

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 120/97

Verkündet am:
19. März 1998
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 765; AGBG § 3

Bei einer Ausfallbürgschaft ist eine Klausel überraschend, derzufolge der Ausfall spätestens sechs Monate nach der Anzeige des Gläubigers an den Bürgen über rückständige Leistungen des Hauptschuldners in Höhe der dann noch nicht bezahlten oder beigetriebenen rückständigen Beträge als festgestellt gilt.

BGH, Urt. v. 19. März 1998 - IX ZR 120/97 - OLG München
LG München I

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. März 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Paulusch und die Richter Kirchhof, Dr. Fischer, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 22. Oktober 1996 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die K. E. GmbH (im folgenden: KEG) plante Anfang der 90er-Jahre die Errichtung eines Freizeit- und Erholungsparks in Waffenrod/Hinterrod (Thüringer Wald). Zur Finanzierung des Vorhabens wollte die KEG bei der Kreissparkasse H. (im folgenden: KSK) ein Darlehen über 6,6 Mio DM aufnehmen. Die KEG sollte die Grundstücke erwerben, auf denen der Freizeitpark entstehen sollte. Bis die Grundstücke als Belastungsgegenstand zur Verfügung standen, sollte die Gemeinde Waffenrod/ Hinterrod (im folgenden: die Gemeinde) zur Absicherung des Kredits eine Bürgschaft übernehmen.

-

Die Gemeinde, die an der KEG nicht beteiligt war, zählte damals 600 Einwohner. Ihr Haushaltsvolumen betrug ca. 1,2 Mio DM. Die Gemeindevertretung stimmte mit Beschluß vom 16. August 1991 zu,

"daß die Gemeinde die Bürgschaft für den Kredit, welchen die ... (KEG) zum Bau des Sport- und Freizeitparks in Höhe von 6,6 Mio aufnimmt, übernimmt".

Am 19. August 1991 genehmigte der Landrat des Kreises Hildburghausen als Aufsichtsbehörde die Übernahme der Bürgschaft. Der Darlehensvertrag zwischen der KEG und der KSK wurde am 27. September 1991 abgeschlossen. Am selben Tag unterzeichnete der Bürgermeister eine selbstschuldnerische Bürgschaft der Gemeinde bis zum Betrage von 6,6 Mio DM zuzüglich Nebenleistungen. Der Kredit wurde der KEG zur Verfügung gestellt. Unter dem 27. Oktober 1992 genehmigte der Landrat die Übernahme einer Bürgschaft für ein weiteres Darlehen in Höhe von 2,5 Mio DM unter der Bedingung, "daß im Bürgschaftsvertrag eine zeitliche Begrenzung (31.12.1993) festgelegt wird." In dem Genehmigungsschreiben heißt es abschließend:

"Unter den o.g. Voraussetzungen endet die Bürgschaft mit Ablauf des Jahres 1993. Das gilt gleichermaßen für die am 19.08.1991 genehmigte Bürgschaft über 6,6 Mio DM."

Im Sommer 1993 verhandelte die KEG mit der Klägerin, die günstigere Konditionen anbot, als sie mit der KSK vereinbart waren, über eine Umschuldung des 6,6 Mio DM-Kredits. Mit Schreiben vom 21. Juni 1993 teilte der Landrat der Gemeindeverwaltung folgendes mit:

"Hiermit erteile ich Ihnen die Genehmigung zur Übertragung der bestehenden Ausfallbürgschaft von der ... (KSK) auf die Hypothekenbank Suhl (gemeint war die dortige Niederlassung der Klägerin) in Höhe von



6.600.000 DM zur Umschuldung der Kredite der ... (KEG)".

Am 28. September 1993 unterzeichnete der Bürgermeister eine Bürgschaftserklärung der Gemeinde mit folgendem Wortlaut:

"Die ... (Klägerin) hat der ... (KEG) ... ein Darlehen von DM 6.600.000 ... bewilligt.

Für die mit Auszahlung des vorbezeichneten Darlehens entstehende Forderung der Bank samt Zinsen, Nebenleistungen und Kosten übernehmen wir unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtung und Aufrechnung die Ausfallbürgschaft.

