

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

KO §§ 47, 58 Nr. 2; BGB §§ 242 Be, 276 Hb, 1191

- a) Veräußert der Konkursverwalter ein zur Konkursmasse gehörendes Grundstück mit Zustimmung eines Grundpfandgläubigers, so beurteilt sich die Frage, ob die bei der Veräußerung anfallende Mehrwertsteuer der Konkursmasse oder als Teil des Verwertungserlöses dem Grundpfandgläubiger gebührt, in erster Linie nach der zwischen Konkursverwalter und Grundpfandgläubiger getroffenen Vereinbarung (Ergänzung zu BGHZ 58, 292; 77, 139).
- b) Dem Gläubiger einer Sicherungsgrundschuld obliegen gegenüber dem Sicherungsgeber in der Regel keine Sorgfaltspflichten bei der Verwertung anderer Sicherheiten, die ein Dritter gestellt hat. Wenn nichts anderes vereinbart ist, gilt insoweit nur der allgemeine Grundsatz, daß der Gläubiger bei der Verwertung anderer Sicherheiten nicht willkürlich zum Schaden des Sicherungsgebers handeln darf, der ihm die Grundschuld eingeräumt hat.
- c) Der Grundsatz, daß der Gläubiger den Bürgen über dessen Haftungsrisiko nur dann aufklären muß, wenn er durch sein Verhalten erkennbar einen Irrtum des Bürgen über den Umfang des Risikos veranlaßt hat, gilt auch für den Fall, daß die Bürgschaft aufgehoben und durch eine Grundschuldhaftung des bisherigen Bürgen für die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners ersetzt werden soll (im Anschluß an BGH, WM 1986, 11).

BGH, Urt. v. 7. Mai 1987 - IX ZR 198/85 - OLG Hamm

LG Hagen

BUNDESGERICHTSHOF

12

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 198/85

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
7. Mai 1987
Schnurr
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

St. [REDACTED] H. [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den
Vorstand, Ha [REDACTED]straße [REDACTED], H. [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Hannelore Sch [REDACTED], A [REDACTED] [REDACTED], H. [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsbeklagte,

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

WII

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 1987 durch die Richter Fuchs, Henkel, Gärtner, Winter und Dr. Schmitz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 3. Oktober 1985 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob die beklagte Sparkasse berechtigt ist, eine Sicherungsgrundschuld an Grundstücken der Klägerin durch Zwangsvollstreckung zu verwerten, um sich aus dem Erlös für Forderungen gegen den Ehemann der Klägerin zu befriedigen. Dem Rechtsstreit liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Ehemann der Klägerin (im folgenden: Hauptschuldner) beabsichtigte im Jahre 1976, einen Gewerbebetrieb in einem neu ausgewiesenen Gewerbegebiet der Stadt H[REDACTED] zu errich-



ten. Es war vorgesehen, das Gebiet durch freiwillige Vereinbarung der Grundstückseigentümer umzulegen. Deshalb erwarb der Hauptschuldner mehrere verstreut liegende Grundstücke in dem Gewerbegebiet, um damit an der Umlegung teilzunehmen. Diese Grundstücke gehörten überwiegend nicht zu dem Gelände, auf dem der Betrieb errichtet werden sollte. Da der Hauptschuldner mit einer schnellen Umlegung rechnete, begann er mit den Bauarbeiten, obwohl ihm die Betriebsgrundstücke zum großen Teil noch nicht übereignet waren. Er nahm einen Anlaufkredit von rund 6 Mio. DM in Anspruch, für den die Beklagte gegenüber der kreditgewährenden Bank die Bürgschaft und die Stadt H. gegenüber der Beklagten die Rückbürgschaft übernahmen. Zur Sicherung der für die Errichtung des Betriebes benötigten Kredite räumte der Hauptschuldner der Beklagten Grundschulden im Gesamtbetrag von 10 Mio. DM zuzüglich Zinsen an den Grundstücken ein, die er für die Teilnahme am Umlegungsverfahren erworben hatte. Einen erstrangigen Teilbetrag der Grundschulden von 6 Mio. DM hielt die Beklagte treuhänderisch zugunsten der Stadt Hemer als Sicherheit für etwaige Rückgriffsansprüche der Stadt aus der übernommenen Rückbürgschaft. Streitigkeiten unter den Grundstückseigentümern verzögerten die freiwillige Umlegung; die Stadt H. leitete deshalb Ende Mai 1977 das Umlegungsverfahren nach dem Bundesbaugesetz ein.

Der Hauptschuldner benötigte zur Fortführung des Bauvorhabens weitere Kredite. Da die Rückbürgschaft der Stadt H. nur den bereits ausgereichten Betrag von 6 Mio. DM absicherte und die Grundschulden an den Grundstücken des Hauptschuldners im Umlegungsgebiet nach den Satzungsbe-

stimmungen der Beklagten keine ordnungsmäßigen Sicherheiten darstellten, war die Beklagte zu weiterer Kreditgewährung nur bereit, wenn ihr andere Sicherheiten gestellt wurden. Deshalb übernahm die Klägerin durch schriftliche Erklärung vom 25. Juli 1977 die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Betrage von 2 Mio. DM zuzüglich Nebenleistungen zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Forderungen der Beklagten aus der Geschäftsverbindung mit dem Hauptschuldner. Zur Absicherung der Bürgschaft trat sie der Beklagten eine Eigentümergrundschuld von 2 Mio. DM nebst Zinsen ab, die sie aus diesem Anlaß an ihr gehörenden Grundstücken in H. bestellt hatte. Die Beklagte verpflichtete sich demgegenüber, einen erstrangigen Teilbetrag von 2 Mio. DM zuzüglich Zinsen aus den vom Hauptschuldner gestellten Grundschulden treuhänderisch als Sicherheit für die Klägerin zu halten und zu verwerten; die Stadt H. räumte der Klägerin insoweit den Vorrang vor dem zu ihrer Sicherheit dienenden Teilbetrag von 6 Mio. DM ein. Mit Rücksicht auf diese Vereinbarung wurde in die Bürgschaftsurkunde folgende Erklärung der Beklagten aufgenommen:

"Die (Beklagte) verpflichtet sich hiermit, die Bürgin aus der Bürgschaft erst in Anspruch zu nehmen, nachdem die Grundschulden (an den Grundstücken des Hauptschuldners im Umlegungsgebiet) verwertet worden sind und die Sparkasse aus dem erstrangigen Recht von DM 2.000.000 nicht voll befriedigt wurde."

Nachdem der Hauptschuldner den daraufhin gewährten Kredit von 2 Mio. DM ebenfalls verbraucht hatte, stellte ihm die Beklagte weitere Finanzierungsmittel in Höhe von

1.400.000 DM zur Verfügung. Als Sicherheit verpfändete die Mutter des Hauptschuldners der Beklagten einen Sparkassenbrief über 1.500.000 DM. In dem Sicherungsvertrag verpflichtete sich die Beklagte, nunmehr einen erstrangigen Teilbetrag von 1.400.000 DM der vom Hauptschuldner bestellten Grundschulden treuhänderisch als Sicherheit für etwaige Regreßforderungen dieser Sicherungsgeberin zu halten. Die Klägerin und die Stadt H[REDACTED] räumten der Mutter des Hauptschuldners insoweit den Vorrang ein. Mit Rücksicht darauf vereinbarten die Parteien am 16. September 1977, die Verpflichtungserklärung der Beklagten in der Bürgschaftsurkunde vom 25. Juli 1977 wie folgt zu ändern:

"Die (Beklagte) verpflichtet sich hiermit, die Bürgin aus der Bürgschaft erst in Anspruch zu nehmen, nachdem die Grundschulden (an den Grundstücken des Hauptschuldners im Umlegungsgebiet) verwertet worden sind und die Sparkasse aus den Grundschulden in Höhe von DM 2.000.000 im Range nach DM 1.400.000 nicht voll befriedigt wurde."

