

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 242 Cd, 607, 770 Abs. 1 und 2, 776;
AGBG §§ 9 B1, 13

- a) Bei Kreditverträgen, die Teil eines finanzierten Abzahlungskaufs sind, verstößt ein Vertragsformularhinweis, in dem alle aus der wirtschaftlichen Einheit von Kauf und Kreditvertrag erwachsenden Rechte des Kreditnehmers verneint werden ("Trennungsklausel") gegen § 9 AGBG; es besteht daher ein Unterlassungsanspruch nach § 13 AGBG.
- b) Bei Bürgschaftsverträgen zur Kreditsicherung kann das Recht des Bürgen, sich auf eine vom Hauptschuldner erklärte Anfechtung zu berufen, durch eine AGB-Bestimmung nicht ausgeschlossen werden.
Zulässig ist ein Formularverzicht des Bürgen auf die Einreden aus § 776 und § 770 Abs. 1 und 2 BGB.

BGH, Urt. v. 19. September 1985 - III ZR 214/83 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 214/83

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
19. September 1985
Friederich,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

des Vereins zum Schutze der Verbraucher vor unlauterem
Wettbewerb e.V. (Verbraucherschutzverein), vertreten
durch die Vorsitzende des Vorstandes Frau Dr. Thea Br.,
und deren Stellvertreterin, Frau Dr. Gabriele E.,
L., platz., B.,

Klägers, Revisionsklägers
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Prof. Dr.
und Dr. -

g e g e n

die Firma K. Bank, Kommanditgesellschaft auf Aktien,
Niederlassung H., vertreten durch die persönlich
haftenden Gesellschafter Alfred N., Franz S.,
Dr. Günter S., Willy W., Adolf J. Z.,
Gr., H.,

Beklagte, Revisionsbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr.
und -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juni 1985 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die Richter Kröner, Boujong, Dr. Engelhardt und Dr. Halstenberg

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden das Urteil des 5. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 23. November 1983 teilweise aufgehoben und das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 24, vom 14. Januar 1983 - berichtigt durch Beschluß vom 7. Februar 1983 - teilweise abgeändert und neu gefaßt:

Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, in Allgemeine Geschäftsbedingungen für Verträge, die nicht mit einem Kaufmann im Rahmen seines Handelsgewerbes geschlossen werden, die folgenden oder inhaltsgleiche Bestimmungen zu verwenden:

1. Bei Kreditverträgen für Abzahlungskäufe:

"Auch bei Nichterhalt oder Erhalt mangelhafter Ware oder bei Lösung des Kaufvertrages oder Widerruf der auf den Kaufabschluß gerichteten Willenserklärungen müssen die Kreditnehmer (Käufer) den Kredit voll zurückzahlen."



2. Bei Kreditverträgen:

"Ein gegebenenfalls bestehender KKB-Kredit soll mit diesem Kredit getilgt werden."

3. Bei Verträgen über eine selbstschuldnerische Bürgschaft zur Sicherung von Krediten:

"Die Verpflichtungen aus der Bürgschaft sind zu erfüllen, wenn Kreditnehmer das zugrundeliegende Rechtsgeschäft anfechten sollten."

Der Beklagten wird für jede Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zu 500.000,-- DM oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht.

Im übrigen werden die Rechtsmittel der Parteien zurückgewiesen. Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 40 % und die Beklagte 60 %.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist ein eingetragener Verein, der nach seiner Satzung Verbraucherinteressen wahrnimmt und in diesem Aufgabenbereich tätige Verbände als Mitglieder hat. Die Beklagte ist ein Kreditinstitut, das außer Teilzahlungsfinanzierung auch allgemeine Bankgeschäfte betreibt.

Die Parteien streiten im Verfahren nach § 13 AGBG über die Zulässigkeit mehrerer Klauseln, die von der Beklagten in verschiedenen Vertragsformularen verwendet werden:

1. Im Formular "Kreditvertrag für Abzahlungskäufe" heißt es unter dem drucktechnisch hervorgehobenen Hinweis "Wichtig!" u.a.:

"Auch bei Nichterhalt oder Erhalt mangelhafter Ware oder bei Lösung des Kaufvertrags oder Widerruf der auf den Kaufabschluß gerichteten Willenserklärungen müssen Kreditnehmer (Käufer) den Kredit voll zurückzahlen."

2. Das Formular "Kreditvertrag" enthält folgende Klausel:

"Ein gegebenenfalls bestehender K●-Kredit soll mit diesem Kredit getilgt werden."

