

17

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : ja

BGB § 247 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2; NRWSparkassenVO § 16 a
idF vom 1. März 1972 (GV NW S. 64)

- a) Eine öffentlich-rechtliche Sparkasse kann das Kündigungsrecht des Darlehensschuldners nach § 247 Abs. 1 BGB gemäß Absatz 2 Satz 2 dieser Vorschrift durch ausdrückliche Vereinbarung für Darlehen ausschließen, die gemäß § 16 a Abs. 2 SpkVO NW idF vom 1. März 1972 als Deckung für von der Sparkasse ausgegebene und im Umlauf befindliche Orderschuldverschreibungen dienen oder dienen sollen.
- b) Die Eintragung eines Darlehens in das nach § 16 a Abs. 4 SpkVO NW geführte Deckungsregister schließt das Kündigungsrecht nach § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB nur aus, wenn und solange das Darlehen zur "ordentlichen Deckung" im Sinne des § 16 a Abs. 2 Satz 1 SpkVO NW gehört.

BGH, Urt. v. 16. Februar 1984 - III ZR 196/82 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 196/82

URTEIL

Verkündet am: 16. Februar 1984
Schorm,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter

in dem Rechtsstreit der Geschäftsstelle

des Prof. Dr. Josef C [REDACTED],
Im K [REDACTED] 10, L [REDACTED] (D [REDACTED]),

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED] und [REDACTED],

g e g e n

die Stadtparkasse K [REDACTED],
Anstalt des öffentlichen Rechts, vertreten durch ihren
Vorstand, H [REDACTED] 1-12, K [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -



- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Februar 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die Richter Dr. Tidow, Dr. Engelhardt, Dr. Halstenberg und Dr. Werp

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 22. September 1982 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

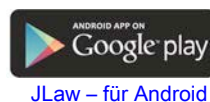
Die Parteien streiten um die Rückzahlung einer vom Kläger an die beklagte Stadtparkasse gezahlten Vorfälligkeitsentschädigung.

Die Beklagte gewährte dem Kläger Ende 1976 gegen grundschuldliche Sicherung einen Investitionskredit in Höhe von 3.605.000 DM zu einem jährlichen Zinssatz von 7 % fest für die Dauer von fünf Jahren. In der Anlage zum Angebot der Beklagten heißt es u.a.:

"Der Kredit ist erstmals nach Ablauf der Festzinsvereinbarung gemäß Punkt I für beide Teile mit einer Frist von zwei Monaten kündbar.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Das weitergehende Kündigungsrecht gemäß § 247 BGB gilt für die Dauer der Festzinsvereinbarung als ausgeschlossen, da der Kredit zur Deckung für von der Sparkasse ausgegebene Obligationen dienen wird...

Sollte der Kredit aus irgendeinem Grunde vor Ablauf der Festzinsvereinbarung fällig oder zurückgezahlt werden, ist eine Vorfälligkeitsentschädigung von 3 % des ursprünglichen Kreditbetrages an die Sparkasse zu entrichten."

Der Kläger erhielt den Kredit Anfang 1977 ausbezahlt. Die Beklagte stellte das Darlehen am 23. November 1977 in das Deckungsregister ein. Zum Jahresende 1977 überstieg der Wert der von der Beklagten gebildeten, in diesem Register geführten Deckungsmasse den der von ihr emittierten Obligationen um annähernd 100 %.

Der Kläger kündigte das Darlehen zum 30. September 1978. Im Zuge einer Umschuldung erhielt die Beklagte die Vorfälligkeitsentschädigung, von deren Zahlung sie ihr Einverständnis mit der vorzeitigen Vertragsaufhebung abhängig gemacht hatte. Der Kläger verlangt einen Teilbetrag hieraus von der Beklagten zurück, weil, wie er meint, die getroffene Vereinbarung wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot des § 247 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam sei und die Beklagte die Leistung daher rechtsgrundlos empfangen habe.