Der von uns zu deckende Ausfall gilt als festgestellt, wenn und soweit die Zahlungsunfähigkeit des Darlehensnehmers durch Zahlungseinstellung, Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens, Leistung des Offenbarungseides oder auf sonstige Weise erwiesen ist und nennenswerte Eingänge aus Verwertung von Sicherheiten oder des sonstigen Vermögens des Darlehensnehmers sowie etwaiger mithaftender Dritter nicht oder nicht mehr zu erwarten sind. Benachrichtigt uns die Bank über rückständige Leistungen des Darlehensnehmers, so gilt der Ausfall spätestens sechs Monate vom Zeitpunkt der Anzeige über die rückständigen Beträge in Höhe der dann noch nicht bezahlten oder beigetriebenen rückständigen Beträge als festgestellt. Die Anzeige gilt zugleich auch für die folgenden Fälligkeiten, solange der Darlehensnehmer in Verzug bleibt."

Am selben Tage schlossen die Klägerin und die KEG den schriftlichen Vertrag über die Gewährung eines "Kommunaldarlehens". Es wurden vierteljährliche Zinszahlungstermine, beginnend mit dem 30. Dezember 1993, festgelegt. Die Hauptsumme war am 30. September 2003 zur Rückzahlung fällig. Am Ende des Textes heißt es:

"Diese Darlehensaufnahme erfolgt aufgrund des Beschlusses vom 16. August 1991 ... und der staatsaufsichtlichen Genehmigung vom 19. August 1991".

Die Darlehensurkunde trägt neben der Unterschrift des Geschäftsführers der KEG auch die des Bürgermeisters und das Siegel der Gemeinde. Am 6. Oktober 1993 zahlte die Klägerin den Kreditbetrag auf Konten der KEG bei der KSK. Die KEG blieb die am 30. Dezember 1993 und in der Folgezeit fälligen Zinsen schuldig. Mit Schreiben vom 5. April 1994 setzte die Klägerin die Gemeinde über den Zahlungsrückstand in Kenntnis. Im selben Jahr wurde die Gemeinde in die nunmehr verklagte Stadt eingemeindet. Die Verbindlichkeiten der Gemeinde wurden von der Beklagten übernommen. Unter dem Datum vom 2. Januar 1995 kündigte die Klägerin der KEG das Darlehen zur sofortigen Rückzahlung. Mit Schreiben vom 4. Januar 1995 nahm die Klägerin die Beklagte als Bürgin in Anspruch. Diese lehnte die Zahlung ab.

Die Klägerin hat - gestützt auf die Bürgschaft vom 28. September 1993 - Klage auf Zahlung von 6,6 Mio DM zuzüglich Darlehenszinsen in Höhe von 549.692,91 DM zuzüglich Verzugszinsen in Höhe von 1.979,59 DM pro Tag seit dem 4. Januar 1995 erhoben. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

Das Oberlandesgericht hat, wie auch schon das Landgericht, die Klageabweisung darauf gestützt, die Bürgschaft vom 28. September 1993 sei nicht wirksam, weil die Vertretungsmacht des Bürgermeisters der Gemeinde dafür nicht ausgereicht habe. Nach § 21 Abs. 3 Buchst. 1 der damals gültigen Vorläufigen Kommunalordnung für das Land Thüringen (VKO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Juli 1992 (GVBl. S. 383) habe über die Übernahme von Bürgschaften ausschließlich die Gemeindevertretung zu beschließen gehabt. Ein solcher Beschluß liege für die Bürgschaft vom 28. September 1993 nicht vor. Der Beschluß vom 16. August 1991 scheide insofern aus. Für die Wirksamkeit der Bürgschaftserklärung vom 28. September 1993 fehle außerdem die nach § 45 Abs. 2 VKO erforderliche Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde.