3. Im Formular "Selbstschuldnerische Bürgschaft" heißt es u.a.:

"Die Einreden.....nach § 770 und 776 BGB sind ausgeschlossen. Die Verpflichtungen aus der Bürgschaft sind also insbesondere zu erfüllen,... wenn Kreditnehmer das zugrundeliegende Rechtsgeschäft anfechten sollten, wenn sich die Gläubigerin durch Aufrechnung ganz oder teilweise befriedigen kann oder einzelne von mehreren Kreditnehmern durch die Gläubigerin nicht in Anspruch genommen werden."

Landgericht und Oberlandesgericht (ZIP 1983, 1432) haben übereinstimmend die Verwendung der Klauseln zu 1. und 2. in Kreditverträgen und den Verzicht auf die Aufrechnungseinrede nach § 770 Abs. 2 BGB in Kreditbürgschaftsverträgen für unzulässig erklärt, nicht aber den Ausschluß der Anfechtungseinrede nach § 770 Abs. 1 BGB. Der Formularverzicht auf die Rechte aus § 776 BGB ist vom Landgericht mißbilligt, vom Oberlandesgericht dagegen erlaubt worden. Soweit die Klausel zu 3. eine Zahlungspflicht des Bürgen trotz Anfechtung des zugrundeliegenden Kreditvertrages vorsieht, hat das Oberlandesgericht ihre Verwendung untersagt, dagegen - abweichend vom Landgericht - ein Verbot der Klausel abgelehnt, soweit sie eine Zahlungspflicht des Bürgen vor Inanspruchnahme aller Kreditnehmer vorsieht.

Gegen das Berufungsurteil haben beide Parteien Revision eingelegt; der Kläger erstrebt das Verbot sämtlicher streitiger Klauseln, die Beklagte die volle Klageabweisung.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Verbot, den Formulartext zu 1. - "Trennungsklausel" - beim Abschluß von Kreditverträgen zu verwenden, wird vom Berufungsgericht damit begründet, die Klausel verstoße gegen § 9 Abs. 2 AGBG, weil sie dem Kunden die Möglichkeit des Einwendungsdurchgriffs verschweige.

Die dagegen gerichtete Revision der Beklagten ist nur zum geringen Teil begründet; sie führt nur zu einer Beschränkung des Verbots auf Kreditverträge, die Teil eines finanzierten Abzahlungskaufs sind.

1. Ohne Erfolg bleibt die Rüge der Revision, die Klausel unterliege nicht der Inhaltskontrolle nach §§ 9, 13 AGBG, weil sie gar keine konstitutive Vertragsregelung, sondern nur eine Aufklärung über die bestehende Rechtslage enthalte, zu der die Bank nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet sei (vgl. BGHZ 47, 207, 212).

a) Der Revision ist zuzugeben, daß die Klausel die Rechtslage für bestimmte Fallgestaltungen zutreffend wiedergibt:

aa) Wenn die Parteien einen Kreditvertrag schließen, der nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich von dem zu finanzierenden Geschäft unabhängig ist - wenn sich also z.B. der Kreditnehmer den für einen Kauf notwendigen Kredit "auf eigene Faust" beschafft und ihm daher klar ist, daß zwischen Kreditgeber und Verkäufer keine Verbindung besteht -, so ist der Kreditnehmer in der Tat zur vertragsgemäßen Rückzahlung des Kredits auch bei Nichterhalt oder Erhalt mangelhafter Ware oder bei Lösung des Kaufvertrags oder Widerruf der Kaufvertragserklärungen verpflichtet.

bb) Aber auch wenn die in der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen eines finanzierten Abzahlungskaufs vorliegen, also Kauf und Kreditvertrag trotz rechtlicher Selbständigkeit eine wirtschaftliche Einheit bilden (BGHZ 83, 301, 303 ff.

m.w.N.), bleibt der Kreditnehmer trotz Nichterhalt oder Erhalt mangelhafter Ware zur Kreditrückzahlung verpflichtet, solange es ihm möglich und zumutbar ist, seine Lieferungs- oder Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer durchzusetzen (vgl. Senatsurteile vom 9. Februar 1978 - III ZR 31/76 = NJW 1978, 1427; vom 18. Januar 1979 - III ZR 29/77 = NJW 1979, 2194; vom 7. Februar 1980 - III ZR 141/78 = NJW 1980, 1155; Senatsbeschluß vom 23. Februar 1984 - III ZR 192/82 = WM 1984, 635).

