

67

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 396, 770, 776

Ohne entgegenstehende Abreden im Bürgschaftsvertrag darf der Gläubiger mit einer nicht verbürgten Forderung gegen einen Anspruch des Hauptschuldners aufrechnen, es sei denn er handelt damit n u r zum Schaden des Bürgen.

BGH, Urt. v. 16. Februar 1984 - IX ZR 106/83 - OLG Köln
LG Köln

LT

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 106/83

URTEIL

Verkündet am
16. Februar 1984
Pohl,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in Sachen

des L [REDACTED] R [REDACTED],
vertreten durch seinen Direktor, K [REDACTED] 2,
K [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte:

Klägers und Revisionsklägers,
Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

gegen

die Bankhaus Hermann L [REDACTED] KG,
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter
Rudolf August O [REDACTED], J [REDACTED]straße 10, D [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte:

Beklagte und Revisionsbeklagte,
Rechtsanwälte Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED] und [REDACTED] -

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Februar 1984 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Henkel, Fuchs, Dr. Lang und Winter

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 19. Januar 1983 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die B. und M. AG, über deren Vermögen später das Konkursverfahren eröffnet wurde (künftig: Hauptschuldnerin), verpflichtete sich im Bauvertrag vom 20. Januar 1977 auf der Grundlage der VOB/B gegenüber dem Kläger, die Asphaltbetondecke auf einem Abschnitt der Straße zwischen Gummersbach und Becke (L 323) für 1.590.461,93 DM herzustellen und auch eine Sicherheit in Höhe von 5 % dieser Auftragssumme zu leisten. In einer vom Kläger vorformulierten Urkunde hatte die beklagte Bank bereits am 14. September 1976 "für alle dem Auftragsnehmer (Hauptschuldnerin) aus einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung dieses Auftrags erwachsenden Verbindlichkeiten einschließlich Zinsen und Kosten die selbstschuld-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

nerische Bürgschaft bis zur Höhe von 79.500,-- DM" übernommen mit dem Zusatz: "Auf die Einreden der Anfechtung, der Aufrechnung und Vorausklage gemäß §§ 770, 771 BGB wird verzichtet."

Wegen verschiedener in der Niederschrift über die Abnahme am 15. Dezember 1977 festgestellter Mängel forderte der Kläger die Hauptschuldnerin und dann auch den Konkursverwalter vergeblich zur Nachbesserung auf. Für die Mängelbeseitigung durch ein anderes Unternehmen mußte der Kläger nach seiner Behauptung 53.198,43 DM aufwenden. Der Hauptschuldnerin stand aus dem Vertrag vom 20. Januar 1977 noch ein Anspruch auf restlichen Werklohn von 206.801,40 DM zu.

Gegen diesen Anspruch rechnete der Kläger am 4. Mai 1982 gegenüber dem Konkursverwalter mit einem entsprechenden Teil einer Forderung auf, die er in Höhe von 2.482.959,81 DM aus dem gekündigten Vertrag mit der Hauptschuldnerin über den Ausbau der Straße zwischen Erblingen und Biebelshof (L 324) herleitet.

Das Landgericht gab der Klage aus der Bürgschaft auf Zahlung von 53.198,43 DM nebst Zinsen statt. Das Oberlandesgericht wies sie auf die Berufung der Beklagten ab. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

Entsprechend der Unterstellung im Berufungsurteil hat das Revisionsgericht davon auszugehen, daß der Kläger 53.198,43 DM aufwenden mußte, um durch einen anderen Unternehmer die in der Niederschrift vom 15. Dezember 1977 festgestellten, von der Hauptschuldnerin zu vertretenden Mängel der Straße zwischen Gummersbach und Becke beseitigen zu lassen, und daß dem Kläger auch ein die restliche Werklohnforderung der Hauptschuldnerin von 206.801,40 DM übersteigender fälliger Anspruch gegen die Hauptschuldnerin aus einem zweiten Vertrag über den Ausbau der Straße zwischen Erblingen und Biebelshof zugestanden hatte.

1. Wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, standen sich die restliche Werklohnforderung der Hauptschuldnerin von 206.801,40 DM aus dem Vertrag vom 20. Januar 1977 und der nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B begründete Gewährleistungsanspruch des Klägers auf Erstattung der Kosten der Mängelbeseitigung (53.198,43 DM) selbständig gegenüber (BGH Urteil vom 24. November 1969 - VII ZR 177/67 = NJW 1970, 421, 423). Sie waren, da weder der Besteller noch die Unternehmerin den einen gegen den anderen Anspruch aufgerechnet hatte (vgl. dazu BGHZ 54, 244), nicht zu saldieren oder sonst zu "verrechnen". Einen Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB oder § 13 Nr. 7 VOB/B macht der Kläger nicht geltend.

2. Der Kläger hat mit seinem fälligen Anspruch aus dem gekündigten Vertrag über den Ausbau der Straße zwischen Erblingen und Biebelshof gegen die Werklohnforderung des Konkursverwalters aus dem Vertrag vom 20. Januar 1977 ohne Verstoß gegen § 55 KO wirksam aufgerechnet. Gemäß § 396 Abs. 1 Satz 1 BGB konnte der Kläger die Forderungen bestimmen, die gegeneinander aufgerechnet werden sollten. Da der Konkursverwalter der Aufrechnung vom 4. Mai 1982 nicht widersprochen hat, ist die Bestimmung des Klägers, daß er mit seiner Forderung aus dem gekündigten Bauvertrag über den Ausbau der L 324 aufrechne, maßgebend. Die Aufrechnung entsprach auch der Regelung des § 396 Abs. 1 Satz 2 mit § 366 Abs. 2 BGB.

Da keine Gegenforderung der Hauptschuldnerin gegen den Kläger mehr besteht, fehlt jedenfalls seither die tatsächliche Grundlage für eine aus § 770 Abs. 2 oder aus § 768 mit § 273 BGB (vgl. dazu RGZ 137, 34, 37, 38; BGHZ 24, 97, 99, 100) hergeleitete Einrede der Beklagten. Nach diesen Vorschriften hat die Bürgin keine Aufrechnungsbefugnis. Sie hat das Recht, die Befriedigung des Anspruchs aus der Bürgschaft zu verweigern, nur, solange der Hauptschuldnerin eine aufrechenbare Forderung gegen den Gläubiger oder ein darauf gemäß § 273 BGB gestütztes Zurückbehaltungsrecht zusteht. Aus dieser Regelung folgt, daß die Bürgin nicht von ihrer Haftung frei wird, wenn der Gläubiger, ohne von seiner Befugnis zur Aufrechnung mit der verbürgten Forderung Gebrauch zu machen, die Hauptschuldnerin wegen deren Gegenforderung befriedigt (RG WarnRspr 1912 Nr. 303 Seite 337). Auch das Schrifttum (Planck BGB 4. Aufl.

§ 770 Anm. 2a; RGRK/Mormann BGB 12. Aufl. § 770 Rdnr. 5; Staudinger/Horn BGB 12. Aufl. § 770 Rdnr. 4; MünchKomm/Pecher BGB § 770 Rdnr. 7; Oertmann BGB 5. Aufl. § 770 Anm. 4 b B; Kohler ZZP 24, 1 ff, 14; Mantey in Gruchot 50, 542, 548 ff) ist fast einhellig dieser Ansicht.

3. Dessen ungeachtet meint das Berufungsgericht, dem Bürgschaftsanspruch stehe der Einwand treuwidrigen Verhaltens entgegen: Der Vorrang der berechtigten Interessen des Gläubigers vor denen des Bürgen finde seine Grenze in dem Gebot von Treu und Glauben. Aus ihm könnten sich Obliegenheiten des Gläubigers ergeben, deren Verletzung die Verwirkung des Bürgschaftsanspruchs nach sich ziehe. Dieser Grundsatz habe in § 776 BGB seinen Ausdruck gefunden. Ob diese Vorschrift auf den vorliegenden Fall, daß der Gläubiger durch Befriedigung des Hauptschuldners die Einrede des Bürgen aus §§ 770 Abs. 2 BGB zu Fall bringe, analog anzuwenden sei, brauche letztlich nicht entschieden zu werden. Der Bürgschaftsanspruch werde nämlich dann verwirkt, wenn der Gläubiger bei der Verfolgung des Anspruchs gegen den Hauptschuldner die geringste Rücksicht und Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten beobachten würde, verletze. Das sei hier der Fall. Der Verzicht der Beklagten auf die Einreden gemäß § 770 BGB halte der richterlichen Inhaltskontrolle nicht stand, soweit er die Berufung auf die Möglichkeit der Aufrechnung gegen einen - wie hier - unbestrittenen Anspruch der Hauptschuldnerin unterbinde. Indem der Kläger allein mit Rücksicht auf die Bürgschaftsverpflichtung der Beklagten den Gegenanspruch vorsätzlich auf andere Weise zum Erlöschen gebracht habe, habe er sich unredlich verhalten. Dieses Ergebnis werde durch die Erwägung gestützt, daß der Bürgschafts-

