGB-Gesetzes). Im Ergebnis würde dies ansonsten – überspitzt dargestellt - darauf hinauslaufen, dass der Klauselgegner bewusst darauf verzichtet, sich den Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Kenntnis zu bringen, um später einer für ihn ungünstigen Umdeutung (statt Totalnichtigkeit) zu entgehen.

Dieser Standpunkt ist durchaus mit § 3 AGBG vereinbar. Diese Vorschrift soll den Klauselgegner nicht seiner Verantwortung bei Vertragsschluss entheben und ihm die Lektüre der Geschäftsbedingungen abnehmen, sondern ist vielmehr an den Verwender gerichtet. Dieser soll davon abgehalten werden, solche Klauseln aufzunehmen, die so weit von dem eigentlichen Vertragszweck entfernt sind, dass der Kunde nicht mit ihnen zu rechnen brauchte. Ansonsten wäre angesichts der Unlust vieler Kunden, das Re-

gelwerk bewusst zur Kenntnis zu nehmen, der Anreiz zu groß, sachfremde Regelungen „unterzuschieben“.

d) Rechtsunsicherheit zu Lasten des Klauselgegners

Zutreffend ist, dass der Klauselgegner regelmäßig nicht in der Lage sein wird, zu überschauen, ob der Verwender redlich ist oder nicht. Diese Unsicherheit, so könnte man argumentieren, sei mit dem Schutzzweck des AGB-Gesetzes nicht vereinbar, so dass im Zweifel Gesamtnichtigkeit anzunehmen sei.

Dabei wird jedoch außer acht gelassen, dass es hier nur um die dogmatische Begründung geht, nicht um das Ergebnis selbst. Auch wenn dem Weg über die ergänzende Vertragsauslegung der Vorzug gegeben wird, so weiß der Klauselgegner noch nicht, inwieweit er haftet. Zwar beruht diese Unsicherheit auf einer Rechtsfrage, welche durch Einholung durch Rechtsrat geklärt werden kann, wohingegen die Frage, ob der Verwender redlich war, tatsächlicher Natur ist und aufgrund dessen auch von einem Rechtsanwalt nicht beantwortet werden kann. Dessen Antwort wird jedoch in jedem Fall gleich lauten, nämlich dass die Sicherheit nur den Anlass-Kredit sichert. Entweder wird dies bei Redlichkeit auf dem Wege der geltungserhaltenden Reduktion erreicht oder aber, sofern eine Bemühung um eine der Rechtsprechung genügende Klausel nicht bewiesen werden kann, durch ergänzende Vertragsauslegung. Der Sicherungsgeber erhält aber in beiden Fällen eine gleichermaßen verlässliche Antwort.

Folglich ist die weite Sicherungsabrede auf den von der herrschenden Meinung für angemessen gehaltenen Umfang zu reduzieren. Der verfestigte Standpunkt der herrschenden Meinung in der Frage der Teilaufrechterhaltung von Übermaßklauseln ist nicht sachgerecht. Eines Rückgriffs auf die logisch nachrangige ergänzende Vertragsauslegung bedarf es nicht. Damit ist allerdings nicht gesagt, dass die geltungserhaltende Reduktion grundsätzlich zulässig sein soll. Nur in begründeten Ausnahmefällen, wie dem des redlichen Verwenders, sollte auf sie verzichtet werden, da sie von ihrem Schutzzweck her nicht geboten ist.

Es fällt allerdings auf, dass sich die obige Argumentation mit der Begründung des BGH und der Literatur inhaltlich deckt. Im Kern geht es um die Frage, ob die vollkommene Unwirksamkeit der Klausel dem konkreten Einzelfall gerecht wird. Maßgebend ist daher immer die Verhältnismäßigkeit. Letztlich ist zwar die dogmatische Kategorie, mit der man ein interessengerechtes Ergebnis erreicht, nebensächlich. Es scheint dem Verfasser nur ehrlicher und dogmatisch besser begründbar, dies schon bei der logisch vorrangigen Frage nach der Vertragslücke zu problematisieren, statt an einem angeblich ausnahmslosen Verbot geltungserhaltender Reduktion festzuhalten und quasi "durch die Hintertür" der ergänzenden Vertragsauslegung mit ähnlicher Begründung zu demselben Ergebnis zu gelangen.