In der Folge nahm der Hauptschuldner ein weiteres Darlehen von 1 Mio. DM bei der C[REDACTED] AG auf. In einer Vereinbarung der Parteien vom 30. November 1977 erklärte sich die Klägerin damit einverstanden, daß die Beklagte aus dem treuhänderisch für sie gehaltenen Grundschuldbetrag von 2 Mio. DM einen erstrangigen Teilbetrag von 1 Mio. DM an die C[REDACTED] als Sicherheit für das neue Darlehen abtrete. Die Verpflichtungserklärung der Beklagten in der Bürgschaftsurkunde vom 25. Juli 1977 erhielt deshalb folgende Fassung:

"Die (Beklagte) verpflichtet sich hiermit, die Bürgin aus der Bürgschaft erst in Anspruch zu nehmen, nachdem die für die (Beklagte an den Grundstücken des Hauptschuldners im Umlegungsgebiet) eingetragenen Grundschulden verwertet worden sind und die Sparkasse aus dem Grundschuldteilbetrag von DM 1.000.000 im Range nach DM 2.400.000 nicht voll befriedigt wurde."

Den aufgrund dieser Vereinbarungen frei gewordenen Grundschuldteilbetrag von 1 Mio. DM trat die Beklagte an die C [REDACTED] ab. Im Jahre 1980 entstanden Meinungsverschiedenheiten darüber, ob die Beklagte auch die Zinsen aus diesem Grundschuldbetrag an die C [REDACTED] abzutreten habe. In diesem Zusammenhang verhandelten die Parteien über die von der Klägerin gestellten Kreditsicherheiten. Mit Schreiben vom 11. April 1980 unterbreitete die Beklagte der Klägerin folgenden Vorschlag:

- "1. Der Ihnen zustehende Grundschuldteilbetrag von DM 1.000.000 aus der für uns eingetragenen Grundschuld ... wird an uns zurückabgetreten.
2. Für die auf Ihren Grundstücken in H [REDACTED] ... eingetragene Grundschuld von DM 2.000.000 erteilen wir eine Teillöschungsbewilligung in Höhe von DM 1.000.000, so daß nur noch Grundschulden in Höhe von DM 1.000.000 verbleiben, die für unsere Forderungen gegen Ihren Ehemann haften.
3. Im Gegenzug entlassen wir Sie aus der seinerzeit übernommenen Bürgschaft von DM 2.000.000."

Nach einem weiteren Vorgespräch am 7. Mai 1980, das der Hauptschuldner als Vertreter der Klägerin mit der Beklagten führte, unterzeichneten die Parteien am 12. Mai 1980 eine Vereinbarung, durch die die Beklagte die Klägerin aus der Bürgschaftsverpflichtung entließ und sich verpflichtete, die ihr von der Klägerin eingeräumte Grundschuld in Höhe eines Teilbetrages von 1 Mio. DM löschen zu lassen. Über die der Beklagten danach verbleibende Grundschuld von 1 Mio. DM an den Grundstücken der Klägerin enthält die Vereinbarung folgende Sicherungsabrede:

"Diese Grundschuld nebst Zinsen dient zur Sicherheit für alle bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen der (Beklagten) gegen (den Hauptschuldner) gemäß gesonderter Zweckbestimmungserklärung."

Zugleich unterschrieb die Klägerin auf einem Formular der Beklagten eine Zweckerklärung für Grundschulden, in der es unter anderem heißt:

"Die Grundschuld nebst Zinsen dient zur Sicherheit für alle bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen der Sparkasse gegen (den Hauptschuldner) - nachfolgend Kreditnehmer genannt ... - aus der Geschäftsverbindung (insbesondere aus laufender Rechnung, Krediten und Darlehen jeder Art und Wechseln) sowie aus Wechseln, die von Dritten hereingegeben werden, Bürgschaften, Abtretungen oder gesetzlichem Forderungsübergang ..."

Der Hauptschuldner wurde in den Jahren 1981 und 1982 nach und nach aufgrund verschiedener Grundstückstauschverträge als Eigentümer der Betriebsgrundstücke in das Grundbuch eingetragen. Dabei wurden jeweils die von ihm veräußerten Grundstücke von der Beklagten aus der Haftung entlassen und dafür die im Tauschwege erworbenen Grundstücke durch Nachverpfändung mit den Grundschulden von insgesamt 10 Mio. DM zugunsten der Beklagten belastet. Das Umlegungsverfahren wurde am 23. März 1981 aufgehoben.

Im Rahmen der Geschäftsverbindung gewährte die Beklagte dem Hauptschuldner sowie der Firma St[REDACTED] P[REDACTED] GmbH, für die sich der Hauptschuldner verbürgte, - teilweise im Wege der Umschuldung - noch weitere Darlehen. Im Jahre 1982 kündigte sie sämtliche Kredite. Am 4. Oktober 1982 wurde über das Vermögen des Hauptschuldners und der St[REDACTED] P[REDACTED] GmbH das Konkursverfahren eröffnet. Den Grundbesitz des Hauptschuldners, zu dem außer dem Betriebsgelände in H[REDACTED] noch andere, ebenfalls zugunsten der Beklagten belastete Grundstücke in Deilinghofen gehörten, verwertete der Konkursverwalter durch freihändigen Verkauf an die FL I[REDACTED]-Leasing GmbH und an die Firma K.-H. Sch[REDACTED] N[REDACTED] und G[REDACTED] KG. In dem Kaufvertrag mit der erstgenannten Käuferin ist über den Kaufpreis folgendes vereinbart:

"Der Kaufpreis für die in § 1 aufgeführten Grundstücke beträgt 13.000.000 DM ... zuzüglich der jeweiligen gesetzlichen Mehrwertsteuer, derzeit 13 %, also derzeit insgesamt 14.690.000 DM.

...

Der Kaufpreis wird wie folgt belegt:

Der Käufer zahlt an den Verkäufer in die Konkursmasse einen Betrag von 200.000 DM ... sowie die gesetzliche Mehrwertsteuer, derzeit 13 %, also 1.690.000 DM. Die Mehrwertsteuer kann der Käufer statt der Barzahlung durch Abtretung seines entsprechenden Anspruchs auf Vorsteuererstattung in der gesetzlich vorgesehenen Form gegen entsprechende Rechnung des Verkäufers erbringen.

...

...

Der restliche Kaufpreis, also 12.800.000 DM, wird belegt, indem der Käufer in dieser Höhe mit befreiender Wirkung für (den Hauptschuldner) die persönliche Schuldverpflichtung in dieser Höhe hinsichtlich der den eingetragenen Grundschulden zugrunde liegenden Darlehen gegenüber der (Beklagten) übernimmt. Dieser Kaufpreisteil ist belegt mit dem Eingang einer entsprechenden Bestätigung der (Beklagten) beim Verkäufer; ...

Bereits jetzt erklärt der Käufer gegenüber der (Beklagten), daß die zugunsten der (Beklagten) eingetragenen Grundschulden der Sicherung der vom Käufer zu übernehmenden Darlehensverpflichtungen dienen sollen."

In dem Vertrag mit der zweiten Käuferin heißt es:

"Der Kaufpreis für die Grundstücke aus der Gemarkung H[REDACTED] beträgt 1.000.000 DM ... zuzüglich der jeweiligen gesetzlichen Mehrwertsteuer, derzeit 13 %, also derzeit 130.000 DM, insgesamt derzeit 1.130.000 DM. Der Kaufpreis für die Grundstücke der Gemarkung D[REDACTED] beträgt weitere 2.000.000 DM ..., so daß der Gesamtkaufpreis sich - bei einer Mehrwertsteuer von 13 % - auf einen Betrag von 3.130.000 DM stellt.

Der Kaufpreis wird wie folgt belegt:

Der jeweilige Mehrwertsteuerbetrag - derzeit also 130.000 DM - wird vom Käufer an den Verkäufer in die Konkursmasse gezahlt; die Zahlung kann durch Abtretung wie in Urkunde 4/83 (Vertrag mit der ersten Käuferin) ersetzt werden. ...