Der Kläger hat zuletzt beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 41.000 DM nebst 6,38 % Zinsen seit dem 1. Dezember 1978 zu verurteilen, während die Beklagte um Klageabweisung gebeten hat.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger sein bisheriges Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Kläger habe eine Vorfälligkeitsentschädigung geschuldet, weil die Parteien das in § 247 Abs. 1 BGB bestimmte Kündigungsrecht nach § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB wirksam für die Zeit ausgeschlossen hätten, während der das Darlehen zu dem von der Beklagten aufgrund des § 16 a SparkassenVO NW gebildeten Deckungsmasse für die von ihr ausgegebenen Orderschuldverschreibungen gehört habe. Die Beklagte könne sich auf die Einstellung des Darlehens in die Deckungsmasse berufen, obwohl diese Ende des Jahres 1977 den Wert der umlaufenden Schuldverschreibungen um etwa 100 % überstiegen habe; ein solcher zeitweiliger Überschuß sei wegen des sich ständig ändernden Verhältnisses zwischen dem Wert der ausgegebenen Obligationen und dem der Deckungsmasse unschädlich.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

II.

Zuzustimmen ist dem Berufungsgericht darin, daß das Kündigungsrecht des Klägers aus § 247 Abs. 1 BGB gemäß

§ 247 Abs. 2 Satz 2 BGB vertraglich ausgeschlossen werden durfte und daß deswegen die Vereinbarung einer Vorfalligkeitsentschädigung für den Fall vorzeitiger Darlehensrückzahlung nicht wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot des § 247 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist.

1. Nach § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB kann das in Absatz 1 Satz 1 der Vorschrift bestimmte Kündigungsrecht für Darlehen, die zu einer aufgrund gesetzlicher Vorschriften gebildeten Deckungsmasse für Schuldverschreibungen gehören oder gehören sollen, durch ausdrückliche Vereinbarung für die Zeit ausgeschlossen werden, während der sie zur Deckungsmasse gehören.

Die Parteien haben das Kündigungsrecht des Klägers ausdrücklich ausgeschlossen. Die getroffene Vereinbarung ist nach Form und Inhalt nicht zu beanstanden (zu den Anforderungen vgl. BGHZ 82, 182, 187 f.).

Die von der Revision gegen die Bestimmtheit der Kündigungsausschlußklausel vorgebrachten Bedenken greifen nicht durch. Die gewählte Formulierung läßt für den Darlehensnehmer zweifelsfrei erkennen, daß "sein" Darlehen dazu bestimmt ist, während der Dauer der Festzinsvereinbarung als Deckung für von der Beklagten ausgegebene Obligationen zu dienen und daß deswegen während dieses Zeitraumes sein Kündigungsrecht aus § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgeschlossen sein soll. Daß sein Recht zur Kündigung erst in dem Moment erlischt, in dem das Darlehen in die Deckungsmasse eingestellt wird, und daß es wieder auflebt, sobald das Darlehen aus ihr herausgenommen wird, ist eine Folge, die sich aus dem Gesetz ergibt und deswegen vertraglich nicht ausdrücklich geregelt zu werden brauchte.

2. Die Beklagte konnte eine solche Vereinbarung mit dem Kläger treffen, weil das ihm gewährte Darlehen zu einer aufgrund gesetzlicher Vorschriften gebildeten Deckungsmasse für Schuldverschreibungen im Sinne von § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB gehören sollte.

a) Rechtlich bedenkenfrei hat das Berufungsgericht § 16 a der nordrhein-westfälischen Verordnung über den Betrieb und die Geschäfte der Sparkassen (SpkVO NW) vom 1. September 1970 (GV NW S. 692, in der hier einschlägigen Fassung der Änderungsverordnung vom 1. März 1972 GV NW S. 64, jetzt § 16 nach Maßgabe der Verordnungen vom 23. August 1978 - GV NW S. 499 - und vom 29. Juni 1982 - GV NW S. 328), auf die sich die Pflicht der Beklagten gründet, eine Deckungsmasse für die von ihr ausgegebenen Schuldverschreibungen anzulegen, im Hinblick auf Art. 2 EGBGB als "gesetzliche Vorschrift" im Sinne des § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB bewertet (s. dazu auch Pleyer, NJW 1978, 2128, 2129).