V. Das Problem der Rückwirkung höchstrichterlicher Rechtsprechung

Grundsätzlich wirken Urteile nur zwischen den Parteien des Rechtsstreits (§ 325 ZPO), so dass dessen Ausgang in rechtlicher Hinsicht jedenfalls die Wirksamkeit von Klauseln in anderen Verträgen der gleichen Bank oder auch anderer Institute unberührt lässt. Faktisch allerdings kommt einem solchen Grundsatzurteil wie zum Beispiel den Entscheidungen des BGH vom 29. Januar 1982⁴⁷⁸ oder vom 29. Januar 1995⁴⁷⁹ erhebliche Bedeutung zu. Gerade im Bereich des Bankrechts, welches in wesentlichen Teilen nicht kodifiziert ist, sondern kautelarjuristisch geprägt, hat die Rechtsprechung des BGH zur Wirksamkeit von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen besonderes Gewicht.

Angesichts dessen stellt sich die Frage, ob die Kreditinstitute möglicherweise hinsichtlich der weiten Zweckerklärung, die jahrelang unbeanstandet blieb, eine Art Vertrauensschutz genießen.

Die Befürworter einer solchen Begrenzung der Rechtsprechung stellen auf die gesetzesähnliche Wirkung der Rechtsprechung ab,

⁴⁷⁸ BGHZ 83, 56 ff.

⁴⁷⁹ BGHZ 130, 19 ff.

die vielfach schon in ihrer Wirkung einer Gesetzesänderung gleichkäme, insbesondere, wenn die Richter Rechtsfortbildung betreiben. Wenn schon die Legislative in der Gesetzgebung eingeschränkt sei, müsse diese Einschränkung auch für die Rechtsprechung gelten, der eine demokratische Legitimation fehle. Schutzwürdiges Vertrauen müsse anerkannt werden. Zudem sei auf der Grundlage geltenden Rechts unter Einbeziehung des gesamten Vertragswerkes Leistung und Gegenleistung kalkuliert worden. Eine nachträgliche Änderung der Beurteilung von bislang unproblematischen Klauseln störe diese Äquivalenz und ziehe unter Umständen erhebliche wirtschaftliche Folgen nach sich. Insoweit könne schon von einem „Rechtsprechungsrisiko“ die Rede sein⁴⁸⁰.

Der BGH hat sich in seinem Urteil vom 18. Januar 1996⁴⁸¹ mit der Frage auseinandergesetzt, ob nicht etwa Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG der oben dargestellten Rechtsfolge im Wege stehen. Zu Recht hat der BGH dies jedoch verneint und diese Rechtsprechung im folgenden bestätigt⁴⁸². Zwar hat der BGH die Wirkung von Urteilen unzutreffend mit der sog. unechten Rückwirkung verglichen⁴⁸³, dies ändert jedoch am Ergebnis nichts. Die Oberlandesgerichte teilen offensichtlich diese Ansicht⁴⁸⁴.

Urteile der Bundesgerichte sind kein Gesetzesrecht und binden nicht in gleicher Weise⁴⁸⁵. Dennoch wird ihnen nach gewisser Zeit Vertrauen entgegengebracht. Dieses Vertrauen kann aus rechtsstaatlichen Gründen nicht unberücksichtigt bleiben. Das entspricht auch der Praxis höchstrichterlicher Rechtsprechung⁴⁸⁶. Auf der anderen Seite kann dies nicht dazu führen, Änderungen

⁴⁸⁰ Eine Zusammenfassung der einzelnen Argumente findet sich bei Weber, WM 1996, 49 ff.

⁴⁸¹ BGHZ 132, 6, 11.

⁴⁸² BGH, ZIP 1996, 1289, 1291; BGH, NJW 1996, 1467, 1470– zustimmend Medicus, WuB I F 1a – 11.96.

⁴⁸³ Pfeiffer, LM § 765 BGB Nr. 106.

⁴⁸⁴ OLG Stuttgart, ZIP 1996, 1508, 1511.

⁴⁸⁵ Richrath/Schröter (WuB I F 1a – 12.96) hingegen lassen eine faktische Bindung genügen, um eine „ex-nunc“-Wirkung anzunehmen; sie schlagen jedoch ebenso den Weg über eine geltungserhaltende Reduktion vor, um dem Vertrauensschutz des redlichen Verwenders gerecht zu werden.

⁴⁸⁶ BAGE 66, 228, 240; BGHZ 114, 127, 136 f.; BGHZ 126, 340, 344

in der Rechtsprechung nur auf Neuverträge anzuwenden. Der Kontinuität der höchstrichterlichen Rechtsprechung steht die Vertragsgerechtigkeit gegenüber. Diese beiden Werte müssen gegeneinander abgewogen werden. Dabei sind die Umstände des jeweiligen Einzelfalles maßgeblich⁴⁸⁷.