Der Restkaufpreis in Höhe von 3.000.000 DM wird belegt, indem der Käufer in dieser Höhe mit befreiender Wirkung die den Grundpfandrechten zugrunde liegenden persönlichen Schuldverpflichtungen (des Hauptschuldners) gegenüber der (Beklagten) übernimmt. Der Kaufpreisteil gilt mit dem Eingang der entsprechenden Bestätigung der (Beklagten) beim Verkäufer als erfüllt. ...

Bereits jetzt erklärt Käufer gegenüber der (Beklagten), daß die zugunsten der (Beklagten) eingetragenen Grundschulden der Sicherung der von ihm zu übernehmenden Darlehensverpflichtungen dienen."

Entsprechend diesen Verträgen übernahmen die Käufer im Wege befreiender Schuldübernahme die Kreditverbindlichkeiten des Hauptschuldners in Höhe von insgesamt 15.800.000 DM. Nach dem Abrechnungsschreiben der Beklagten an den Konkursverwalter belief sich ihre Gesamtforderung gegen den Hauptschuldner am 15. April 1983 auf 17.459.829,91 DM, so daß nach Anrechnung des von den Grundstückskäufern übernommenen Schuldbetrages eine offene Restforderung von 1.659.829,91 DM verblieb.

Wegen dieses Restbetrages zuzüglich Zinsen nahm die Beklagte die Klägerin in Anspruch. Sie hatte die Klägerin bereits früher veranlaßt, sich in notarieller Urkunde wegen eines Grundschuldteibetrages von 10.000 DM nebst Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihre Grundstücke zu unterwerfen. Aus dieser Urkunde betrieb sie die Zwangsversteigerung, nachdem sie durch Schreiben vom 22. Juni 1984 die Grundschuld zur sofortigen Rückzahlung gekündigt hatte. Die Klägerin erhob Vollstreckungsabwehrklage. Die Beklagte (dort Klägerin) erwirkte in einem zunächst gesondert geführten Urkundenprozeß ein rechtskräftig gewordenes Vorbehaltsurteil, durch das die Klägerin (dort Beklagte) verurteilt wurde, die Zwangsvollstreckung in die belasteten Grundstücke wegen des restlichen Grundschuldbetrags von 990.000 DM zuzüglich Zinsen zu dulden; das Nachverfahren wurde mit dem Verfahren über die Vollstreckungsabwehrklage derart verbunden, daß die Klage der Beklagten nunmehr als Widerklage gilt.

Das Landgericht wies die Vollstreckungsabwehrklage ab und erklärte das Vorbehaltsurteil für vorbehaltslos. Auf die

Berufung der Klägerin gab das Berufungsgericht der Vollstreckungsabwehrklage statt und wies die Widerklage unter Aufhebung des Vorbehaltsurteils ab.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

1. Die nach den §§ 767, 795, 797 Abs. 4 ZPO zulässige Vollstreckungsabwehrklage wäre gerechtfertigt, die auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus der Grundschild gerichtete Widerklage dagegen unbegründet, wenn - wie die Klägerin geltend macht - eine durch die Grundschild gesicherte Forderung der Beklagten gegen den Hauptschuldner nicht mehr bestände oder wenn die Sicherungsvereinbarung der Parteien vom 12. Mai 1980 wirkungslos wäre. In beiden Fällen wäre die Beklagte verpflichtet, der Klägerin die Grundschild zurückzugewähren. Den Rückgewähranspruch könnte die Klägerin als Einrede im Sinne der §§ 1169, 1192 Abs. 1 BGB dem Anspruch aus der Grundschild mit der Folge entgegenhalten, daß sie die Zwangsvollstreckung aus der Grundschild nicht dulden müßte und die aus dem titulierten Teil des Grundpfandrechts bereits begonnene Zwangsvollstreckung unzulässig wäre. Davon geht das Berufungsgericht zutreffend aus.

2. Das Berufungsgericht nimmt in erster Linie an, die Grundsuld sei nicht mehr valutiert. Es führt aus, nach dem eigenen Sachvortrag der Beklagten habe ihr am 15. April 1983 eine Forderung von 17.459.829,91 DM gegen den Hauptschuldner zugestanden. Der Konkursverwalter habe aus der Verwertung der Grundstücke des Hauptschuldners einen Erlös von 17.820.000 DM erzielt. Die Beklagte müsse sich so behandeln lassen, als sei dieser Gesamterlös an sie ausgezahlt worden. Zu dem Erlösanteil von 15.800.000 DM, den die Beklagte bereits zugunsten der Klägerin berücksichtigt habe, seien die in den Kaufverträgen vereinbarten Mehrwertsteuerbeträge von 1.690.000 DM und 130.000 DM sowie der ebenfalls in die Konkursmasse zu zahlende Betrag von 200.000 DM hinzuzurechnen. Diese Beträge gehörten als Teil des Grundstückserlöses der Klägerin als Sicherungsnehmerin. Sie könne deshalb deren Herausgabe vom Konkursverwalter fordern. Falls aber der Konkursverwalter und die Beklagte vereinbart hätten, daß diese Beträge der Konkursmasse zufließen sollten, liege darin ein Verzicht der Beklagten auf einen ihr zustehenden Erlösanteil, mit dem die Schuld des Hauptschuldners hätte getilgt werden müssen. Dann habe die Beklagte den Sicherungsvertrag mit der Klägerin verletzt und müsse diese daher so stellen, als ob sie - die Beklagte - diese Beträge vereinnahmt hätte. Insbesondere sei kein rechtlicher Gesichtspunkt erkennbar, der es rechtfertigen könnte, dem Konkursverwalter neben der Mehrwertsteuer auch noch einen Kaufpreisanteil von 200.000 DM für seine Verkaufsbemühungen zukommen zu lassen. Die Vergütung des Konkursverwalters bestimme sich nach § 85 KO und werde vom Konkursgericht festgesetzt, nicht aber durch Verträge geregelt. Die Beklagte könne weder mit der Behauptung gehört

werden, daß der Konkursverwalter einen freihändigen Verkauf zu anderen Bedingungen abgelehnt hätte, noch mit dem Vortrag, daß eine anderweitige Verwertung einen geringeren Erlös erbracht hätte. Letzteres sei ungewiß; es sei nicht ausgeschlossen, daß auch ein höherer Erlös erzielt worden wäre. Letztlich komme es darauf nicht an, weil auf die von dem Konkursverwalter und der Beklagten durchgeführte Verwertungsart abzustellen sei. Die Anrechnung des Mehrwertsteuerbetrages von 130.000 DM scheitere nicht daran, daß die Verpflichtung der Firma K.-H. Sch[REDACTED] N[REDACTED] und G[REDACTED] KG zur Zahlung von Umsatzsteuer durch nachträgliche Vereinbarung vom 5. Juni 1984 aufgehoben worden sei.

Die Klägerin sei mit ihrem Vortrag, daß danach eine Forderung gegen den Hauptschuldner nicht mehr bestehe, nicht gemäß den §§ 288, 290 ZPO ausgeschlossen. Sie habe zwar in ihren Schriftsätzen vom 8. Juni und 12. September 1984 ausgeführt, daß sich der Restbetrag der Forderung der Beklagten gegen den Hauptschuldner jedenfalls auf mehr als 1 Mio. DM belaufe. Die Erklärung der Klägerin könne aber nicht als vorweggenommenes Geständnis gewertet werden, weil sie zu unbestimmt sei. Die Klägerin habe in erster Instanz lediglich nicht bestreiten wollen, daß der Beklagten noch eine Forderung gegen den Hauptschuldner zugestanden habe, nicht aber ein Geständnis im Sinne des § 288 ZPO abgegeben.