b) Durchgreifende Bedenken gegen die Wirksamkeit des § 16 a SpkVO NW aF bestehen nicht. Kraft ihrer Zuständigkeit zur Gesetzgebung im Bereich des Kommunalrechts (Art. 70 GG; vgl. BVerfGE 56, 298, 310) können die Länder Verfassung und Organisation der öffentlichen Sparkassen in den Gemeinden regeln (Maunz/Dürig/Herzog/Scholz GG Art. 74 Rn. 69; v. Münch GG 2. Aufl. Art. 74 Rn. 48 a: sog. formelles Sparkassenrecht; Hoppe, DVBl. 1982, 45, 50 mit weit. Nachw.). Art. 99 EGBGB unterstellt auch die privatrechtlichen Beziehungen der öffentlichen Sparkassen dem Landesrecht (MünchKomm/Säcker Art. 99 EGBGB Rn. 1; Palandt/Heinrichs BGB 43. Aufl. Art. 99 EGBGB Anm. 1). Von diesen Befugnissen hat der Landesgesetzgeber in Nordrhein-Westfalen durch den Erlaß des Spar-

kassengesetzes - jetzt in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juli 1975, GV NW S. 498 - Gebrauch gemacht, das seinerseits in § 52 die Ermächtigung zum Erlaß der Sparkassenverordnung enthält.

c) Im Schrifttum ist umstritten, ob § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB jede auf gesetzlicher Grundlage gebildete Deckungsmasse erfaßt (bejahend Herbst/Lang, Sparkassenobligationen Rn. 186 ff.; Hadding NJW 1979, 405, 406 f.; ders. WM 1982, 1420, 1422; Staudinger/K. Schmidt BGB 12. Aufl. § 247 Rn. 52; in diesem Sinne auch AK-BGB/Brügemeier § 247 Rn. 9) oder ob § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB einschränkend dahin auszulegen ist, daß nur speziell anlegerschützende Deckungsmassen, d.h. insbesondere solche, die mit einem Befriedigungsvorrecht für die Schuldverschreibungsgläubiger im Konkurs ausgestattet sind, das gesetzliche Tatbestandsmerkmal ausfüllen (so insbesondere Pleyer NJW 1978, 2128, 2129 f.; zustimmend MünchKomm/v. Maydell aaO Ergänzung zu § 247 Rn. 14; Palandt/Heinrichs aaO § 247 Anm. 3 b; zuletzt ausführlich Praxl WM 1984, 117 ff.). Der Bundesgerichtshof hat diese Streitfrage bislang nicht entschieden (vgl. BGHZ 79, 163, 169). Sie ist nunmehr dahin zu beantworten, daß jedenfalls die gemäß § 16 a SpkVO NW gebildete "ordentliche Deckung" für ausgegebene Sparkassenobligationen den Anforderungen des § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB genügt.

aa) Der Begriff "Deckungsmasse" wird - soweit ersichtlich - erstmals in § 178 Abs. 1 Satz 3 AktG 1937 (jetzt § 225 Abs. 1 Satz 3 AktG) verwendet; er bedeutet dort die zugunsten der Pfandbriefgläubiger der Hypotheken- und Schiffsbanken und der Versicherten der Versicherungsgesellschaften gesetzlich vorgeschriebene "Deckung" gemäß § 6 HypBankG vom 13. Juli 1899 (RGBl. S. 375, 377)