II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Ob die Anwendung der kommunalverfassungsrechtlichen Vorschriften durch das Berufungsgericht der revisionsgerichtlichen Überprüfung unterliegt (§ 549 Abs. 1 ZPO) und gegebenenfalls gebilligt werden könnte (vgl. zu der wortgleichen Vorschrift des § 21 Abs. 3 DDR-KV BGH, Urt. v. 17. April 1997 - III ZR 98/96, DtZ 1997, 358; v. 4. November 1997 - VI ZR 348/96, NJW 1998, 377, 379, z.V.b. in BGHZ), braucht der Senat nicht zu entscheiden. Selbst wenn die Auffassung des Berufungsgerichts zutreffen sollte, daß rechtsgeschäftliche Erklärungen, die der Bürgermeister als Vertreter der Gemeinde abgab, nach §§ 21, 27 VKO für die Gemeinde unverbindlich waren, wenn sie der internen gesetzlichen Aufgabenverteilung zwischen

Gemeindevertretung und Bürgermeister widersprachen, kann die Klage nicht wegen Fehlens eines die Übernahme der streitgegenständlichen Bürgschaft legitimierenden Beschlusses der Gemeindevertretung und einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung abgewiesen werden. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lagen nämlich beide Voraussetzungen vor.

1. Der Beschluß der Gemeindevertretung vom 16. August 1991 ermächtigte den Bürgermeister, sich am 28. September 1993 namens der Gemeinde für den von der Klägerin an die KEG gewährten 6,6 Mio DM-Kredit zu verbürgen.

a) Die Bedenken des Berufungsgerichts, ob der Beschluß der Gemeindevertretung vom 16. August 1991 nicht wegen "Unbestimmtheit" unwirksam sei, sind unbegründet. Zwar hätte es nicht dem Sinn und Zweck der kommunalrechtlichen Kompetenzverteilung entsprochen, wenn die Gemeindevertretung dem Bürgermeister Blankovollmachten ausgestellt hätte, sich - wann immer er es für zweckmäßig hielt - für die Gemeinde zu verbürgen (vgl. z.B. § 44 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 39 Abs. 2 BW GO u. dazu Kunze/Schmid, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg 2. Aufl. § 44 Anm. II 8; vgl. ferner Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht 6. Aufl. Rdnr. 180; Schmidt-Aßmann, in: v. Münch/Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht 9. Aufl. 1. Abschn. Rdnr. 68). Indes mußte der Inhalt des beabsichtigten Bürgschaftsvertrages weder in allen Einzelheiten vorgegeben sein, damit die Gemeindevertretung ein "fertiges" Konzept prüfen konnte, noch mußte die Gemeindevertretung etwa fehlende Einzelheiten ihrerseits ergänzen. Die Gemeindevertretung wurde ihrer kommunalpolitischen Verantwortung auch dann gerecht, wenn sie nur den wesentlichen Inhalt des Geschäfts festlegte oder dem Bürgermeister einen Rahmen setzte (vgl. BGH, Urt. v. 6. Mai 1997 - KZR 43/95, ZIP 1997, 2166, 2167 f). Dies ist

hier geschehen. Nach dem Beschluß vom 16. August 1991 standen die zu sichernde Hauptschuld, deren Höhe und die Person des Schuldners fest. Dies genügte. Eine Festlegung des Kreditgebers war nicht erforderlich (vgl. dazu unten c).

b) Soweit es um die Frage geht, ob der Beschluß den Bürgermeister auch zur Übernahme der Bürgschaft zugunsten der Klägerin ermächtigte, ist der Senat - entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung - nicht auf die Nachprüfung beschränkt, ob der Tatrichter bei der Auslegung des Beschlusses der Gemeindevertretung gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt hat. Er kann den Beschluß vielmehr selbst auslegen. Denn es handelt sich um eine aufgrund einer kommunalverfassungsrechtlichen Sonderzuständigkeit ergangene Entscheidung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Es ist anerkannt, daß das Revisionsgericht bei der Würdigung von behördlichen Handlungen frei ist (BGHZ 3, 1, 15; 13, 133, 134; 28, 34, 38 f; 86, 104, 110; BGH, Urt. v. 16. Juni 1994 - IX ZR 94/93, WM 1994, 1775, 1776; MünchKomm-ZPO/Walchshöfer, § 550 Rdnr. 8; Zöllner/Gummer, ZPO 20. Aufl. § 550 Rdnr. 11; Thomas/Putzo, ZPO 20. Aufl. § 550 Rdnr. 5). Dies muß auch für verwaltungsinterne Entscheidungen wie Gemeinderatsbeschlüsse gelten, die keine Verwaltungsakte sind, weil sie Außenwirkung nur erlangen, wenn der Bürgermeister sie vollzieht (vgl. VGH Baden-Württemberg VBl BW 1987, 70, 71; VGH Kassel NVwZ 1988, 1155).