b) Ist dem Kreditnehmer dagegen die Durchsetzung seiner Ansprüche aus dem Kaufvertrag nicht mehr möglich oder zumutbar, etwa weil der Verkäufer zahlungsunfähig oder der Kaufvertrag wegen Sittenwidrigkeit oder Anfechtung nichtig ist, so kann der Kreditnehmer, wenn Kauf und Kreditvertrag eine wirtschaftliche Einheit bilden, Einwendungen aus seinem Verhältnis zum Verkäufer auch dem Kreditgeber entgegensetzen. Das ergibt sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), der es verbietet, das Risiko der Aufspaltung eines wirtschaftlich einheitlichen Vorgangs in zwei rechtlich selbständige Verträge einseitig dem Käufer/Kreditnehmer aufzubürden (BGHZ 83, 303/304 m.w.N.). In diesen Fällen weicht der Klauselinhalt also von der bestehenden Rechtslage ab.

c) Das gleiche gilt, wenn Kauf und Kreditvertrag eine wirtschaftliche Einheit bilden, auch für die Folgen eines Widerrufs der Kaufvertragserklärung gemäß § 1 b AbzG. Der rechtzeitige Widerruf gegenüber dem Verkäufer verhindert das Wirksamwerden auch des Kreditvertrags, bewirkt also, daß eine vertragliche Rückzahlungspflicht des Kreditnehmers nicht entsteht (Senatsurteil BGHZ 91, 338, 342).

2. Gegen die Prüffähigkeit der Klausel läßt sich nicht einwenden, ein bloßer Hinweis auf die bestehende Rechtslage werde auch dadurch, daß er sachlich unrichtig oder unvollständig sei, nicht zu einer konstitutiven Vertragsregelung im Sinne des § 8 AGBG. Nimmt ein AGB-Verwender eine Klausel, aus der sich bestimmte Kundenpflichten ergeben, in den vom Kunden zu unterschreibenden Vertragsformulartext auf, so eröffnen Wortlaut und Textzusammenhang die Möglichkeit, in der Klausel einen Bestandteil der vertraglichen Vereinbarung zu sehen, der, soweit er inhaltlich von der gesetzlichen Regelung abweicht, konstitutiv wirkt. Der AGB-Verwender kann dann eine solche Klausel der Inhaltsprüfung im Verfahren nach § 13 AGBG auch nicht dadurch entziehen, daß er vorträgt, er selbst habe mit der Klausel nur einen deklaratorischen Hinweis auf die Rechtslage geben und daraus keine Rechte herleiten wollen, die ihm nicht bereits aufgrund des Gesetzes zuständen. Um dem AGB-Verwender jede Möglichkeit zu nehmen, sich außerprozessual gegenüber seinen - häufig rechtsunkundigen - Vertragspartnern auf eine nach dem Wortlaut mögliche andere Klauseldeutung zu berufen, ist für die Inhaltskontrolle im Verfahren nach § 13 AGBG von der "kundenfeindlichsten" Auslegung auszugehen (Senatsurteile BGHZ 91, 55, 61 und vom 19. September 1985 - III ZR 213/83 -, zur Veröffentlichung bestimmt, zu I 3). Nach Wortlaut und Textzusammenhang läßt sich in der Trennungsklausel durchaus eine - zumindest teilweise konstitutiv wirkende - Vertragserklärung sehen, nämlich ein Verzicht des Kreditnehmers auf alle sich aus der wirtschaftlichen Einheit von Kauf und Kreditvertrag ergebenden Einwendungen gegenüber dem Kreditgeber.

3. In dieser Auslegung hält die Klausel der Wirksamkeitskontrolle nach dem AGB-Gesetz nicht stand.

a) Schon aus der zwingenden Natur der Schutzvorschriften des Abzahlungsgesetzes ergibt sich die Unzulässigkeit des Versuchs, beim finanzierten Abzahlungskauf durch Allgemeine Geschäftsbedingungen die Wirkungen des Widerrufs nach § 1 b AbzG auf den Kaufvertrag zu beschränken (vgl. §§ 6, 1 b Abs. 6 AbzG).

b) Beim Einwendungsdurchgriff kann das Ergebnis der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG im vorliegenden Verfahren nach § 13 AGBG kein anderes sein als in dem Individualrechtsstreit, in dem der Senat bereits über eine entsprechende Klausel zu entscheiden hatte (BGHZ 83, 301): Wenn die Voraussetzungen der wirtschaftlichen Einheit zwischen Kauf- und Kreditvertrag gegeben sind, liegt im völligen Ausschluß des Einwendungsdurchgriffs eine unangemessene Benachteiligung des Kreditnehmers gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG. Ist die Natur des konkreten Kreditvertrags durch den Zweck geprägt, dem Kreditnehmer den Erwerb einer Kaufsache im Wege eines finanzierten Kaufs zu ermöglichen, so verändert eine AGB-Klausel, die dem Kreditnehmer alle Risiken der ordnungsgemäßen Durchführung des Kaufvertrags aufbürdet, die Natur dieses Kreditvertrags und gefährdet den Vertragszweck (BGHZ 83, 301, 308).