Gegen diese Ausführungen bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken.

a) Richtig ist allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe das Bestehen einer Restforderung

der Beklagten gegen den Hauptschuldner in Höhe von mehr als 1 Mio. DM nicht bindend zugestanden. Die Klägerin hat im ersten Rechtszug vorgetragen, die Grundstücke des Hauptschuldners seien im Jahre 1983 zu einem Kaufpreis von 14 Mio. DM freihändig veräußert worden. Die durch diese Verwertung der Grundstücke nicht befriedigte Forderung der Beklagten gegen den Hauptschuldner belaufe sich auf jedenfalls mehr als 1 Mio. DM. Demgemäß ist im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils festgestellt, die Forderung der Beklagten gegen den Hauptschuldner betrage unstreitig mehr als 1 Mio. DM. Der Vortrag der Klägerin stellt indessen kein gerichtliches Geständnis im Sinne des § 288 ZPO dar, an das die Klägerin vorbehaltlich des § 290 ZPO auch im weiteren Verfahren gebunden wäre. Inwiefern eine vor Gericht erfolgte einräumende Parteierklärung ungeachtet anderer zusätzlicher oder einschränkender Behauptungen als ein Geständnis anzusehen sei, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles (§ 289 Abs. 2 ZPO). Hier beruhte die Erklärung, daß sich die Restforderung der Beklagten gegen den Hauptschuldner nach der Verwertung von dessen Grundbesitz noch auf mehr als 1 Mio. DM belaufe, auf der Annahme, daß die Beklagte aus dem Verkauf der Grundstücke des Hauptschuldners nur 14 Mio. DM erlöst habe. Nur auf dieser rechnerischen Grundlage wollte die Klägerin einräumen, daß der Beklagten noch eine Restforderung von mehr als 1 Mio. DM verblieben sei. Über die Höhe des Verkaufserlöses hat die Beklagte im ersten Rechtszug nichts vorgetragen. Erst im zweiten Rechtszug ist unstreitig geworden, daß der Hauptschuldner aufgrund der Veräußerung seiner Grundstücke durch den Konkursverwalter jedenfalls in Höhe von 15.800.000 DM im Wege der befreienden Schuldübernahme durch die Käufer der Grundstücke

von seinen Verbindlichkeiten gegenüber der Beklagten frei geworden ist; unstreitig ist darüber hinaus, daß der Gesamtkaufpreis für die Grundstücke einschließlich der in die Konkursmasse zu zahlenden Beträge 17.820.000 DM betrug. Damit steht fest, daß die rechnerische Grundlage, von der die Klägerin bei ihrer einräumenden Erklärung erster Instanz ausgegangen ist, nicht zutrifft. Es kann nicht angenommen werden, daß die Klägerin eine Restforderung der Beklagten von mehr als 1 Mio. DM auch für den Fall zugestehen wollte, daß der Kaufpreis für die Grundstücke des Hauptschuldners entgegen ihrer Annahme erheblich mehr als 14 Mio. DM betrug. An ihrer auf einem Irrtum beruhenden einräumenden Erklärung erster Instanz kann die Klägerin daher nicht festgehalten werden.

b) Das Berufungsgericht unterstellt, daß der Beklagten am 15. April 1983 Kreditforderungen in Höhe von insgesamt 17.459.829,91 DM gegen den Hauptschuldner zugestanden haben. Davon ist auch für das Revisionsverfahren auszugehen.

Unstreitig ist der Hauptschuldner in Höhe von 15.800.000 DM von dieser Verbindlichkeit dadurch frei geworden, daß die Käufer seiner Grundstücke seine Schuld gegenüber der Beklagten in dieser Höhe im Wege befreiender Schuldübernahme übernommen haben. Ob die danach rechnerisch verbleibende Restforderung von 1.659.829,91 DM durch die Verwertung der Grundstücke des Hauptschuldners ebenfalls getilgt worden ist, hängt davon ab, ob sich die Beklagte gegenüber der Klägerin auch die Beträge als schuldtilgend anrechnen lassen muß, die nach den vom Konkursverwalter abgeschlossenen Grundstückskaufverträgen in die Konkursmasse

geleistet werden sollten. Das nimmt das Berufungsgericht zu Unrecht an.

aa) Das Berufungsgericht folgert aus BGHZ 58, 292 und 77, 139, daß die Mehrwertsteuer zum Verwertungserlös der Grundstücke gehört und daher der Beklagten als Grundpfandgläubigerin gebührt habe. Daran ist richtig, daß die Mehrwertsteuer Bestandteil des Kaufpreises ist. Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, wem die Mehrwertsteuerbeträge im Verhältnis zwischen dem Konkursverwalter als Grundstücksverkäufer und der Beklagten als Grundpfandgläubigerin gebühren. Wie sich aus den vom Berufungsgericht angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ergibt, sind dafür die Vereinbarungen zwischen dem Sicherungsgeber und dem Sicherungsnehmer über die Verwertung des Sicherungsgutes maßgebend (BGHZ 58, 292, 295; 77, 139, 141 ff). In den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen hatten der Konkursverwalter und der Sicherungsnehmer keine Vereinbarungen darüber getroffen, wem die als Teil des Kaufpreises für das Sicherungsgut anfallenden Mehrwertsteuerbeträge zustehen sollten. Dies war darum nach den Sicherungsabreden zu entscheiden, nach deren Inhalt dem jeweiligen Sicherungsnehmer der volle Verwertungserlös, also auch der Mehrwertsteueranteil, gebührte. Im vorliegenden Fall bestand jedoch nach dem Vortrag der Beklagten außer der Sicherungsabrede, die sie mit dem Hauptschuldner getroffen hatte, eine Vereinbarung mit dem Konkursverwalter, daß die Mehrwertsteueranteile aus dem Verkauf der Grundstücke der Konkursmasse zufließen sollten. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß diese Behauptung unzutreffend sei; sie ist daher für das Revisionsverfahren als richtig zu unterstellen. Dann

aber gebührten die als Teil des Kaufpreises zu zahlenden Mehrwertsteuerbeträge nicht der Beklagten, gehörten also nicht zu dem ihr mit schuldtilgender Wirkung zufließenden Verwertungserlös.

bb) Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen auch nicht seine Annahme, die Beklagte habe durch ihre Absprache mit dem Konkursverwalter Sorgfaltspflichten gegenüber der Klägerin oder dem Hauptschuldner verletzt und müsse sich deshalb so behandeln lassen, als hätte sie die Mehrwertsteuerbeträge als Teil des Verwertungserlöses erhalten. Eine Vertragsverletzung gegenüber der Klägerin liegt nicht vor. Der Sicherungsvertrag begründet zwar ein Treuhandverhältnis, das den Sicherungsnehmer verpflichtet, bei der Verwertung der vom Sicherungsgeber gestellten Sicherheit dessen Interessen angemessen zu berücksichtigen, insbesondere eine möglichst günstige Verwertung der Sicherheit anzustreben. Im vorliegenden Fall macht die Klägerin jedoch nicht geltend, die Beklagte habe die von ihr als Sicherheit bestellte Grundsschuld unwirtschaftlich verwertet; sie wirft der Beklagten vielmehr vor, diese habe auf einen Teil des Verwertungserlöses aus anderen, vom Hauptschuldner gestellten Sicherheiten verzichtet. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ergibt sich daraus nicht, daß die Beklagte den mit der Klägerin geschlossenen Sicherungsvertrag verletzt hat.