c) Der Beschluß unterliegt als Willensäußerung des Organs einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft den zivilrechtlichen Auslegungsregeln des § 133 BGB (BGHZ 86, 104, 110, BGH, Urt. v. 16. Juni 1994 - IX ZR 94/93, aaO; BVerwG NJW 1976, 303, 304; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs,

VwVfG 5. Aufl. § 35 Rdnr. 43 und § 37 Rdnr. 11). Aus § 37 Abs. 1 VwVfG ergibt sich nichts anderes.

Der Meinung des Berufungsgerichts, der Beschluß habe nur die "einmalige" (erstmalige) Übernahme einer Bürgschaft gedeckt, ist nicht zu folgen. Etwas derartiges läßt sich schon dem Wortlaut nicht entnehmen. Es wurden nur der Schuldner, der Zweck des zu besichernden Kredits und dessen Höhe genannt. Der Gläubiger blieb offen. Damit ließ es der Wortlaut des Beschlusses zu, daß der Bürgermeister die Bürgschaft dem Gläubiger gegenüber erklärte, der den Kredit zu den günstigsten Konditionen anbot und/oder eine Besicherung mit den am wenigsten drückenden Bedingungen verlangte. Der Wortlaut sowie Sinn und Zweck des Beschlusses standen einer Auswechselung des Gläubigers nicht entgegen, falls sich im nachhinein eine vorteilhafte Umschuldungsmöglichkeit ergab. Wenn der Bürgermeister befugt war, die Bürgschaft dem Gläubiger anzubieten, der die günstigsten Kredit- und/oder Bürgschaftskonditionen offerierte, durfte er auch den Bürgschaftsgläubiger austauschen, falls später ein anderer mit günstigeren Bedingungen gefunden wurde. Dies ist hier in der Weise wirksam geschehen, daß die Klägerin mit der Darlehensvatluta die gesicherte Forderung bezahlt hat. Dadurch ist die erste Bürgschaft erloschen. Allerdings gingen auch daraus herrührende Einwendungen verloren. Dies wird im vorliegenden Fall aber nicht erheblich, weil die Beklagte nicht vorgetragen hat, daß die Gemeindevertretung im Zeitpunkt des Beschlusses mit dem Entstehen von Einwendungen gerechnet habe und deshalb die zweite Alternative habe ausschließen wollen. Im übrigen steht nicht fest, daß gegen die Bürgschaft zugunsten der KSK berechnete Einwendungen bestanden.

Nicht zu folgen ist dem Berufungsgericht weiter in der

Ansicht, der Beschluß vom 16. August 1991 verhalte sich nur über die zu verbürgende Hauptschuld und könne deswegen nicht als Ermächtigung für die Übernahme der Bürgschaft vom 28. September 1993 dienen, mit der sich die Gemeinde auch für Zinsen, Nebenleistungen und Kosten habe verbürgen sollen. Da die Gemeindevertretung - wie unter a) ausgeführt - nur den wesentlichen Inhalt der Bürgschaft beschließen mußte, deckte der Beschluß die Bürgschaft vom 28. September 1993 in vollem Umfang.

Unerheblich ist schließlich, ob die Beklagte den Beschluß selbst für unzureichend gehalten hat. Zwar findet sich in ihrer Annahmeerklärung vom 20. September 1993 die Bemerkung:

"Aufsichtsbehördliche Genehmigung zur Bürgschaftsübernahme ist erforderlich. Wir werden diese umgehend beantragen".

