

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 366 Abs. 2, 765, 242 Cd

Wer eine durch Bürgschaft gesicherte Forderung ankauft und Zahlungen des Hauptschuldners bei fehlender Tilgungsbestimmung als Leistung auf eigene, ungesicherte Forderungen entgegennimmt, handelt nicht willkürlich oder rechtsmißbräuchlich, wenn er damit seine berechtigten Belange wahrnimmt.

BGH, Urt. v. 12. Dezember 1985 - IX ZR 47/85 - OLG München
LG München II

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 47/85

URTEIL

Verkündet am:
12. Dezember 1985
Krämer
Justizsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Jonny W[REDACTED] KG, vertreten durch die persönlich haftenden
Gesellschafter Egon W[REDACTED] und Bernd W[REDACTED], G[REDACTED],
J[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Bernd Sch[REDACTED], L[REDACTED]straße [REDACTED], F[REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

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

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 1985 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Zorn, Fuchs, Gärtner und Dr. Graßhof

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden das Urteil des 25. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 12. Februar 1985 aufgehoben und das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts München II vom 23. November 1983 abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 5.035 DM nebst 9,5 % Zinsen vom 11. Februar 1983 bis 20. März 1983 und 8,5 % Zinsen ab 21. März 1983 zu zahlen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus abgetretenem Recht als Bürgen in Anspruch.

Der Beklagte ist Kommanditist der inzwischen in Konkurs



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gegangenen "SBG S [REDACTED]-B [REDACTED]-GmbH & Co 2. B [REDACTED] KG" (im folgenden SBG II), einer Abschreibungs-gesellschaft. Diese war Eigentümerin des Schiffes "Gabriele W [REDACTED]". Mit dessen Vercharterung war die Klägerin als Ver-tragsreeder betraut.

Im Jahre 1978 nahm die SBG II bei der Schn [REDACTED] & M [REDACTED] Bank (im folgenden SM-Bank) ein Finanzierungsdarle-hen über 1,1 Millionen DM auf. Der Kredit wurde durch Ein-tragung einer Schiffshypothek über 1 Million DM sowie einer Höchstbetragsschiffshypothek über 100.000 DM an MS Gabriele W [REDACTED] dinglich abgesichert, im Rang hinter einer Schiffs-hypothek über 4.260.000 DM zugunsten der D [REDACTED] Ba [REDACTED] (im folgenden D-Bank) und einer Höchstbetragsschiffshypothek über 426.000 DM zugunsten der Schi [REDACTED] zu Lü [REDACTED] (im folgenden SHL-Bank). Zugleich verbürgten sich 49 Kommanditisten der SBG II, darunter der Beklagte, für die Darlehensschuld gegenüber der SM-Bank in jeweils unter-schiedlicher Höhe. Der Beklagte unterzeichnete auf einem Vordruck der SM-Bank folgende Bürgschaftserklärung:

"1. Zur Sicherung aller bestehenden und künftigen -
auch bedingten oder befristeten - Ansprüche aus der
Geschäftsverbindung ... und der Ansprüche aus von
Dritten erworbenen Forderungen, Wechseln und Schecks
der SM-Bank
gegen SBG II
übernehme ich ...
die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Betrag
von

DM 5.035

...

3. Die Bürgschaft ist zeitlich nicht begrenzt.
...
6. Die Bank ist befugt, den Erlös von Sicherheiten sowie Zahlungen des Hauptschuldners oder anderer Verpflichteter zunächst auf den Betrag ihrer Ansprüche zu verrechnen, der die Bürgschaftssumme übersteigt.
...
9. Der Bürge verzichtet auf die Geltendmachung der ihm nach dem Gesetz zustehenden Einreden, insbesondere auf die Einreden nach §§ 770 und 771 BGB sowie auf die Rechte aus § 776 BGB; die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden (§ 768 BGB) kann der Bürge nur insoweit geltend machen, als sie unbestritten oder rechtskräftig festgestellt sind. Die Bank ist berechtigt, dem Hauptschuldner weitere Kredite zu gewähren, mit ihm Stundung zu vereinbaren, einen gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich über die verbürgte Forderung gegen den Hauptschuldner abzuschließen, ohne die Zustimmung des Bürgen hierzu einzuholen. Die Ansprüche der Bank gegen den Bürgen werden hierdurch nicht berührt.
...
11. Sollten einzelne Bestimmungen dieses Bürgschaftsvertrages nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sein bzw. nicht durchgeführt werden, so bleibt der Vertrag im übrigen wirksam. Soweit Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Bestimmungen ...".