Dem Gläubiger einer Sicherungsgrundsschuld obliegen gegenüber dem Sicherungsgeber in der Regel keine Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Verwertung von Sicherheiten, die ein Dritter, sei es auch der Schuldner der gesicherten

Forderungen, gestellt hat. Grundsätzlich ist der Sicherungsnehmer daher nicht gehindert, diese anderen Sicherheiten ganz oder teilweise freizugeben. Die §§ 776, 1165 BGB sind insoweit weder unmittelbar noch entsprechend zugunsten des Eigentümers des mit der Sicherungsgrundschuld belasteten Grundstücks anwendbar. Eine Verpflichtung, auf andere Sicherheiten oder den Erlös aus deren Verwertung nicht zu verzichten, besteht für den Grundschuldgläubiger gegenüber dem Eigentümer des belasteten Grundstücks in der Regel nur dann, wenn sich dies aus dem zugrunde liegenden Sicherungsvertrag ergibt. Das aber hat das Berufungsgericht im vorliegenden Fall nicht festgestellt. Im übrigen gilt für den Grundschuldgläubiger nur der für Sicherungsnehmer allgemein gültige Grundsatz, daß er bei der Verwertung anderer Sicherheiten nicht willkürlich zum Schaden des Sicherungsgebers handeln darf, der ihm die Grundschuld eingeräumt hat (vgl. für die Bürgschaft BGHZ 78, 137, 143 f; Senatsurt. v. 16. Februar 1984 - IX ZR 106/83, NJW 1984, 2455, 2456; für die Gesamtgrundschuld Senatsurt. v. 22. Januar 1987 - IX ZR 100/86, WM 1987, 356, 358). Weder die Feststellungen des Berufungsgerichts noch der Vortrag der Klägerin ergeben, daß die Beklagte bei ihrer Vereinbarung mit dem Konkursverwalter willkürlich zum Nachteil der Klägerin gehandelt hat.

Eine willkürliche Schädigung der Klägerin liegt nicht darin, daß die Beklagte mit dem Konkursverwalter eine freihändige Veräußerung der zur Konkursmasse gehörenden Grundstücke vereinbart und dabei dem Konkursverwalter zugestanden hat, die Mehrwertsteuer zur Konkursmasse zu ziehen. Vielfach läßt sich auf diesem Wege auch unter

Berücksichtigung des Umstandes, daß ein Teil des Erlöses in die Konkursmasse fließt, für den Sicherungsnehmer ein besseres Verwertungsergebnis erzielen als im Wege einer Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, die die Beklagte ohne Vereinbarung mit dem Konkursverwalter hätte durchführen können (§§ 4, 47 KO). Das Berufungsgericht stellt nicht fest und die Klägerin trägt auch nicht vor, daß der Konkursverwalter ohne dieses Zugeständnis der Beklagten zu einer freihändigen Verwertung der Grundstücke bereit gewesen wäre. Für das Revisionsverfahren muß deshalb unterstellt werden, daß der Konkursverwalter nur zu den von der Beklagten vorgetragenen Bedingungen bereit war, die freihändige Veräußerung des zur Konkursmasse gehörenden Grundbesitzes des Hauptschuldners vorzunehmen. Bei dieser Sachlage könnte die Vereinbarung mit dem Konkursverwalter allenfalls dann pflichtwidrig sein, wenn die Beklagte im Falle einer Zwangsverwertung der Grundstücke mit hinreichender Sicherheit einen höheren Erlös als 15.800.000 DM erwarten konnte. Das ergibt sich weder aus den Feststellungen des Berufungsgerichts noch aus dem Vortrag der Klägerin.

In diesem Zusammenhang ist noch auf folgendes hinzuweisen: Während bei der Verwertung von beweglichem Sicherungsgut durch den Konkursverwalter grundsätzlich Mehrwertsteuer anfällt, ist dies bei der Verwertung von Grundstücken anders. Nach dem hier anwendbaren § 4 Nr. 9 a UStG 1980 sind Umsätze, die unter das Grunderwerbssteuergesetz fallen, umsatzsteuerfrei. Sie werden nach § 9 UStG 1980 erst dadurch mehrwertsteuerpflichtig, daß der Konkursverwalter die Veräußerung der Grundstücke als umsatzsteuerpflichtig behandelt. Die Entstehung der Mehrwertsteuerpflicht und

damit auch die Verpflichtung des Grundstückskäufers, einen entsprechenden Mehrwertsteuerbetrag als Bestandteil des Kaufpreises zu zahlen, ist mithin vom Willen des Konkursverwalters abhängig. Auch deshalb kann es nicht als willkürlich angesehen werden, daß sich die Beklagte auf die Bedingung des Konkursverwalters eingelassen hat, die Mehrwertsteuer müsse der Konkursmasse zufließen. Ob eine Verletzung des Willkürverbots dann in Betracht zu ziehen wäre, wenn ohne die Mehrwertsteuerpflicht im übrigen ein höherer Verkaufserlös zu erzielen gewesen wäre, kann offen bleiben. Denn ein solcher Sachverhalt ist weder festgestellt noch vorgetragen. Er kann auch nicht unterstellt werden. Die Grundstücke wurden an Unternehmer verkauft, die zum Vorsteuerabzug berechtigt waren. Für sie war die Mehrwertsteuer ein abzugsfähiger Rechnungsposten. Deshalb kann nicht vorausgesetzt werden, daß sie bereit gewesen wären, bei Wegfall der Mehrwertsteuer einen entsprechend höheren Kaufpreis zu entrichten.

cc) Die Auffassung des Berufungsgerichts läßt sich in diesem Punkt auch nicht mit der Begründung halten, die Beklagte habe mit dem Verzicht auf einen Teil des Verwertungserlöses den mit dem Hauptschuldner abgeschlossenen Sicherungsvertrag verletzt und darauf könne sich die Klägerin gegenüber der Beklagten berufen. Die Beklagte hat durch die Absprache mit dem Konkursverwalter den mit dem Hauptschuldner geschlossenen Sicherungsvertrag nicht verletzt. Das folgt schon daraus, daß der Konkursverwalter, auf den mit der Konkurseröffnung die Verwaltung des Vermögens des Hauptschuldners übergegangen war (§ 6 KO), den vom Hauptschuldner früher abgeschlossenen Sicherungsvertrag

durch Vereinbarung mit der Beklagten abändern konnte. Das ist aber nach der hier zu unterstellenden Darstellung der Beklagten durch die Vereinbarung über die Aufteilung des Erlöses aus den Grundstücksverkäufen geschehen.

dd) Unrichtig ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts, daß sich die Beklagte den Kaufpreisanteil von 200.000 DM, der neben der Mehrwertsteuer in die Konkursmasse gezahlt werden sollte, im Verhältnis zur Klägerin auf die gesicherte Forderung anrechnen lassen müsse. Die Begründung, die Vergütung des Konkursverwalters bestimme sich nach § 85 KO und werde vom Konkursgericht, nicht aber im Rahmen eines Grundstückskaufvertrages festgesetzt, trägt nicht. Das Berufungsgericht verkennt, daß die Entschädigung von 200.000 DM nach dem Vortrag der Beklagten, der mangels abweichender Feststellungen für das Revisionsverfahren als richtig zu unterstellen ist, nicht dem Konkursverwalter persönlich, sondern der Konkursmasse zufließen sollte. Mit der Vergütung des Konkursverwalters hat dieser Kaufpreisanteil nichts zu tun. Im übrigen gelten für diesen Kaufpreisanteil die vorstehenden Erwägungen zur Mehrwertsteuer - mit Ausnahme der an §§ 4 Nr. 9 a, 9 UStG 1980 anknüpfenden Überlegung - entsprechend.

ee) Für das Revisionsverfahren ist danach davon auszugehen, daß der Beklagten gegen den Hauptschuldner noch eine Restforderung von 1.659.829,91 DM zuzüglich inzwischen aufgelaufener Zinsen zusteht. Die weiteren Einwände der Klägerin gegen die Höhe dieser Forderung müssen im Revisionsverfahren unberücksichtigt bleiben, weil das Berufungsgericht dazu keine Feststellungen getroffen hat.