vertrag die Haftung der Beklagten nur wegen des Ausfalls des Klägers aus einem bestimmten Bauvertrag, aber nicht aus anderen Rechtsverhältnissen mit der Hauptschuldnerin begründet habe. Selbst wenn die Beklagte gewußt habe oder doch hätte wissen müssen, daß zwischen dem Kläger und der Hauptschuldnerin eine Mehrzahl von Bauverträgen bestanden habe, habe die Beklagte damit rechnen können, daß der Kläger sich auch in anderen Fällen ausreichende Sicherheiten habe geben lassen, so daß die Abwicklung dieser Verträge sich nicht zu ihrem Nachteil hätte auswirken können.

Dagegen wendet sich die Revision zu Recht.

a) Der Bürgschaftsvertrag vom 14. September 1976 schränkt die Aufrechnungsmöglichkeiten des Klägers (§ 396 BGB) gegenüber der Hauptschuldnerin nicht ein. Daß die Beklagte sich für die Verbindlichkeiten der Hauptschuldnerin aus einem bestimmten Bauvertrag verbürgt hat, sagt nichts darüber, ob oder mit welchen zur Aufrechnung geeigneten Ansprüchen der Gläubiger aufrechnen darf. Die von der Beklagten übernommene Bürgschaft schließt überdies die Einrede des Bürgen nach § 770 Abs. 2 BGB aus, weist also die Bürgin darauf hin, daß sie auch dann zahlen müsse, wenn der Gläubiger mit der verbürgten Forderung gegen einen fälligen Anspruch des Hauptschuldners aufrechnen könnte, das aber, aus welchen Gründen auch immer, nicht tut. Dieser Ausschluß hält der richterlichen Inhaltskontrolle formularmäßiger Geschäftsbedingungen (§ 242 BGB) anders als in dem durch das Urteil vom 24. November 1980 - VIII ZR 317/79 (= WM 1981, 5, 7) entschiedenen Fall in vollem Umfang stand;

denn das Avalgeschäft ist für die beklagte Bank ein vertrauter Gegenstand ihres Handelsgewerbes (vgl. § 1 Nr. 4 HGB, § 24 Abs. 1 Nr. 1 mit § 11 Nr. 3 AGBG); zudem birgt der Verzicht auf die Rechte aus § 770 Abs. 2 BGB auch für den Fall, daß der Hauptschuldner rechtskräftig festgestellte oder unstreitige Gegenforderungen hat, weit geringere Risiken als die Verpflichtung, auf erstes Anfordern zu zahlen (vgl. BGHZ 74, 244; BGH Urteil vom 24. November 1983 - IX ZR 2/83 = ZfP 1984, 32 = WM 1984, 44), die der Senat, soweit sie Banken eingegangen waren, nicht beanstandet hat.