idF vom 21. Dezember 1927 (RGBl. I S. 491) bzw. den "Deckungsstock" im Sinne des § 66 Versicherungsbauspar-kassenaufsichtsgesetz vom 6. Juni 1931 (RGBl. I S. 315, 323; Weipert in Großkomm. AktG Berlin 1939 § 178 Anm. 15; Godin/Wilhelmi AktG (1937) § 178 Anm. II 6). Die durch § 6 HypBankG erstmals eingeführte "Deckung" für im Um-lauf befindliche Pfandbriefe ist als Instrument der An-legersicherung gedacht. Diese "Deckung" ersetzte den ursprünglichen gesetzgeberischen Plan, die Pfandbrief-gläubiger mit einem Pfandrecht an den die Unterlage der Pfandbriefe bildenden Hypotheken auszustatten. Statt des-sen entschied sich der Gesetzgeber dafür, eine "Deckung" für die im Umlauf befindlichen Hypothekenbankbriefe vor-zuschreiben und diese "Deckung" im Falle des Konkurses den Pfandbriefgläubigern zur Befriedigung vor allen an-deren Gläubigern zur Verfügung zu stellen (§ 35 HypBankG; zur Geschichte des HypBankG vgl. Fleischmann/Bellinger/Kerl, Hypothekenbankgesetz, 3. Aufl., Einleitung Anm. 5, 6). Diesem Konkursvorrecht der Pfandbriefgläubiger wur-de später ein Zwangsvollstreckungsprivileg hinzugefügt (§ 34 a HypBankG, eingefügt durch Drittes Änderungsgesetz vom 21. Dezember 1927, RGBl. I S. 491).

Soweit der Gesetzgeber in der Folgezeit - bis zur Einfügung des § 247 Abs. 2 Satz 2 in das BGB - eine an-dere Deckung für Schuldverschreibungen vorschrieb, han-delte es sich ebenfalls um Sicherungsmassen, die minde-stens für den Konkursfall, überwiegend auch im Rahmen der Einzelzwangsvollstreckung, als Sondervermögen des Schuldners ausgestaltet waren, aus dem sich die Schuld-verschreibungsgläubiger bevorzugt vor allen anderen Gläu-bigern befriedigen durften (vgl. § 1 Industriekreditbank-gesetz vom 15. Juli 1951, BGBl. I 447; § 15 in Verb. mit § 18 des Gesetzes über die Landwirtschaftliche Rentenbank

idF vom 14. September 1953, BGBl. I 1330, 1332 sowie § 15 dieses Gesetzes idF vom 12. Februar 1963, BGBl. I 121, 122; §§ 5, 6 des Gesetzes über die Pfandbriefe und verwandte Schuldverschreibungen öffentlich-rechtlicher Kreditanstalten idF vom 8. Mai 1963, BGBl. I 312, 313).

bb) Es kann zwar davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber bei Schaffung des § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB andere als diese einem qualifizierten Anlegerschutz dienenden Deckungsmassen nicht im Auge gehabt hat. Den Grund für diese gesetzliche Regelung, die zunächst in § 4 des Gesetzes über weitere Maßnahmen auf dem Gebiet des Hypotheken- und Schiffsbankenrechts sowie über Ausnahmen von § 247 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches vom 30. April 1954 (BGBl. I 115 f.) aufgenommen wurde, bildete das Bestreben, es den Ausgebern von Schuldverschreibungen zu ermöglichen, "die zwingend vorgeschriebene Kongruenz zwischen dem Aktiv- und dem Passivgeschäft aufrechtzuerhalten" (BT-Drucks. II/195 S. 6), die wegen § 247 Abs. 2 Satz 1 BGB gefährdet erschien, wenn am vertraglich unabdingbaren Kündigungsrecht des Schuldners gemäß § 247 Abs. 1 BGB festgehalten wurde. Andererseits sollte es sich um eine "nicht nur auf die von Hypotheken- und Schiffsbanken gewährten Darlehen, sondern auf Darlehen aller Kreditinstitute anwendbare Vorschrift" handeln, "soweit diese Darlehen zu einer durch Gesetz vorgeschriebenen Deckungsmasse für Schuldverschreibungen gehören oder für diese Deckungsmasse bestimmt sind (aaO und BT-Drucks. IV/624 S. 26); deshalb wurde die Bestimmung aus der formalen Einbindung in das Hypotheken- und Schiffsbankenrecht herausgelöst und als Satz 2 des § 247 Abs. 2 in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt. Die inhaltliche Ausrichtung auf die kraft Gesetzes zu bildenden Deckungsmassen für Schuldverschreibungen blieb indessen erhalten.