3. In einer Hilfserwägung führt das Berufungsgericht aus, die Klage sei begründet und die Widerklage unbegründet, weil die Beklagte aus der Sicherungsvereinbarung mit der Klägerin vom 12. Mai 1980 sowie der ihr beigefügten Zweck-erklärung keine Rechte herleiten könne. Allein aufgrund dieser Abreden hafte die Klägerin mit der an ihren Grundstücken eingeräumten Grundschuld unbeschränkt für die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners. Nach den zuvor geschlossenen Vereinbarungen der Parteien habe die Klägerin dagegen nur haften sollen, wenn die Beklagte bei der Verwertung der Grundstücke des Hauptschuldners in bestimmter Weise ausfalle. Unstreitig sei ein Ausfall der Beklagten im Sinne dieser früheren Vereinbarungen nicht eingetreten.

Nach der ursprünglichen Vereinbarung im Bürgschaftsvertrag vom 25. Juli 1977 habe die Klägerin nur in Anspruch genommen werden können, wenn die Beklagte bei der Verwertung der auf dem Grundbesitz des Hauptschuldners in Hemer eingetragenen erstrangigen Grundschuld in Höhe von 2 Mio. DM zuzüglich Zinsen nicht voll befriedigt worden wäre, das heißt, wenn ein Erlös von 2 Mio. DM zuzüglich Zinsen nicht erzielt worden wäre. Durch die Vereinbarung vom 16. September 1977 sei diese Ausfallhaftung nur dahin geändert worden, daß die Klägerin erst gehaftet hätte, wenn die Beklagte aus der Grundschuld weniger als 3.400.000 DM erlöst hätte. Daran habe die Vereinbarung vom 30. November 1977 nach ihrem eindeutigen Wortlaut nichts geändert. Auch nach dieser Vereinbarung habe die Klägerin aus der Bürgschaft erst dann in Anspruch genommen werden können, wenn die Verwertung der an den Grundstücken des Hauptschuldners eingetragenen Grundschulden nicht einen Betrag von

3.400.000 DM nebst Zinsen erbrächte. Zwar habe der Zeuge Gödde bekundet, daß durch die Vereinbarung vom 30. November 1977 eine uneingeschränkte Haftung der Klägerin in Höhe von 1.000.000 DM begründet worden sei. Dies habe der Zeuge aber bei dem eindeutigen Wortlaut der Erklärung nicht näher zu erläutern vermocht. Nach diesem sei für die Klägerin lediglich eine Verschlechterung dahin eingetreten, daß bei einer etwaigen Inanspruchnahme aus der Bürgschaft ihr Rückgriffsanspruch gegen den Hauptschuldner nur noch in Höhe von 1 Mio. DM gesichert gewesen sei. Wenn die Beklagte trotz dieser eindeutigen Sachlage von einer uneingeschränkten Haftung der Klägerin ausgegangen sei, könne dies nur auf einem Irrtum der Beklagten beruhen. Der Zeuge Gödde habe zwar bekundet, daß auch die Klägerin und der Hauptschuldner von einer uneingeschränkten Haftung der Klägerin in Höhe von 1 Mio. DM ausgegangen seien. Für diese Annahme habe der Zeuge aber keine Tatsachen angeben können. Angesichts des eindeutigen und klaren Wortlauts der Erklärung vom 30. November 1977 könne es sich nur um eine Vermutung des Zeugen handeln, der keine Bedeutung beigemessen werden könne.

Danach sei erst durch die Vereinbarungen vom 12. Mai 1980 eine deutliche Verschärfung der Haftung der Klägerin herbeigeführt worden. Denn nunmehr habe die Klägerin in Höhe von 1 Mio. DM nebst Zinsen ohne Rücksicht darauf gehaftet, welche Erlöse die Verwertung der Grundschulden an den Grundstücken des Hauptschuldners in Hemer erbrächte. Für die Beklagte seien dagegen durch die Vereinbarung vom 12. Mai 1980 erhebliche Vorteile entstanden. Denn gegenüber dem Jahr 1977 hätten die belasteten Grundstücke des Hauptschuldners

durch die fortschreitende Bebauung an Wert gewonnen. Damit habe aber die Bürgschaftserklärung der Klägerin an wirtschaftlichem Wert verloren, weil das Risiko, bei einer Verwertung der Grundstücke des Hauptschuldners weniger als 3.400.000 DM zu erzielen, immer geringer geworden sei. Auf die erhebliche Verschlechterung ihrer Haftungsverpflichtung habe die Beklagte die Klägerin vor der Unterzeichnung der Vereinbarungen vom 12. Mai 1980 nicht hingewiesen. Zu einem solchen Hinweis sei die Beklagte aber bei Berücksichtigung der Sach- und Rechtslage nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen. Der Beklagten habe bewußt sein müssen, daß die Klägerin sich nicht in eine uneingeschränkte Haftung habe drängen lassen wollen. So habe die Klägerin auf die Vorschläge der Beklagten vom 11. April 1980 nicht reagiert. Der Zeuge Gö[REDACTED] habe bekundet, daß mit dem Hauptschuldner längere Verhandlungen geführt worden seien, um eine diesen Vorschlägen entsprechende Vereinbarung zu treffen. Der Hauptschuldner habe jedoch darauf hingewiesen, daß eine solche Vereinbarung von der Klägerin selbst unterschrieben werden müsse. Es habe deshalb in hohem Maße Treu und Glauben entsprochen, die Klägerin vor der Unterzeichnung der Vereinbarungen vom 12. Mai 1980 darauf hinzuweisen, daß sie sich nunmehr einer unbeschränkten Haftung in Höhe von 1 Mio. DM nebst Zinsen unterworfen habe. Die unterlassene Aufklärung durch die Beklagte stelle eine schuldhafte positive Vertragsverletzung dar. Wäre die Aufklärung erfolgt, wäre es zur Unterzeichnung der Vereinbarungen vom 12. Mai 1980 nicht gekommen. Die Beklagte habe keine Anhaltspunkte dafür darge-
tan, daß die Klägerin die Vereinbarungen auch bei Kenntnis der erheblichen Verschlechterung ihrer Haftungslage unterschrieben hätte. Daraus folge, daß sich die Beklagte auf diese Vereinbarungen nicht berufen könne.

Danach könne dahingestellt bleiben, ob die Vereinbarungen vom 12. Mai 1980 bei dem festgestellten Sachverhalt gemäß § 138 BGB nichtig seien. Insbesondere sei nicht näher auf die eigenartig anmutenden Umstände einzugehen, die bei der Unterschriftsleistung mitgespielt hätten. Die Klägerin sei in der Mittagszeit in ihrer Wohnung in Abwesenheit ihres Ehemannes von dem Zeugen zur Unterzeichnung der Urkunden bewogen worden.

Ebenso könne die Frage offen gelassen werden, ob nicht jedenfalls die Voraussetzungen des § 123 BGB bejaht werden müßten, weil der Klägerin die erhebliche Verschlechterung ihrer Haftungslage verschwiegen worden sei; deshalb komme es nicht darauf an, ob die Anfechtungsfrist gewahrt sei.

Schließlich könne dahingestellt bleiben, ob die §§ 3, 9 AGBG Anwendung finden müßten. Die Zweckerklärung vom 12. Mai 1980 stelle einen Formularvertrag dar. Der Umstand, daß die Zweckerklärung und die Vereinbarung vom 12. Mai 1980 eine Einheit bildeten, lege es nahe, insoweit insgesamt die Bestimmungen des AGB-Gesetzes anzuwenden. Dann aber spreche alles dafür, daß hier die Voraussetzungen der §§ 3, 9 AGBG vorlägen.