Dies entsprach aber nicht der objektiven Rechtslage. Da der Bürgermeister auch seine im Innenverhältnis gegebenen Befugnisse nicht überschritten hat, sind die Grundsätze über den Mißbrauch der Vertretungsmacht nicht anwendbar.

2. Jedenfalls die aufsichtsbehördliche Genehmigung in dem Schreiben vom 21. Juni 1993 deckt die Bürgschaft vom 28. September 1993.

a) Die Genehmigung unterliegt ebenfalls in vollem Umfang der Auslegung durch den Senat. Es handelt sich um einen Verwaltungsakt (vgl. Reichert/Röber, Baden-Württembergisches Kommunalrecht 4. Aufl. S. 211; ferner BVerwGE 16, 83, 84; BVerwG DVBl 1965, 86, 87). Solche kann das Revisionsgericht selbst auslegen (BGHZ 86, 104, 110; BGH, Urt. v. 16. Juni 1994 - IX ZR 94/93, aaO).

b) Die Bürgschaft wurde zunächst in dem Schreiben vom 19. August 1991 genehmigt. Wie der Beschluß der Gemeindevertretung vom 16. August 1991 legte auch die drei Tage später ergangene aufsichtsbehördliche Genehmigung den Gläubiger des zu besichernden Kredits nicht fest. Nach dem Wortlaut wie auch dem Sinn und Zweck der Genehmigung war deshalb auch die spätere Verbürgung zugunsten der Klägerin genehmigt. Insofern kann auf die obenstehenden Ausführungen zur Auslegung des Beschlusses der Gemeindevertretung Bezug genommen werden. Allerdings kann diese Genehmigung später durch das Schreiben vom 27. Oktober 1992 eingeschränkt worden sein. Ob dies - wirksam - geschehen ist, braucht der Senat aber nicht zu entscheiden.

c) Die Rechtsaufsichtsbehörde hat die Verbürgung unter dem 21. Juni 1993 nochmals ausdrücklich - und ohne die im Schreiben vom 27. Oktober 1992 enthaltenen Einschränkungen - genehmigt.

Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß das Schreiben vom 21. Juni 1993 nicht bloß eine Absichtserklärung, sondern eine Genehmigung enthielt. Das ist in der Revisionsinstanz nicht mehr im Streit.

Soweit das Berufungsgericht meint, die (zweite) Genehmigung sei "ins Leere gegangen", weil nur die Übertragung der bestehenden Bürgschaft genehmigt, tatsächlich aber keine Bürgschaft übertragen, sondern eine neue übernommen worden sei, ist das Berufungsgericht zu sehr am Wortlaut des Schreibens haften geblieben und dem Sinn und Zweck der darin enthaltenen Erklärung nicht nachgegangen. Wesentlich ist, ob der antragstellenden Gemeinde und der Genehmigungsbehörde bei Erteilung der Genehmigung bewußt war,

daß es bei der Umschuldung noch einen anderen - und möglicherweise banküblichen - Weg gab, um den neuen Kreditgeber abzusichern, und ob dieser Weg ausgeschlossen werden sollte. Dafür gibt es keinen Anhaltspunkt. Die Genehmigungsbehörde wollte nur die ihr angezeigte Umschuldung genehmigen - dieser Zweck ist in der Genehmigung ausdrücklich angesprochen ("... zur Umschuldung der Kredite der ... (KEG)") - und hat dabei irrtümlich gemeint, die Besicherung des umschuldenden Kreditinstituts werde sich - und könne sich auch nur - im Wege der Übertragung der bestehenden Bürgschaft vollziehen. Dafür, daß bei der "Ausdehnung der Genehmigung" die zivilrechtliche Lage von den Beteiligten nicht zutreffend erfaßt wurde, spricht, daß von der Übertragung der bestehenden "Ausfallbürgschaft" die Rede war. Bis dahin bestand nämlich keine Ausfallbürgschaft. Zugunsten der KSK hatte die Gemeinde eine normale selbstschuldnerische (Höchstbetrags-)Bürgschaft übernommen gehabt. Eine bloße Ausfallbürgschaft sollte erstmals zugunsten der Klägerin bestellt werden.