4. Gegen das Klauselverbot läßt sich auch nicht einwenden, der Bank dürfe nicht die Möglichkeit genommen werden, die subjektiven Voraussetzungen des finanzierten Abzahlungskaufs - und damit eine Anwendung des Abzahlungsgesetzes und der Grundsätze des Einwendungsdurchgriffs - von vornherein dadurch

zu vermeiden, daß sie bei den Vertragsverhandlungen durch einen entsprechenden Hinweis dem Eindruck des Kreditnehmers, Bank und Verkäufer stünden ihm gemeinsam als Vertragspartner gegenüber, vorbeuge und entgegenwirke.

Ob eine Formularerklärung dazu tatsächlich überhaupt jemals in der Lage ist, hat der Senat bereits in der Entscheidung BGHZ 83, 301, 309 erheblich skeptischer beurteilt (vgl. Anmerkung Halstenberg LM BGB § 242 (Cd) Nr. 250 a) als noch in dem Urteil BGHZ 47, 207, 212 (vgl. Pagendarm WM 1967, 438). Die Beklagte selbst führt in ihrer Revisionsbegründung aus, in allen in den letzten Jahren vor dem Senat geführten Rechtsstreitigkeiten hätten sich entsprechende Hinweisklauseln im Einzelfall als ungeeignet erwiesen. Nicht nur die bisherige Erfahrung, sondern auch der § 4 AGBG zugrundeliegende Rechtsgedanke sprechen dafür, daß dann, wenn objektive Verbindungselemente, die sich aus individuellen Vereinbarungen und tatsächlichen Umständen des Einzelfalls ergeben, beim Darlehensnehmer den Eindruck rechtfertigen, Verkäufer und Kreditgeber stünden ihm gemeinsam als Vertragspartner gegenüber, gegenteilige Formularhinweise diesen Eindruck nicht beseitigen können. Selbst wenn aber nicht völlig ausgeschlossen erschiene, daß die hier streitige Klausel ausnahmsweise einmal diese Wirkung haben könnte, so würde das doch ihrem Verbot nicht entgegenstehen, weil sie in allen übrigen Fällen gegen § 9 AGBG verstößt.

5. Vergeblich beruft sich die Beklagte schließlich darauf, die Trennungsklausel habe die Funktion, in Fällen, in denen objektiv eine wirtschaftliche Einheit zwischen Kauf- und Kreditvertrag nicht vorliege, der Kunde aber von einer solchen

Einheit ausgehe, diesen subjektiven Eindruck zu beseitigen. Für solche Fälle enthielte die Klausel allerdings nur einen zutreffenden Hinweis auf die ohnehin bestehende Rechtslage; denn wenn hinreichende objektive Verbindungselemente fehlen, liegt ein finanziert Abzahlungskauf nicht vor; die subjektive Vorstellung des Kreditnehmers allein rechtfertigt weder eine Anwendung des Abzahlungsgesetzes noch einen Einwendungsdurchgriff.

Ob die Bank in einem solchen Fall überhaupt eine Aufklärungspflicht trifft, erscheint zweifelhaft, braucht aber nicht endgültig entschieden zu werden. Selbst wenn sie bestände, rechtfertigte sie nicht die Zulassung einer AGB-Klausel, die der Bank ihrem Wortlaut nach auch in Fällen, in denen alle Voraussetzungen des finanzierten Abzahlungskaufs vorliegen, die Handhabe bietet, sich unzulässigerweise auf einen Ausschluß des Einwendungsdurchgriffs zu berufen und Auswirkungen eines Widerrufs nach § 1 b AbzG auf den Kreditvertrag zu leugnen.