Deckungsmassen aber waren nach dem damaligen Gesetzgebungsstand stets Sicherungsmassen für eine privilegierte Gläubigergruppe, nämlich die Schuldverschreibungsgläubiger. Das rechtfertigt den Schluß, daß der Gesetzgeber vornehmlich um der Anleger willen den ungeschmälernten Bestand der Sicherungsmasse erhalten wissen wollte und ihretwegen den mit § 247 Abs. 1 BGB bezweckten Schuldnerschutz hat zurücktreten lassen (Senatsurteile BGHZ 82, 182, 186 und vom 12. November 1981 - III ZR 98/80 = WM 1982, 146, 147; Pleyer aaO S. 2129, 2130; Praxl aaO S. 118; Rehbein, JR 1981, 462, 463; ders. JR 1982, 194; in diesem Sinne auch Herbst/Lang aaO Rn. 186; Staudinger/K.Schmidt aaO § 247 Rn. 49; zum Teil abweichend Hadding, NJW 1979, 405, 407, 408; ders. WM 1982, 1420, 1423; von Heymann, BB 1983 Beilage 8 S. 6, die den Schutz der Kreditinstitute selbst als vorrangig bzw. gleichrangig bewerten).

cc) Diesem Schutzzweck genügt in der Regel nicht eine Deckungsmasse, die nur allgemein auf den Erhalt der Kongruenz von Aktiv- und Passivgeschäft ausgerichtet ist, ohne den Schuldverschreibungsgläubigern für den Fall des Konkurses insbesondere eine Vorzugsstelle vor allen anderen Gläubigern einzuräumen, weil sie die Anleger nicht gegen einen Ausfall ihrer Forderung besonders sichert. Die Frage, ob eine Deckungsmasse im Sinne des § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB aus diesen Gründen stets ein Befriedigungsvorrecht der Schuldverschreibungsgläubiger vorsehen muß, braucht indes hier nicht abschließend entschieden zu werden. Jedenfalls bei Erwerbern von Sparkassenobligationen, für die § 16 a SpkVO aF gilt, fordert der Anlegerschutz die Ausstattung der Deckungsmasse mit einem Vollstreckungsprivileg nicht, weil die Anleger auf andere Weise ausreichend geschützt sind. Nach den Fest-

stellungen des Berufungsgerichts geht es hier allein um Sparkassenobligationen. Die dazu erhobene Verfahrensrüge greift nicht durch. Von einer Begründung wird insoweit nach § 565 a ZPO abgesehen.

Die Anleger benötigen zu ihrem Schutz dann kein Vollstreckungsprivileg, wenn die Erfüllung ihrer Forderungen auch ohne ein solches Vorrecht ausreichend gesichert ist. Das ist dann der Fall, wenn sie sich als Gläubiger ihres zahlungsunfähig gewordenen Schuldners bei einem unbeschränkt haftenden und seinerseits nicht konkursfähigen Dritten erholen können. Dann besteht unter dem Gesichtspunkt des Anlegerschutzes kein Bedürfnis, ihnen zusätzlich eine besondere Vermögensmasse zur bevorzugten Befriedigung zur Verfügung zu stellen.

d) Von einer solchen Sachlage ist auszugehen. Dabei kann dahinstehen, ob die beklagte Stadtparkasse selbst konkursfähig ist, da ein Konkurs im Hinblick auf die Verfassung der öffentlichen Sparkassen hier jedenfalls praktisch ausgeschlossen ist (Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO 9. Aufl. § 213 Rn. 2; zur Frage der Konkursfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts vgl. BVerfGE 60, 135 = ZIP 1982, 713 ff. und Beschluß vom 6. Dezember 1983 - 2 BvL 1/82 = ZIP 1984, 344; Jaeger/Weber, KO 8. Aufl. § 213 Rn. 3; Böhle/Stamschräder/Kilger, KO 14. Aufl. § 213 Anm. 1; Everhardt/Gaul, BB 1976, 467 ff.; Kleber, ZIP 1982, 1299).

aa) Die öffentlich-rechtlichen Sparkassen sind auf besondere Weise mit den sie errichtenden öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften haftungsmäßig verbunden. Zum einen trifft die Errichtungskörperschaft die sog.