III.

Das angefochtene Urteil ist auch nicht aus anderen Gründen richtig (§ 563 ZPO).

1. Die Bürgschaft zugunsten der Klägerin ist nicht wegen Sittenwidrigkeit nichtig (§ 138 BGB).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats verstößt eine Bürgschaft naher Angehöriger gegen die guten Sitten, wenn der Bürge gegenwärtig und zukünftig wirtschaftlich überfordert wird und zusätzlich erschwerende Umstände hinzukommen, die dem Geschäft ein anstößiges Gepräge geben (BGHZ 125, 206, 210 f; 128, 230, 232, 234; BGH, Urt. v. 16. Januar 1997 - IX ZR 260/97, WM 1997, 511, 512; v. 18. September 1997 - IX ZR 283/96, ZIP 1997, 1957, 1958 z.V.b. in BGHZ; v. 11. Dezember 1997 - IX ZR 274/96, WM 1998, 235, 236, z.V.b. in BGHZ; v. 18. Dezember 1997 - IX ZR 271/96, WM 1998, 239, z.V.b. in BGHZ). Auf solche Umstände kann nur dann verzichtet werden, wenn bereits bei Vertragsschluß feststeht, daß das Geschäft sogar für den Gläubiger sinnlos ist. Dies ist der Fall, wenn die Verbindlichkeit, für die der Bürge einstehen soll, so hoch ist, daß er sie auch bei günstigster Prognose mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht mit nennenswerten Beträgen tilgen kann (BGHZ 125, 206, 211; BGH, Urt. v. 18. Januar 1996 - IX ZR 171/95, WM 1996, 519, 522; v. 18. September 1997 - IX ZR 283/96, ZIP 1997, 1957, 1959).

Ob diese Grundsätze auf Bürgschaften leistungsschwacher öffentlich-rechtlicher Körperschaften übertragen werden können, erscheint sehr zweifelhaft, muß aber hier nicht abschließend entschieden werden. Im vorliegenden Fall fehlt

es bereits an dem Erfordernis einer im Zeitpunkt der Verbürgung absehbaren nachhaltigen Überforderung. Zwar war die gesicherte Forderung hoch und die Steuerkraft der Gemeinde gering. Ihr Risiko erschien gleichwohl im Zeitpunkt der Verbürgung tragbar, weil es gegenständlich und zeitlich begrenzt war. Gegenständlich beschränkt war die Haftung deswegen, weil sich die Gemeinde nicht selbstschuldnerisch, sondern nur für den Ausfall verbürgte, den die Klägerin nach Inanspruchnahme der KEG hatte. Die Ausfallbürgschaft ist die den Bürgen am wenigsten belastende Verpflichtungsart (Staudinger/Horn, BGB 13. Bearb. 1997 § 771 Rdnr. 11). Da die KEG mit den Kreditmitteln Grundstücke erwerben und darauf bauliche Anlagen errichten sollte, war zu erwarten, daß im Vermögen der KEG Werte vorhanden sein würden, auf die würde zugegriffen werden können, falls der Kredit notleidend werden würde. Zeitlich beschränkt war das Risiko der Gemeinde, weil auf den von der KEG zu erwerbenden Grundstücken Grundpfandrechte bestellt werden sollten. Danach sollte die Gemeinde aus der Bürgschaft ganz entlassen werden. Zusätzliche erschwerende Umstände, die zu der Überforderung hinzukommen müßten, fehlen ebenfalls.

2. Zum Vorliegen eines Ausfalls fehlen Feststellungen.

a) Die Klägerin stützt sich darauf, daß die KEG die Zinstermine vom 30. Dezember 1993 und 31. März 1994 verstreichen ließ, ohne die fälligen Zinsen zu begleichen, und beruft sich außerdem auf die "Ausfallklausel" in dem Bürgschaftsvertrag.