6. Erfolg hat die Revision nur, soweit sie eine Beschränkung des Klauselverbots auf Kreditverträge erstrebt, die Teilstücke eines finanzierten Abzahlungskaufs sind. Fehlt es an der wirtschaftlichen Einheit zwischen Kauf- und Kreditvertrag, so stimmt der Klauselinhalt mit der bestehenden Rechtslage überein und ist damit gemäß § 8 AGBG der Inhaltskontrolle entzogen.

Wenn die Voraussetzungen des § 13 AGBG nur für eine bestimmte, ausgegliederte Gruppe von Rechtsgeschäften vorliegen, ist das Klauselverbot nach § 17 Nr. 2 AGBG

entsprechend zu beschränken (BGH Urteil vom 31. Oktober 1984 - VIII ZR 226/83 = NJW 1985, 320 ff. zu XIII 2 b und XV 2 b). Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats (BGHZ 83, 301, 307/308) prägen die konkreten Umstände, die eine wirtschaftliche Einheit zwischen Kauf- und Kreditvertrag begründen, die Rechtsnatur der betreffenden Kreditverträge so, daß von einer ausgegliederten Gruppe von Geschäften gesprochen werden kann. Dem entspricht auch die Praxis der Beklagten, die neben dem allgemeinen Kreditvertragsformular ein besonderes Formular "Kreditvertrag für Abzahlungskäufe" mit der Trennungsklausel verwendet.

II.

Die Klausel "Ein gegebenenfalls bereits bestehender ~~Kredit~~-Kredit soll mit diesem Kredit getilgt werden" ist nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht nur überraschend im Sinne des § 3 AGBG, sondern verstößt gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG, weil damit das vom Kreditnehmer verfolgte Vertragsziel, Bargeld zu erhalten, gefährdet und in sein Gegenteil verkehrt werde; außerdem liege in Zeiten steigender Zinsen eine unangemessene Benachteiligung des Kunden im Sinne des § 9 Abs. 1 AGBG vor.

Dagegen wendet sich die Revision der Beklagten vergebens. Sie beruft sich darauf, die Klausel dürfe nur im Zusammenhang mit der in jedem Kreditgewährungsfall getroffenen Individualabrede gesehen werden, sie habe deswegen keine vertragsgestaltende Wirkung. Damit kann die Beklagte nicht durchdringen.

Hält eine Klausel nur in Verbindung mit einer entsprechenden Individualabrede der Inhaltskontrolle stand, so genügt es für ihre Unwirksamkeit, daß nach ihrem Wortlaut eine solche Individualabrede nicht vorzuliegen braucht (BGH Urteil vom 26. Januar 1983 - VIII ZR 342/81 = DB 1983, 1702, 1704 = LM AGBG § 9 (Ba) Nr. 4 zu II 6 a.E.). Ohne entsprechende Individualabrede verstößt eine AGB-Klausel, die dem Darlehensgeber das Recht gibt, den Darlehensbetrag nicht auszuzahlen, sondern zur Tilgung einer anderen Schuld zu verwenden, gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG (vgl. BGHZ 71, 19, 20/21).

III.

Soweit die Parteien über die Wirksamkeit der Bürgschaftsklauseln streiten, ist die Revision der Beklagten teilweise begründet; das Rechtsmittel des Klägers bleibt ohne Erfolg.

1. Nur die Bestimmung, daß "die Verpflichtungen aus der Bürgschaft zu erfüllen sind, wenn Kreditnehmer das zugrundeliegende Rechtsgeschäft anfechten sollten", hält der Inhaltskontrolle nicht stand. Mit Recht hat das Berufungsgericht darin eine Durchbrechung des Grundsatzes der Akzessorietät der Bürgschaft und damit einen Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AGBG gesehen.

Wird ein anfechtbarer Kreditvertrag vom Kreditnehmer angefochten, so ist er nach § 142 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen. Nach § 765 BGB setzt aber die Bürgenver-

pflichtung eine wirksame Hauptschuld voraus. Deshalb kann sich der Bürge auf eine vom Hauptschuldner erklärte Anfechtung berufen und im Rechtsstreit mit dem Gläubiger, wenn dieser das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners bestreitet, eine Entscheidung darüber verlangen; denn die eigene Verpflichtung des Bürgen hängt von der Wirksamkeit der Anfechtung ab.

Der Grundsatz der Abhängigkeit der Bürgschaft vom Bestehen der Hauptschuld ist - von hier bedeutungslosen Ausnahmen abgesehen - zwingendes Recht (BGH Urteil vom 19. November 1965 - Ib ZR 142/63 = WM 1966, 122, 124; v. Westphalen WM 1984, 1589, 1591/92). Abreden, die den Akzessorietätsgrundsatz antasten, verändern die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses. Durch eine AGB-Klausel des Bürgschaftsvertrags kann der Gläubiger dem Bürgen keine vom Bestehen der Hauptschuld unabhängige Garantieverpflichtung auferlegen.