"Anstaltslast"; das ist die im Innenverhältnis zu der Sparkasse als einer öffentlich-rechtlichen Anstalt bestehende kommunalrechtliche Verpflichtung der Errichtungskörperschaft, die Anstalt für die gesamte Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu erhalten und etwaige finanzielle Lücken auszugleichen. Zum anderen hat sie im Außenverhältnis den Gläubigern der Sparkasse gegenüber im Rahmen der (subsidiären) Gewährträgerhaftung einzustehen (zur "Anstaltslast" und "Gewährträgerhaftung" im einzelnen die sog. "Wettbewerbsenquete" BT-Drucks. V/3500 S. 47 ff.; Wolff/Bachof, VerwR II 4. Aufl. § 100 II c S. 405 ff.).

Das auf eine reichsrechtliche Regelung zurückgehende Institut der Gewährträgerhaftung ist in landesrechtlichen Vorschriften konkretisiert worden. § 5 SpkG NW bestimmt, daß die Gemeinde oder der Gemeindeverband für die Verbindlichkeiten der Sparkassen unbeschränkt - wenn auch nur nachrangig, soweit die Gläubiger aus dem Vermögen der Sparkasse nicht befriedigt werden - haftet. Die Gemeinden und Gemeindeverbände sind ihrerseits nicht konkursfähig (so für Nordrhein-Westfalen § 114 Abs. 2 GO NW idF vom 1. Oktober 1979 [GV NW S. 594] sowie § 46 Abs. 3 KreisO NW idF vom 1. Oktober 1979 [GV NW S. 612] in Verb. mit § 114 Abs. 2 GO NW; allgemeine Übersicht bei Jäger/Weber aaO § 213 Rn. 3; Gönnerwein, Gemeinderecht [1963] S. 450). Haben die Gemeinden und Gemeindeverbände schon aufgrund der Anstaltslast für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit einer Sparkasse zu sorgen und daher durch geeignete Maßnahmen zu verhindern, daß diese überhaupt in Vermögensverfall geraten kann, so müssen sie, wenn es dessenungeachtet dazu kommen sollte, den Gläubigern der Sparkasse bis zu deren vollständiger Befriedi-

gung haften. Die Anleger in Sparkassenschuldverschreibungen sind mithin in Nordrhein-Westfalen nicht darauf verwiesen, Befriedigung aus einer allen Gläubigern gleichmäßig dienenden und sich in ihrem Bestand erschöpfenden Konkursmasse zu suchen. Bei dieser Sachlage würde die Einräumung von Sonderrechten für den Konkursfall die Rechtsstellung der Anleger jedenfalls nicht wesentlich verbessern; sie gleichwohl zusätzlich zu fordern, liefe auf eine Förmerei hinaus. Die von den nordrhein-westfälischen Sparkassen zu bildenden Deckungsmassen erfüllen in Ansehung des § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB ihre anlegerschützende Funktion vielmehr dadurch, daß sie die "zwingend vorgeschriebene Kongruenz zwischen dem Aktiv- und dem Passivgeschäft" aufrechterhalten (was die Verzichtbarkeit auf das dem Darlehensschuldner in § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB eingeräumte außerordentliche Kündigungsrecht voraussetzt), und der jederzeitige Zugriff der Schuldverschreibungsgläubiger auf diese "Deckungsmasse" in wertmäßiger Hinsicht durch die Gewährträgerhaftung gesichert ist (so namentlich Staudinger/K.Schmidt aaO Rn. 52; Herbst/Lang aaO Rn. 187; zur Entbehrlichkeit eines besonderen Insolvenzschutzes bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts, bei denen der Bund, ein Land oder eine Gemeinde kraft Gesetzes die Zahlungsfähigkeit sichert, vgl. auch § 17 Abs. 2 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vom 19. Dezember 1974 - BGBl. I S. 3610 - und dazu die Begründung in BT-Drucks. 7/2843 S. 13).