b) Die gesetzliche Regelung des Bürgschaftsvertrags engt die Befugnis des Gläubigers, eine Gegenforderung der Hauptschuldnerin auf eine ihm vorteilhafte Weise, auch durch Aufrechnung mit einem nicht verbürgten Anspruch zu tilgen, nicht ein. Die Bürgschaft ist ein streng einseitiger Vertrag, durch den der Bürge, nicht aber der Gläubiger Verpflichtungen eingeht. Grundsätzlich sind für den Gläubiger aus dem Bürgschaftsvertrag Sorgfaltspflichten gegenüber dem Bürgen auch als Nebenpflichten oder Obliegenheiten nicht herzuleiten (BGH Urteil vom 30. Januar 1980 - VIII ZR 45/79 = WM 1980, 330 = NJW 1980, 1099 m. Nachw.). Danach besteht keine Pflicht des Gläubigers, das Interesse des Bürgen zu wahren und abweichend von § 396 BGB den verbürgten Anspruch zum Erlöschen zu bringen. Eine solche Pflicht ist insbesondere nicht aus einer analogen Anwendung des § 776 BGB herzuleiten (aa Schulz, Gruchot 50, 269, 273 für den Fall, daß der Gläubiger durch Zahlung den Gegenanspruch des Hauptschuldners befriedigt). Diese Ausnahmegesetzgebung setzt die Möglichkeit der Befriedigung des leistenden Bürgen aus einem Sicherungsrecht des Gläubigers nach

§ 774 BGB voraus. Sie ist eng auszulegen und bietet deshalb keinen Ansatz dafür, eine Nebenpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen zu begründen (Staudinger/Horn BGB 12. Aufl. § 776 Rdnr. 1 m. Nachw.; einschränkend MünchKomm/Pecher § 776 Rdnr. 2; zum Teil abweichend Reichel JW 1929, 469; Knütel, Festschrift für Flume I, 559, 587, 588; Eisenhardt MDR 1968, 541, 542 ff.).

c) Wenn der Bürge wirksam auf die Rechte aus § 776 BGB verzichtet hat, darf der Gläubiger bei einer Verwertung oder Freigabe von Sicherheiten dennoch nicht willkürlich zum Schaden des Bürgen handeln (BGHZ 78, 137, 143, 144). Diese Regel gilt auch dann, wenn dem Gläubiger die Wahl, mit welcher seiner Forderungen er gegen einen Anspruch des Hauptschuldners aufrechnen will, nach § 396 Abs. 1 BGB oder wegen eines wirksamen Verzichts des Bürgen auf die Einreden nach § 770 Abs. 2 BGB und § 768 mit § 273 BGB offensteht.

Die Beklagte könnte mithin nach § 242 BGB von ihrer Haftung als Bürgin nur freigeworden sein, wenn der Kläger durch die Aufrechnung mit dem Anspruch aus dem gekündigten Bauvertrag statt mit der verbürgten Forderung der Beklagten nur Schaden zugefügt hätte.

Davon kann nach dem unstreitigen Sachverhalt keine Rede sein. Zutreffend macht der Kläger geltend, daß er eigene Interessen zu Lasten der Bürgin wahren durfte. Befriedigung seiner Ansprüche im Konkurs der Hauptschuldnerin konnte der Kläger nur erwarten, soweit er gegen den Anspruch der Gemeinschaftschuldnerin auf den Werklohn von 206.801,40 DM aufrechnete. Durch Aufrechnung mit der gesicherten Forderung hätte er sich selbst zugunsten der freiwerdenden Bürgin benachteiligt. Daß er mit seiner ungesicherten Forderung den Gegenanspruch

der Hauptschuldnerin tilgte und sich so den Anspruch aus der Bürgschaft erhielt, war sein gutes Recht. Das wird besonders deutlich aus der Regelung des § 396 Abs. 1 Satz 2 mit § 366 Abs. 2 BGB. Nach diesen Bestimmungen wäre die geringere Sicherheit bietende Forderung aus dem gekündigten Bauvertrag in Höhe von 206.801,40 DM durch Aufrechnung erloschen und der verbürgte, also der gesicherte Anspruch über 53.198,43 DM bestehengeblieben, selbst wenn der Kläger keine Bestimmung getroffen hätte, mit welcher der beiden Forderungen er aufrechne. Eine solche Aufrechnung, die der aus § 396 Abs. 1 Satz 2, § 366 Abs. 2 BGB ersichtlichen Wertung des Gesetzes entspricht, verstößt nicht gegen Treu und Glauben und muß von der Beklagten hingenommen werden.

4. Der Rechtsstreit ist nicht zur Entscheidung reif, weil Feststellungen des Berufungsgerichts über die Höhe der verbürgten Forderung sowie zur Begründetheit und Höhe des zur Aufrechnung verwendeten Anspruchs des Klägers fehlen. Die Sache wird deshalb an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Merz

Henkel

Fuchs

Dr. Lang

Winter