2. Anders liegt es dagegen beim Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB. Das Bestehen eines Anfechtungsrechts bleibt, solange der Hauptschuldner es noch nicht ausgeübt hat, ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der Hauptverbindlichkeit. Der Ausschluß der Einrede aus § 770 Abs. 1 BGB läßt den Grundsatz der Akzessorietät daher unangetastet.

Dieser Ausschluß dient dem Interesse des Gläubigers, ohne den Bürgen unangemessen zu benachteiligen. Bereits das Berufungsgericht hat mit Recht darauf hingewiesen, daß der Einrede aus § 770 Abs. 1 BGB in den Fällen der Irrtumsanfechtung (§ 119 BGB) kaum praktische Bedeutung zukommt, weil das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners nach § 121 BGB

erlischt, wenn er es nicht unverzüglich nach der Kenntniserlangung ausübt (MünchKomm/Pecher § 770 BGB Rdn. 3; Staudinger/Horn 12. Aufl. § 770 BGB Rdn. 2). Nur bei einer Anfechtbarkeit nach § 123 BGB kann es wegen der einjährigen Anfechtungsfrist des § 124 BGB dann, wenn der Hauptschuldner sich nicht sofort entscheidet, zu einem Schwebezustand kommen, in dem Gläubiger und Bürge nicht wissen, ob die Bürgschaftsverpflichtung endgültigen Bestand hat oder nicht. Wenn der Gläubiger die sich daraus ergebenden Nachteile dem Bürgen aufbürdet, kann darin kein Verstoß gegen Treu und Glauben gesehen werden, zumal dem Bürgen die Arglisteinrede nach §§ 853, 768 Abs. 1 Satz 1 BGB verbleibt, wenn der Gläubiger bei Abschluß des Kreditvertrags eine unerlaubte Handlung begangen hat (vgl. RGZ 79, 194, 197; MünchKomm/Pecher § 770 BGB Rdn. 4).

3. Auch den formularmäßigen Verzicht des Kreditbürgen auf seine Rechte aus § 776 BGB hat das Berufungsgericht zutreffend als wirksam angesehen.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat bereits in seiner Entscheidung BGHZ 78, 137, 141 ff. die Gründe dargelegt, die diesen Verzicht als mit Recht und Billigkeit vereinbar erscheinen lassen: Nach Nr. 19 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken dienen der kreditgebenden Bank alle Vermögenswerte des Kreditnehmers, die in ihren Besitz oder ihre Verfügungsgewalt gelangen, neben der Bürgschaft als Sicherungsmittel für den Kredit. Bei Geltung des § 776 BGB müßte die Bank alle diese Werte blockieren, wenn sie nicht ihre Rechte aus der Bürgschaft verlieren wollte. Das würde zu einer starken Einschränkung der Handlungsfähigkeit

des Hauptschuldners führen, die auch nicht im Interesse des Bürgen liegt. Der Ausschluß der Rechte aus § 776 BGB vermeidet also wesentliche Nachteile für den Hauptschuldner und dient damit im Regelfall auch den Belangen des Bürgen. Gegen eine willkürliche Freigabe von Sicherheiten zu seinem Schaden bleibt der Bürge durch § 242 BGB geschützt (ebenso BGH Urteil vom 16. Februar 1984 - IX ZR 106/83 = WM 1984, 425, 426).

Im Urteil BGHZ 78, 137 ging es zwar um eine bereits 1968 übernommene Bürgschaft; daher war das AGB-Gesetz noch nicht anwendbar (vgl. ferner BGH Urteile vom 24. November 1980 - VIII ZR 317/79 = WM 1981, 5, 7 und vom 23. Juni 1982 - VIII ZR 333/80 = WM 1982, 842, 844 zu II 2 d). Der VIII. Zivilsenat und - nach Wechsel der Zuständigkeit - der IX. Zivilsenat haben an der im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 242 BGB entwickelten Auffassung jedoch - wie in der zitierten Entscheidung BGHZ 78, 143 bereits ausdrücklich angekündigt - auch in der Folgezeit festgehalten und in dem Formularverzicht des Bürgen auf die Rechte aus § 776 BGB keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 9 AGBG gesehen (vgl. Urteil vom 16. Februar 1984 aaO; Merz, WM 1982, 174, 179).