Im Jahre 1980 wurde MS Gabriele W[REDACTED] von Gläubigern ihres amerikanischen Charterers über ein Jahr lang in Gu[REDACTED] festgehalten. Die SBG II war finanziell außerstande, das Schiff in dieser Zeit seeklar zu halten. Die Klägerin beglich daher die Heuer, einschließlich Sozialabgaben, Hafen-, Lade- und Löschkosten sowie verschiedene Reparaturrechnungen. Nachdem es der Klägerin gelungen war, das Schiff wieder frei zu bekommen, gab die SBG II ihr gegenüber am 9. März 1981 ein notariell beglaubigtes Schuldversprechen über 3 Millionen DM ab und bewilligte und beantragte zu ihren Gunsten die Eintragung einer Schiffshypothek in dieser Höhe an MS Gabriele W[REDACTED]. Die Eintragung erfolgte am 31. März 1981 im Rang nach den Schiffshypotheken zugunsten der SM-Bank.

Im Juni 1981 war die SBG II in Liquiditätsschwierigkeiten. Die Banken drohten, das Schiff zwangsversteigern zu lassen. Die Gesellschafter der SBG II beschlossen daher den Verkauf von MS Gabriele W[REDACTED]. Die Verkaufsverhandlungen der dazu von der SBG II beauftragten Klägerin führten am 22. Juni/17. Juli 1981 zum Abschluß eines Kaufvertrages. Das Schiff sollte Ende des Jahres 1981 frei von allen Belastungen und Schiffspfandrechten übergeben werden. Der Kaufpreis betrug nach Abzug der Gebühren eines Maklers 6.002.000 DM und sollte bei Übergabe des Schiffes auf ein Konto der SBG II bei der D-Bank gezahlt werden.

Der lastenfreie Eigentumsübergang wurde nach Absprachen zwischen der SBG II und ihren Gläubigerinnen, den Banken und der Klägerin, dadurch herbeigeführt, daß alle Gläubiger im voraus die Löschung ihrer Schiffshypothekenrechte bewillig-

ten. Die spätere Befriedigung der D-Bank und der mit ihr zusammenarbeitenden SHL-Bank wurde dadurch gewährleistet, daß der Kaufpreis auf ein Konto der SBG II bei der D-Bank zu überweisen war und die SBG II der D-Bank den unwiderruflichen Auftrag erteilte, aus dem Verkaufserlös an beide Banken insgesamt 3.219.733.03 DM auszuzahlen; in dieser Höhe waren die Hypotheken noch valutiert.

Den von der Klägerin und der SM-Bank erteilten Löschungsbewilligungen war folgendes vorausgegangen: Die SBG II und die Klägerin gingen davon aus, daß diese in Höhe von ca. 1,5 Millionen DM vorrangige Schiffsgläubigerrechte erworben habe. Darauf wies die Klägerin die SM-Bank in einem Telex am 7. Dezember 1981 hin. Sie legte ferner dar, daß der Kaufpreis des Schiffes daher die Forderungen der SM-Bank nicht in voller Höhe abdecke. Zur Ermöglichung einer reibungslosen Übergabe des Schiffes sei sie aber bereit, die Darlehensforderung der SM-Bank gegen die SBG II in Höhe von 1,2 Millionen DM gegen Abtretung aller Rechte zu übernehmen. Damit war die SM-Bank einverstanden. Diese erhielt vor Abgabe ihrer Löschungsbewilligung von der Bank der Klägerin eine fernschriftliche Zahlungsbestätigung. Am 11. Dezember 1981 wurden alle Schiffshypothekenrechte gelöscht. Der Kaufpreis stand am gleichen Tag auf dem Konto der SBG II bei der D-Bank in Höhe von 6.002.000 DM zur Verfügung. Aufgrund der Weisung der SBG II zog die D-Bank davon zunächst ihre Gebühren ab, schrieb sich und der SHL-Bank den valutierten Teil der erloschenen Schiffshypotheken gut und überwies den Rest von 2.772.266,97 DM an die Klägerin. Die entsprechende Gutschrift wurde dieser am 14. Dezember 1981 erteilt. Die Klägerin zahlte von dem ihr aus dem Kaufpreis zugeflossenen

Betrag 270.000 DM als Provision an einen von ihr namens der SBG II eingeschalteten Makler. Die restlichen 2.502.266,97 DM nahm sie als Zahlung auf ihre Forderung aus dem Schuldversprechen entgegen, das durch die erloschene Hypothek gesichert gewesen war.

Am 18. Dezember 1981 trat die SM-Bank ihre durch die 49 Bürgschaften gesicherte Darlehensforderung an die Klägerin ab. Diese zahlte daraufhin am 23. Dezember 1981 an die SM-Bank 1,2 Millionen DM.