Diese Ausfallklausel ist - wie die Revisionserwiderung zu Recht rügt - unwirksam. Allerdings ist der Ausfallnachweis einer Regelung der Parteien zugänglich (RG LZ 1916, 805 Nr. 15; BGH, Urt. v. 15. Mai 1986 - IX ZR 96/85, WM 1986,

961, 963; v. 25. Juni 1992 - IX ZR 24/92, WM 1992, 1444, 1445). Eine derartige Regelung unterliegt aber, wenn sie durch Allgemeine Geschäftsbedingungen getroffen wird, der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz.

Die Ausfallklausel ist an den Vorschriften des AGB-Gesetzes zu messen, weil die Beklagte unwidersprochen vorgetragen hat, bei dem Text der Bürgschaft handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Dieser Prüfung hält sie nicht stand. Sie verstößt zumindest gegen § 3 AGBG. Sie ist überraschend, weil die Bürgschaft dadurch einer selbstschuldnerischen Bürgschaft angenähert würde. Damit muß bei einer als "Ausfallbürgschaft" bezeichneten Sicherheit nicht gerechnet werden (Graf Lambsdorff/Skora, Handbuch des Bürgschaftsrechts 1994 Rdnr. 58). Denn im allgemeinen ist eine Ausfallbürgschaft das Gegenteil der selbstschuldnerischen Bürgschaft (Staudinger/Horn, Vorbem. vor §§ 765 ff Rdnr. 36). Der Ausfallbürge verpflichtet sich, dem Gläubiger für den endgültigen Ausfall an der Hauptforderung einzustehen, also für das, was der Gläubiger trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt, insbesondere durch Geltendmachung seines Anspruchs gegen den Hauptschuldner, durch Zwangsvollstreckung und Verwertung anderer Sicherheiten, nicht vom Hauptschuldner erlangen kann (BGH, Urt. v. 2. Februar 1989 - IX ZR 99/88, WM 1989, 559, 561; v. 16. März 1989 - IX ZR 242/87, WM 1989, 707, 708; v. 25. Juni 1992 - IX ZR 24/92, aaO). Davon weichen die Sätze 2 und 3 der "Ausfallklausel" in wesentlichem Umfange ab. Nach Satz 2 gilt der Ausfall spätestens sechs Monate nach der Anzeige des Gläubigers an den Bürgen über rückständige Leistungen des Hauptschuldners "in Höhe der dann noch nicht bezahlten oder beigetriebenen rückständigen Beträge" als festgestellt. Der Gläubiger wird dadurch der Obliegenheit

enthoben, sich um die Beitreibung zu bemühen. Der Ausfall gilt bereits als festgestellt, wenn der Schuldner binnen sechs Monaten nach der Anzeige nicht freiwillig gezahlt hat. Nach Satz 3 braucht der Gläubiger "für die folgenden Fälligkeiten" nicht einmal mehr eine Anzeige zu erstatten. Ob eine derartige Regelung auch eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 9 AGBG enthält, mag offenbleiben.

Die Regelung kann auch nicht als Selbstschuld ausfallbürgschaft ausgelegt werden. Denn bei dieser Kombination zwischen Ausfall- und selbstschuldnerischer Bürgschaft kann der Gläubiger vom Bürgen nur Hinterlegung oder Zahlung mit dem Vorbehalt späterer Rückforderung verlangen (Staudinger/Horn, Vorbem. vor §§ 765 ff BGB Rdnr. 37). Ausweislich ihres Klageantrags und der dazu gegebenen Begründung gibt sich die Klägerin damit nicht zufrieden.

b) Was die Klägerin konkret gegen die KEG unternommen hat, um ihre Darlehensforderung beizutreiben, und welche Ergebnisse sie dabei erzielt hat, ist nicht vorgetragen. Darauf kann die Klageabweisung – jedenfalls derzeit – aber nicht gestützt werden. Denn der Rechtsstreit hat sich schon in erster Instanz auf andere, vermeintlich entscheidungserhebliche Fragen konzentriert.

IV.

Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Zur Klärung des Ausfalls ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

-

Paulusch

Zugehör

Kirchhof

Ganter

Fischer