Auch diese Hilfserwägungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Nach dem Inhalt der schriftlichen Vereinbarung der Parteien vom 12. Mai 1980 dient die Grundsuld an den Grundstücken der Klägerin zur Sicherung für alle bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen

der Beklagten gegen den Hauptschuldner. Dasselbe ergibt sich aus der formularmäßigen Zweckerklärung für Grundschulden, die die Klägerin am selben Tage unterzeichnet hat. Nach dem Inhalt dieser Vereinbarungen haftet also die Klägerin mit ihren Grundstücken in Höhe des Grundschuldbetrages nebst Zinsen ohne weitere Einschränkung für alle noch bestehenden Forderungen der Beklagten gegen den Hauptschuldner aus der früheren Geschäftsverbindung.

b) Die Vereinbarung der Parteien über den Umfang der Haftung der Klägerin für die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners ist nicht, wie das Berufungsgericht andeutet, nach den §§ 3, 9 AGBG unwirksam. Die Abrede, daß die Grundschuld von 1 Mio. DM nebst Zinsen zur Sicherheit für alle bestehenden und künftigen Forderungen der Beklagten gegen den Hauptschuldner diene, ergibt sich nicht erst aus der formularmäßigen Zweckerklärung für Grundschulden vom 12. Mai 1980, sondern ist bereits in der einzelvertraglichen Vereinbarung der Parteien vom selben Tage enthalten. Auf diesen Individualvertrag sind die Vorschriften des AGB-Gesetzes nicht anwendbar (§ 1 AGBG). Die einzelvertragliche Abrede wird nicht etwa dadurch zu einer den Vorschriften des AGB-Gesetzes unterliegenden Formularerklärung, weil sie auf die formularmäßige Zweckerklärung vom 12. Mai 1980 verweist. Die Verweisung betrifft nur den weiteren Inhalt des Sicherungsvertrages, auf dessen Einzelheiten es im vorliegenden Zusammenhang nicht ankommt. Selbst wenn die formularmäßigen Abreden ganz oder teilweise wegen Verstoßes gegen das AGB-Gesetz unwirksam wären, würde dies die Wirksamkeit der einzelvertraglich getroffenen Sicherungsabrede nicht berühren (vgl. § 6 AGBG).

c) Die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben nicht, daß die Klägerin den Sicherungsvertrag vom 12. Mai 1980 wirksam wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) angefochten hat. Zur Begründung der Anfechtung hat die Klägerin vorgetragen, die Beklagte habe mit dem Hauptschuldner als Vertreter der Klägerin am 7. Mai 1980 vereinbart, daß die Grundschuld am Grundstück der Klägerin nur für den Fall als Sicherheit dienen solle, daß die Beklagte aus der Verwertung der an den Grundstücken des Hauptschuldners in H bestellten Grundschulden weniger als 7,8 Mio. DM erlöse. Als der Sachbearbeiter Gö der Beklagten am 12. Mai 1980 bei der Klägerin zur Unterzeichnung der schriftlichen Vereinbarungen erschienen sei, habe er ihr erklärt, der Inhalt der von der Beklagten verfaßten Urkunden entspreche den Vereinbarungen vom 7. Mai 1980. Daraufhin habe sie, die Klägerin, die Schriftstücke unterzeichnet, ohne zu bemerken, daß nach dem schriftlichen Vertragstext nicht nur die am 7. Mai 1980 mündlich verabredete Ausfallhaftung vereinbart worden sei. Diesen von der Beklagten bestrittenen Vortrag, aus dem sich eine zur Anfechtung berechtigende Täuschung der Klägerin durch einen Vertreter der Beklagten ergeben kann, hat das Landgericht als nicht bewiesen angesehen. Das Berufungsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen. Es zieht vielmehr nur in Erwägung, die Beklagte könne die Klägerin dadurch arglistig getäuscht haben, daß sie ihr die erhebliche Verschlechterung der Haftungslage durch die Vereinbarungen vom 12. Mai 1980 verschwiegen habe. Diese Erwägung trifft indessen nicht zu, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

d) Die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben nämlich nicht, daß die Beklagte anläßlich der Unterzeichnung der Vereinbarungen vom 12. Mai 1980 Aufklärungspflichten gegenüber der Klägerin verletzt hat. Die Klägerin hatte am 25. Juli 1977 gegenüber der Beklagten die Bürgschaft für die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners bis zum Betrage von 2 Mio. DM übernommen und diese Bürgschaft mit einer Grundschuld an ihren Grundstücken in dieser Höhe unterlegt. Daran hatte sich durch die Vereinbarungen vom 16. September 1977 und 30. November 1977 im Grundsatz nichts geändert. Eine grundlegende Änderung sollten erst die Vereinbarungen vom 12. Mai 1980 herbeiführen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war die Beklagte aufgrund des Bürgschaftsverhältnisses nicht verpflichtet, die Klägerin über den Umfang des mit den Vereinbarungen vom 12. Mai 1980 übernommenen Haftungsrisikos aufzuklären. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Senats, daß dem Gläubiger gegenüber dem Bürgen eine solche Aufklärungspflicht ausnahmsweise nur dann obliegt, wenn er durch sein Verhalten erkennbar einen Irrtum des Bürgen über dessen erhöhtes Risiko veranlaßt hat (Senatsurt. v. 17. Oktober 1985 - IX ZR 168/84, WM 1986, 11). Dieser Grundsatz gilt auch für den hier zu beurteilenden Fall, daß die Bürgschaftshaftung durch Vertrag aufgehoben und durch eine Grundschuldhaftung für die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners ersetzt werden soll. Das Berufungsgericht stellt nicht fest, daß die Beklagte einen Irrtum der Klägerin über das mit den Vereinbarungen vom 12. Mai 1980 gesicherte Risiko veranlaßt hat. Es geht zutreffend davon aus, daß die Beklagte schon in ihrem Schreiben vom 11. April 1980 der Klägerin einen Vorschlag unterbreitet hatte, der dem Inhalt der Verein-

barungen vom 12. Mai 1980 entspricht. Daß sie diesen Vorschlag - wie die Klägerin behauptet - in den Vorgesprächen am 7. Mai 1980 geändert oder daß der Sachbearbeiter Gödde der Beklagten die Klägerin vor der Unterzeichnung der Vereinbarungen am 12. Mai 1980 über das Haftungsrisiko falsch informiert hätte, stellt das Berufungsgericht nicht fest. Insbesondere ergibt sich aus seinen Feststellungen nicht, daß die Beklagte der Klägerin Anlaß zu der Annahme gegeben hat, entgegen dem schriftlichen Vertragstext werde nur eine Ausfallhaftung der Klägerin begründet. Daß frühere Vereinbarungen der Parteien im wirtschaftlichen Ergebnis lediglich zu einer Ausfallhaftung der Klägerin führten, begründete für sich allein noch keine Hinweispflicht der Beklagten. Schon deshalb ist die Annahme des Berufungsgerichts, der Klägerin stehe gegen die Beklagte ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung zu, den sie einredeweise der Grundsuld der Beklagten entgegensetzen könne, nicht gerechtfertigt.

e) Aus denselben Erwägungen scheidet die vom Berufungsgericht angedeutete Möglichkeit aus, daß die Vereinbarungen vom 12. Mai 1980 wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht durch die Beklagte nach § 138 BGB nichtig oder nach § 123 BGB anfechtbar sein könnten. Der Umstand allein, daß der Sachbearbeiter Gödde der Beklagten die Klägerin zur Unterzeichnung der Vereinbarungen aufgesucht hat, als der Hauptschuldner nicht anwesend war, vermag den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht zu begründen. Das Berufungsgericht führt aus, der Hauptschuldner habe der Beklagten bedeutet, sie müsse die angestrebte Vereinbarung mit der Klägerin selbst treffen. Bei dieser Sachlage mutet es keineswegs

eigenartig an, daß der Zeuge Gö[REDACTED] die Klägerin in Abwesenheit des Hauptschuldners aufgesucht hat; das erklärt sich vielmehr zwanglos daraus, daß der Hauptschuldner nach seiner Zeugenaussage in dieser Zeit ortsabwesend war.

f) Davon abgesehen, beruht die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe die Klägerin über den Umfang des mit der Vereinbarung vom 12. Mai 1980 übernommenen Haftungsrisikos aufklären müssen, auf der Annahme, erst durch diese Vereinbarung habe sich das Haftungsrisiko der Klägerin entscheidend verschlechtert. Dagegen wendet sich die Revision ebenfalls zu Recht. Das Berufungsgericht stützt sich allein auf den vermeintlich eindeutigen Wortlaut der Erklärungen, die die Beklagte am 25. Juli, 16. September und 30. November 1977 der Bürgschaftsurkunde beigelegt hat, und prüft lediglich, ob die Aussage des Zeugen Gö[REDACTED] geeignet ist, diesen eindeutigen Wortlaut zu entkräften. Damit hat das Berufungsgericht anerkannte Auslegungsgrundsätze verletzt. Es vernachlässigt nämlich die Bedeutung, die die Vertragsparteien selbst ihren Erklärungen beigelegt haben (BGHZ 86, 41, 46; BGH, Urt. v. 26. Oktober 1983 - IVa ZR 80/82, NJW 1984, 721; Senatsurt. v. 23. Januar 1986 - IX ZR 46/85, NJW 1986, 1681, 1683), sowie den wirtschaftlichen Hintergrund und die Begleitumstände der Erklärungen, die im wesentlichen unstreitig sind.