bb) Diese Auslegung des § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB kann zwar die nordrhein-westfälischen Sparkassen gegenüber den Privatbanken und vergleichbaren Instituten, mit denen sie im Wettbewerb stehen (Wettbewerbsenquete BT-Drucks. V/3500), bevorzugen. Sie führt aber weder zu sachlich nicht ge-

rechtfertigten (Art. 3 Abs. 1 GG) Vorteilen der Sparkassen (vgl. BVerfG Beschl. vom 15. Juni 1983 - 1 BvR 1025/79 = NJW 1983, 2811 ff.), noch zu untragbaren Härten für die Privatbanken.

Der mögliche Wettbewerbsnachteil wiegt für die Privatbanken schon deshalb nicht allzu schwer, weil, wie der Senat bereits in BGHZ 82, 182, 185 entschieden hat, unter den dort genannten Voraussetzungen auch eine Bank, die nicht zu dem nach § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB begünstigten Kreis von Darlehensgläubigern gehört, mit ihren Kreditnehmern einen Kündigungsausschluß gemäß dieser Vorschrift wirksam für den Fall vereinbaren kann, daß sie die betreffende Forderung an ein gesetzlich deckungspflichtiges Institut abtritt. Die bestehende wirtschaftliche Verflechtung zwischen Privatbanken und deckungspflichtigen Realkreditinstituten (Wettbewerbsenquete BT-Drucks. V/3500 S. 28) ist geeignet, solche Abtretungen zu erleichtern.

III.

Der Revision ist aber aus einem anderen Grund der Erfolg nicht zu versagen. Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand kann nicht ausgeschlossen werden, daß das Kündigungsrecht des Klägers gemäß § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB trotz der getroffenen Vereinbarung im März 1978 wirksam fortbestand, weil das ihm gewährte Darlehen in diesem Zeitpunkt nicht zu einer "aufgrund gesetzlicher Vorschriften gebildeten Deckungsmasse für Schuldverschreibungen" im Sinne des § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB gehörte.

Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, diese vom Gesetz geforderte Zugehörigkeit ergebe sich bereits aus der Eintragung des Darlehens in das Deckungsregister A der Beklagten, vermag der Senat nicht zu billigen.

1. Die hier einschlägige "gesetzliche Vorschrift", § 16 a SpkVO NW aF, schreibt vor, daß "der Gesamtbetrag der von der Sparkasse ausgegebenen und im Umlauf befindlichen Orderschuldverschreibungen" durch Darlehensforderungen bestimmter Qualität gedeckt sein muß. Für mehr als diesen "Gesamtbetrag" ist eine Deckung nicht vorgeschrieben. Eine "Deckungsmasse", die den deckungspflichtigen Betrag übersteigt, ist danach grundsätzlich nicht "aufgrund gesetzlicher Vorschriften gebildet", wie § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB das verlangt.

Dieser Grundsatz darf allerdings nicht starr gehandhabt werden. Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß der Bestand der Schuldverschreibungen wie auch der der Darlehensforderungen sich ständig ändert und deswegen eine jederzeitige vollkommen gleiche Höhe von Verpflichtungs- und Forderungsbetrag nicht verlangt werden kann. Darüber hinaus muß dem Emittenten, weil die Schuldverschreibungen im Zeitpunkt ihrer Ausgabe schon gedeckt sein müssen, eine gewisse Vorratshaltung mindestens in Zeiten zugestanden werden, in denen die Begebung einer neuen Obligation unmittelbar bevorsteht.

Der Senat hat es daher schon früher - hier allerdings unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs - für unschädlich gehalten, wenn die Deckungsmasse die gesetzlich vorgeschriebene Mindestdeckung um einige Prozent übersteigt (Senatsurteil vom 3. Dezember 1981 - III ZR

30/81 = WM 1982, 185, 186). Eine Überdeckung von annähernd 100 % übersteigt diesen Rahmen bei weitem. Maßgebliches Kriterium ist der gesetzliche Zweck des § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB, die Kongruenz von Aktiv- und Passivgeschäft zu erhalten. Eine diesem Ziel nicht mehr dienende Aufblähung der Deckungsmasse vermag einen vertraglichen Ausschluß des außerordentlichen Kündigungsrechts daher nicht zu rechtfertigen.