Der erkennende Senat schließt sich dieser Auffassung an. Ohne Erfolg verweist die Revision darauf, daß es im Urteil BGHZ 78, 137 um eine Bürgschaft für einen Geschäftskredit ging, während die Beklagte im wesentlichen Umfang private Abzahlungskredite gewährt. Auch bei solchen Krediten läßt sich die Bank regelmäßig zur Sicherheit Lohn- und Gehaltsansprüche des Kreditnehmers abtreten, häufig auch den mit den Kreditmitteln gekauften Gegenstand übereignen, ferner kann sich aus Nr. 19 Abs. 2 AGBG-Banken ein Sicherungsrecht an einem Spar-

guthaben des Kreditnehmers ergeben. Wäre die Bank durch § 776 BGB gezwungen, alle diese Werte des Kreditnehmers während der Laufzeit des Kredits zu blockieren, um ihre Rechte aus einer Bürgschaft zu wahren, so würde das auch in diesem Bereich zu fühlbaren Einschränkungen der Dispositionsfreiheit des Kreditnehmers führen. Durch die AGB-Klausel, die der Bank ein größeres Entgegenkommen gegenüber dem Hauptschuldner ermöglicht, werden schützenswerte Belange des Bürgen nicht in unangemessener Weise vernachlässigt.

4. Die Revision der Beklagten hat Erfolg, soweit sie sich gegen das Verbot der Klausel richtet, in der die Rechte aus § 770 Abs. 2 BGB ausgeschlossen werden. Der formularmäßige Verzicht des Kreditbürgen auf die Einrede der Aufrechenbarkeit hält der Inhaltskontrolle nach §§ 9 bis 11 AGBG stand.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat bereits für einen Fall, in dem es um die Aufrechnung gegen eine bestrittene und ungeklärte Forderung des Hauptschuldners ging, den Einredevorzicht im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 242 BGB für wirksam erklärt (Urteil vom 24. November 1980 - VIII ZR 317/79 = WM 1981, 5, 7). Der IX. Zivilsenat hat später die Ausschlussklausel in vollem Umfang gebilligt; allerdings handelte es sich dabei um eine Bürgschaft, die eine Bank im Rahmen ihres Handelsgewerbes übernommen hatte (Urteil vom 16. Februar 1984 - IX ZR 106/83 = WM 1984, 425).

Andererseits hat der VIII. Zivilsenat in seinem Urteil vom 24. November 1980 (aaO) beiläufig geäußert, es erscheine gerechtfertigt, den Verzicht des - privaten - Bürgen auf die

Einrede nach § 770 Abs. 2 BGB dann als unwirksam anzusehen, wenn die Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger unbestritten, entscheidungsreif oder gar rechtskräftig festgestellt sei. Dieser Auffassung hat sich das Berufungsgericht angeschlossen und - von diesem Ausgangspunkt her folgerichtig - in Verfahren nach § 13 AGBG den uneingeschränkten Einredeverzicht für unwirksam erklärt.

Der erkennende Senat vermag dieser Auffassung nicht zu folgen.

Die Sondervorschriften des § 11 Nr. 2 und 3 AGBG sind nicht unmittelbar anwendbar. Die Einrede der Aufrechenbarkeit ist kein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB (§ 11 Nr. 2 a AGBG). Sie ist auch nicht einem Leistungsverweigerungsrecht gleichzusetzen, das auf demselben Vertragsverhältnis beruht (§ 11 Nr. 2 b AGBG). Schließlich steht dem Bürgen selbst auch keine Aufrechnungsbefugnis im Sinne des § 11 Nr. 3 AGBG zu.

Der Senat sieht auch keinen Anlaß, die genannten Sondervorschriften analog anzuwenden oder eine unangemessene Benachteiligung des Bürgen im Sinne der Generalklausel des § 9 AGBG zu bejahen. Es erscheint ihm vielmehr, ausgehend von der - im Anschluß an die Rechtsprechung des VIII. und IX. Zivilsenats vorgenommenen - Interessenabwägung zu § 776 BGB (vgl. oben zu III 3) konsequent, den Formularverzicht auf die Einrede aus § 770 Abs. 2 BGB beim Kreditbürgen uneingeschränkt, also auch für die Fälle zu billigen, in denen die kreditgebende Bank gegen eine unbestrittene oder geklärte Forderung des Hauptschuldners aufrechnen könnte. Die Bank hat an einem solchen