Die Klägerin hat die Höchstbetragsbürgschaft vom 25. Juli 1977 über 2 Mio. DM zuzüglich Nebenleistungen übernommen und mit einer Grundschuld in gleicher Höhe unterlegt, weil der Hauptschuldner einen über den Anlaufkredit von

6 Mio. DM hinausgehenden Kredit benötigte, für den die Beklagte durch die Grundschulden von 10 Mio. DM, die der Hauptschuldner ihr an seinen Grundstücken im Umlegungsgebiet von He~~...~~ bestellt hatte, nicht satzungsmäßig abgesichert war. Um der Klägerin entgegenzukommen und ihre Haftung abzumildern, vereinbarten die Parteien, daß die Beklagte einen erstrangigen Teilbetrag von 2 Mio. DM aus diesen Grundschulden treuhänderisch als Sicherheit für einen etwaigen Rückgriffsanspruch der Klägerin gegen den Hauptschuldner halten wolle. Diese Vereinbarung bildete die Grundlage für die Verpflichtungserklärung der Beklagten in der Bürgschaftsurkunde vom 25. Juli 1977. Für den Fall, daß der dem Hauptschuldner gewährte Kredit notleidend werden sollte, war die Beklagte nach dem Inhalt dieser Erklärung verpflichtet, zunächst die Grundschulden an den Grundstücken des Hauptschuldners in H~~...~~ zu verwerten; erst wenn die Beklagte dabei aus dem für die Klägerin treuhänderisch gehaltenen Grundschuldteilbetrag von 2 Mio. DM nicht voll befriedigt würde, sollte die Bürgschaft in Anspruch genommen werden. Nach dem unstreitigen Parteivortrag hat sich daran durch die Vereinbarung vom 16. September 1977 nur insoweit etwas geändert, als nunmehr der treuhänderisch für die Klägerin gehaltene Grundschuldteilbetrag erst hinter einem Teilbetrag von 1,4 Mio. DM rangieren sollte, den die Beklagte aufgrund einer ähnlichen Vereinbarung mit der Schwiegermutter der Klägerin nunmehr treuhänderisch für diese hielt. Das Berufungsgericht nimmt zutreffend an, daß die Bürgschaft nach diesen Vereinbarungen im wirtschaftlichen Ergebnis nur eine Ausfallhaftung der Klägerin begründete. Von Auslegungsfehlern beeinflusst ist indessen seine Ansicht, dabei sei es auch nach der Vereinbarung vom

30. November 1977 uneingeschränkt geblieben. Dort haben die Parteien nämlich vereinbart, daß die Beklagte aus dem für die Klägerin treuhänderisch gehaltenen Grundschuldteilbetrag einen Anteil von 1 Mio. DM zur Sicherung eines weiteren Kredits des Hauptschuldners an die C [REDACTED] abtrete. Diese Vereinbarung änderte, was das Berufungsgericht nicht beachtet, nichts daran, daß die Klägerin aufgrund der Bürgschaft nach wie vor bis zum Höchstbetrag von 2 Mio. DM zuzüglich Nebenleistungen für die Kreditverbindlichkeiten des Hauptschuldners haftete. Demgegenüber belief sich der Grundschuldteilbetrag, den die Beklagten nunmehr noch treuhänderisch für sie hielt, nur noch auf 1 Mio. DM zuzüglich Zinsen. Solange der Hauptschuldner seine Verbindlichkeiten gegenüber der Beklagten nicht zurückführte, sondern im Gegenteil ausweitete, hatte dies zur Folge, daß die Klägerin aus der Bürgschaft im Rahmen des vereinbarten Höchstbetrages von 2 Mio. DM zuzüglich Nebenleistungen haftete und durch Verwertung des treuhänderisch für sie gehaltenen Grundschuldteilbetrages im günstigsten Falle in Höhe von 1 Mio. DM zuzüglich Grundschuldzinsen von dieser Haftung frei werden konnte. Das bedeutet, daß sie im wirtschaftlichen Ergebnis schon seit der Vereinbarung vom 30. November 1977 für einen Teilbetrag ihrer Bürgschaftsverpflichtung von rund 1 Mio. DM über keine Rückabsicherung an den Grundstücken des Hauptschuldners mehr verfügte. In diesem Umfang war ihre Bürgschaftshaftung nicht mehr nur Ausfallhaftung. Dies ist der vom Berufungsgericht vermißte tatsächliche Hintergrund für die Auffassung des Zeugen GÖ [REDACTED], daß die Klägerin seit der Vereinbarung vom 30. November 1977 in Höhe von 1 Mio. DM "unbeschränkt" gehaftet habe. Aus dem Vortrag der Klägerin in der Klageschrift ergibt sich, daß sie selbst diese Ver-

einbarung so verstanden hat. Die Auslegung der Erklärung vom 30. November 1977 durch das Berufungsgericht führt dagegen zu einem ganz anderen Ergebnis: Danach wäre nämlich die Klägerin von jeder Bürgenhaftung frei geworden, wenn bei einer Verwertung der Grundstücke des Hauptschuldners die erstrangig eingetragenen Grundpfandrechtsbeträge von 3,4 Mio. DM befriedigt worden wären, von denen lediglich 1 Mio. DM für Rechnung der Klägerin gehalten wurden. Die Beklagte hätte mithin im wirtschaftlichen Ergebnis durch die Vereinbarung vom 30. November 1977 auf den weiteren Bürgschaftsbetrag von 1 Mio. DM verzichtet. Daß dies gewollt gewesen sei, hat selbst die Klägerin nicht behauptet. Durch die Vereinbarung vom 30. November 1977 sollte die Bürgschaft der Klägerin nicht eingeschränkt werden; alle Beteiligten gingen im Gegenteil davon aus, daß sich das Haftungsrisiko der Klägerin erhöhe. Diesen Hintergrund der Vereinbarung vom 30. November 1977 hat das Berufungsgericht außer acht gelassen. Seine Auslegung kann darum der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden. Vielmehr ist für das Revisionsverfahren davon auszugehen, daß die Klägerin seit der Vereinbarung vom 30. November 1977 mit einem Teilbetrag ihrer Bürgschaft von rund 1 Mio. DM ohne Rückabsicherung an den Grundstücken des Hauptschuldners haftete und insoweit eine Ausfallhaftung nicht mehr gegeben war. Dann aber wurde die Haftung der Klägerin durch die Vereinbarung vom 12. Mai 1980 entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht verschärft, sondern eingeschränkt. Damit entfällt die vom Berufungsgericht angenommene Grundlage für eine Aufklärungspflicht der Beklagten.

4. Da das Berufungsurteil auch nicht aus einem anderen Grunde richtig ist, andererseits der Sachverhalt für eine abschließende Entscheidung des Revisionsgerichts nicht genügend geklärt erscheint, muß das Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Fuchs

Henkel

Gärtner

Winter

Schmitz