2. Darlehensforderungen, denen eine Deckungsaufgabe nicht zufällt, weil ihnen deckungspflichtige Schuldverschreibungen nicht gegenüberstehen, gehören hiernach ungeachtet ihrer Eintragung in das Deckungsregister nicht zu einer aufgrund gesetzlicher Vorschriften gebildeten Deckungsmasse. Diese Eigenschaft kann ihnen allenfalls nachträglich zuwachsen, wenn andere Darlehen aus der "gesetzlichen Deckungsmasse" ausscheiden und bei fortbestehendem Deckungsbedarf die bisher von ihnen erfüllte Deckungsaufgabe von nachrangigen, bislang nicht deckenden Darlehen übernommen werden muß. Dieses "Nachrückverfahren" wird beherrscht vom Grundsatz der Priorität. Der Zeitpunkt des Registereintrags entscheidet über die Reihenfolge der in die Deckungsaufgabe hineinwachsenden Darlehen.

Ausgeschlossen ist das Kündigungsrecht des Schuldners gemäß § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB demnach für die Zeit, in der das ihm gewährte Darlehen - unabhängig von der Dauer seiner Eintragung in das Deckungsregister - zu "der" Deckungsmasse gehört, der ein deckungspflichtiger Bestand an Schuldverschreibungen gegenübersteht. Ob das der Fall ist, kann das Kreditinstitut aus den bei ihm geführten Unterlagen ersehen. Es hat dem Darlehensschuldner auf

dessen Verlangen darüber Auskunft zu geben (so schon amtl. Begründung BT-Drucks. II/195 S. 6 re.Sp.).

3. Nach dem insoweit unstreitigen Vortrag des Klägers überstieg das Volumen der von der Beklagten gebildeten Deckungsmasse am 30. Dezember 1977 den Gesamtbetrag der im Umlauf befindlichen Schuldverschreibungen um annähernd 100 %. Über den Stand im März 1978, dem Zeitpunkt der Darlehenskündigung durch den Kläger, hat das Berufungsgericht Feststellungen nicht getroffen. Dies ist nachzuholen. Alsdann wird das Berufungsgericht darüber zu befinden haben, ob das dem Kläger gewährte Darlehen im Zeitpunkt der Kündigung nicht nur in das Deckungsregister A der Beklagten eingetragen war, sondern ob es tatsächlich auch zu einer "aufgrund gesetzlicher Vorschriften gebildeten Deckungsmasse für Schuldverschreibungen" gehörte.

4. Die für diese Bewertung notwendigen Tatsachen hat - anders als bisher vom Berufungsgericht angenommen - die Beklagte darzulegen und notfalls zu beweisen. Das ergibt schon die allgemeine Regel, daß derjenige, der die ihm günstige Ausnahme anstelle der gesetzlichen Regel - hier § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB als Ausnahme von § 247 Abs. 1 BGB - für sich in Anspruch nimmt, deren tatbestandliche Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen hat. Im übrigen mußte auch dann, wenn man - mit dem Berufungsgericht - die Überdeckung nur im Rahmen des vom Kläger erhobenen Einwands des Rechtsmißbrauchs berücksichtigen wollte, die Beklagte, soweit sie als einzige den erforderlichen Tatsachenvortrag liefern kann, die Umstände darlegen, anhand deren sich beurteilen läßt, ob eine weitreichende Überdeckung im Einzelfall als gerechtfertigt anerkannt werden kann oder ob sie, wovon für den Regelfall auszugehen sein wird, als von der Sache her nicht geboten einzustufen ist.

5. Um dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, die noch fehlenden Feststellungen nachzuholen, war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Krohn

Tidow

Engelhardt

Halstenberg

Werp