Verzicht ein berechtigtes Interesse, weil ihr die Gegenforderungen des Hauptschuldners nach Nr. 19 Abs. 2 der AGB-Banken als Sicherung für andere Ansprüche gegen den Hauptschuldner dienen können. Dem Bürgen verleiht schon das Gesetz in § 770 Abs. 2 BGB nur eine schwache und verletzbare Rechtsposition: Er hat das Leistungsverweigerungsrecht nur, s o l a n g e dem Hauptschuldner eine aufrechenbare Forderung zusteht. Sein Recht endet, wenn und soweit der Gläubiger diese Gegenforderung erfüllt oder der Hauptschuldner auf sie verzichtet oder mit ihr gegen eine andere Forderung des Gläubigers aufrechnet (MünchKomm/Pecher § 770 BGB Rdn. 7 m.w.N.); der Bürge wird, wenn der Gläubiger die Gegenforderung erfüllt, ohne von seinem Aufrechnungsrecht Gebrauch zu machen, nicht etwa von seiner Verpflichtung frei (BGH Urteil vom 16. Februar 1984 - IX ZR 106/83 = WM 1984, 425 zu 2). Diese Schwäche des dem Bürgen in § 770 Abs. 2 BGB gewährten Rechts kann bei der Interessenabwägung im Rahmen der Prüfung, ob ein formularmäßiger Verzicht auf dieses Recht nach § 9 AGBG wirksam ist, nicht unberücksichtigt bleiben.

Für die Zulässigkeit dieses Verzichts spricht schließlich auch ein Vergleich der Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB mit der Einrede der Vorklage nach § 771 (vgl. MünchKomm/Pecher § 770 BGB Rdn. 7), die bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft schon nach § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen ist. Beide Einreden sind Ausprägungen des Grundsatzes der Subsidiarität der Bürgenhaftung, dem für das Wesen der Bürgschaft nicht die gleiche Bedeutung zukommt wie dem Grundsatz der Akzessorietät.

Soweit der erkennende Senat mit dieser Entscheidung vom Urteil des VIII. Zivilsenats vom 24. November 1980 (aaO) abweicht, bedarf es keiner Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen gemäß § 136 GVG. Die genannte Entscheidung des VIII. Zivilsenats beruhte nicht auf der damals geäußerten Rechtsansicht. Im übrigen hat der jetzt für Bürgschaftsverträge zuständige IX. Zivilsenat auf Anfrage erklärt, daß er an seiner bisherigen, der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats folgenden Auffassung nicht festhalte.

5. Mit Recht hat schon das Berufungsgericht es abgelehnt, die Verwendung der Klausel zu untersagen, nach der "die Verpflichtungen aus der Bürgschaft zu erfüllen sind, wenn einzelne von mehreren Kreditnehmern durch die Gläubigerin nicht in Anspruch genommen werden".

Da die Klausel sich - nach der Formularüberschrift und dem sonstigen Formulartext - nur auf **s e l b s t s c h u l d - n e r i s c h e** Bürgschaften bezieht, ergibt sich bereits aus dem Gesetz, daß der Bürge seine Zahlung nicht von einem vorherigen gerichtlichen Vorgehen gegen alle Hauptschuldner abhängig machen darf (§ 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Ob der Gläubiger außergerichtlich zunächst jeden einzelnen von mehreren Hauptschuldnern in Anspruch nehmen muß, ehe er sich an den selbstschuldnerischen Bürgen halten darf, ist zweifelhaft; im Schrifttum wird eine Primärhaftung des selbstschuldnerischen Bürgen neben dem Hauptschuldner bejaht (Larenz Schuldrecht II 12. Aufl. § 64 I = S. 475; MünchKomm/Pecher § 773 BGB Rdn. 1; Erman/H.H. Seiler 7. Aufl. BGB § 773 Rdn. 1 m.w.N.; a.A. Soergel/R. Schmidt 10. Aufl. Vorbemerk. § 765 BGB Rdn. 5). Selbst wenn die streitige Klausel insoweit aber konstitutiv wirken sollte, liegt

keine ins Gewicht fallende unangemessene Benachteiligung des Bürgen vor. Das Berufungsgericht verweist mit Recht darauf, daß der Bürge, wenn ein zahlungsfähiger Hauptschuldner vorhanden ist, regelmäßig bei ihm Rückgriff nehmen kann und außerdem in Extremfällen durch § 242 BGB geschützt wird.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO.

Krohn

Kröner

Boujong

Engelhardt

Halstenberg