Zwar bestand hinsichtlich der weiten Zweckerklärung eine langjährige Rechtsprechung, auf welche sich die Verwender berufen konnten. Den Verwendern der weiten Zweckerklärung ist mit der vorgenommenen Reduktion der Klausel jedoch die Kreditsicherheit nicht vollständig genommen worden. Vielmehr wurde eine beiden Parteien gerecht werdende Lösung gefunden⁴⁸⁸. Das Risiko der Unwirksamkeit einzelner Formulierungen kann dem Verwender nicht vollständig genommen werden.

Die materielle Gerechtigkeit stellt indes ein dem Vertrauensschutz ebenbürtiges Rechtsgut dar⁴⁸⁹. Jede Prozesspartei hat einen grundgesetzlich verbürgten Anspruch darauf, dass der erkennende Richter die ihr nach materiellem Recht zustehenden Ansprüche zuerkennt und zu Unrecht erhobene Klagen abweist. Nur unter außergewöhnlichen Umständen, namentlich dann, wenn die Zuerkennung bzw. Abweisung eines geltend gemachten Anspruchs eine außergewöhnliche Härte für die andere Seite darstellen würde, kann der eigentlich obsiegenden Partei zugemutet werden, trotz des materiellen Rechts auf ihrer Seite zu unterliegen. In der Kürzung der Sicherheit um den nicht angemessenen Teil lässt sich aber eine unzumutbare Härte nicht erkennen. Vielmehr trägt die gefundene Regelung beiderseitigen Interessen ausreichend Rechnung. Die Rückwirkung der neueren Rechtsprechung verstößt daher nicht gegen verfassungsmäßige Prinzipien.

⁴⁸⁷ Medicus, NJW 1995, 2577, 2583.

⁴⁸⁸ So auch Richrath/Schröter, WuB I F 1a – 12.96; Canaris und Kirchhof bei Weber, WM 1996, 48, 50.

⁴⁸⁹ BGH, NJW 1996, 1467, 1470

E. Zusammenfassung

Die Rechtsprechung des BGH zu Sicherungszweckerklärungen bei Bürgschaften und Grundschulden ist unter überwiegender Zustimmung der Literatur von zunehmender Kundenfreundlichkeit geprägt.

Zutreffend allerdings gehen BGH und herrschende Meinung davon aus, dass die weite Zweckerklärung den Sicherungsgeber überrascht, wenn er aus Anlass eines bestimmten Darlehens die Sicherungserklärung abgegeben hat. Ebenso sind hiervon Ausnahmen zu machen, wenn es dem Sicherungsgeber rechtlich möglich ist, auf Bestand und Höhe der Hauptschuld Einfluss zu nehmen.

Die Anforderungen des BGH an die Vermeidung des überraschenden Charakters sind jedoch überspannt. Es muss im Hinblick auf den insoweit eindeutigen Wortlaut des § 3 AGBG genügen, wenn die Sicherungserklärung derart vom Rest des Vertrages abgehoben ist, dass sie dem Sicherungsgeber auffallen muss. Ein individueller Hinweis ist dazu nicht erforderlich.

Hinsichtlich der Frage der Unwirksamkeit nach § 9 AGBG hat sich die herrschende Meinung den möglichst umfassenden Schutz des Sicherungsgebers zum Ziel gesetzt.

Dabei schießen die Richter bei ihren Bemühungen um den Verbraucherschutz über das Ziel hinaus, soweit es um die Überprüfung von Absicherungen der gesamten Geschäftsverbindung durch Bürgschaften geht, während sie zu Recht die Inhaltskontrolle von Grundschuldsicherungsabreden noch ablehnen. Aufgrund der stark verbraucherschützenden Tendenz scheint es jedoch nur noch eine Frage der Zeit, wie lange auch diese Klausel von den Richtern noch unbeanstandet bleibt.

Die vom BGH gefundene und von der Literatur befürwortete Rechtsfolge ist - soweit nach hier vertretener Auffassung überhaupt eine Inhaltskontrolle in Betracht kommt - zu begrüßen. Bei der dogmatischen Begründung ist dabei auf eine geltungserhal-

tende Reduktion abzustellen. Aufgrund der nur begrenzten Wirkung dieser Reduktion begegnet sie unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes keinen Bedenken. Hier ist der materiellen Gerechtigkeit der Vorrang zu gewähren.