Nach Anrechnung der aus dem Kaufpreis erhaltenen Zahlung und Erwerb der Darlehensforderung beziffert die Klägerin ihre Ansprüche gegen die SBG II noch mit 1.800.758,37 DM. Diese Summe hat die SBG II auch in ihre Bilanz per 31. Dezember 1981 als Schuldsaldo zugunsten der Klägerin eingestellt.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin von dem Beklagten als Bürgen der ihr abgetretenen Darlehensforderung Zahlung von 5.035 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht wies die Klage ab. Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos. Mit der zugelassenen Revision verfolgt sie ihren Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht meint, die von dem Beklagten übernommene Bürgschaft sei wirksam zustande gekommen. Auch wenn einem Bürgen formularmäßig ein weitgehender Verzicht auf Rechte und Einreden abverlangt werde, sei dies - wenn dabei die Akzessorietät der Bürgschaftsverbindlichkeit erhalten bleibe - keine unangemessene Benachteiligung, weil die Bürgschaft eine streng einseitige Verpflichtung darstelle. Das Berufungsgericht legt unter Bezugnahme auf die Begründung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs BGHZ 78, 137, 142, 143 dar, daß der Beklagte insbesondere auch wirksam auf die Rechte aus § 776 BGB verzichtet habe.

Das ist richtig. Dazu wird auch auf die nach Erlaß des Berufungsurteils ergangenen Entscheidungen des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 19. September 1985 - III ZR 114/83, ZIP 1985, 1257 (auch zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) und des Senats vom 7. November 1985 - IX ZR 40/85 (zur Veröffentlichung bestimmt) verwiesen.

II.

Die Klägerin ist am 18. Dezember 1981 durch Abtretung der Darlehensforderung der SM-Bank an sie gemäß §§ 398, 401 BGB Inhaberin der Bürgschaftsforderung gegen den Beklagten gewor-

den. Ihr Bürgschaftsanspruch kann durch Erfüllung der Hauptforderung erloschen sein, wenn die Zahlung der SGB II, die der Klägerin am 14. Dezember 1981 gutgeschrieben wurde, vorrangig nur die Forderungen der Klägerin tilgte, die Schiffsgläubigerrechte begründet hatten, und sie im übrigen zur Erfüllung der der Klägerin noch abzutretenden Darlehensforderung der SM-Bank bereitgehalten wurde. Dies geschah nicht; die SGB II hatte auch keine Anrechnungsbestimmung getroffen. Die Gutschrift tilgte daher gemäß § 366 Abs. 2 BGB die Forderungen der Klägerin und nicht den erst am 18. Dezember 1981 abgetretenen, vom Beklagten verbürgten Anspruch. Davon geht auch das Berufungsgericht aus.

III.

Der Berufungsrichter meint aber, die Klägerin könne den Bürgschaftsanspruch nicht geltend machen, weil sie wegen zweifachen Verstoßes gegen vertragliche Verpflichtungen dem Beklagten die Freistellung aus der Bürgschaft schulde.

Die Klägerin habe die für die verbürgte Darlehensforderung bestellten Schiffshypotheken willkürlich freigegeben und könne sich daher nicht auf den vereinbarten Ausschluß des § 776 BGB berufen. Sie sei infolge der Abtretung vom 18. Dezember 1981 als Rechtsnachfolgerin der SM-Bank in drei in sich zusammenhängende und eng miteinander verknüpfte Rechtspositionen eingetreten. Sie sei Gläubigerin der Darlehensforderung über 1,2 Millionen DM, einer Schiffshypothek in gleicher Höhe und der 49 Bürgschaften geworden. Durch diese Abtretung habe die Klägerin keine bessere Rechtsstel-

lung erlangen können, als sie die SM-Bank gehabt habe. Dieser hätten aber über das doppelt gesicherte Darlehen von 1,2 Millionen DM hinaus keine weiteren Forderungen zugestanden, auf die sie, wäre sie Gläubigerin gewesen, den Verkaufserlös des Schiffes hätte verrechnen können. Da ihre Geschäftsverbindung mit der SBG II auch nicht habe fortgesetzt werden sollen, hätten für sie keine wirtschaftlich zwingenden Gründe bestanden, den Verkaufserlös nicht auf die Darlehensforderung, deren vorrangige Sicherung durch die Schiffshypotheken der SM-Bank aufgegeben worden sei, anzurechnen. Auch wenn die Klägerin sich wegen vorrangiger Schiffsgläubigerrechte habe vorab befriedigen können, wäre der Kaufpreis zur Tilgung der vollen Darlehensforderung der SM-Bank ausreichend gewesen. Die Klägerin habe zwar bevorrechtigte Forderungen in Höhe von 1.519.575,90 DM behauptet, aber nur im Umfang von 1.304.819,08 DM bewiesen. Mit dem der Klägerin zugeflossenen Betrag von über 2,7 Millionen DM hätte daher auch noch die Darlehensforderung der SM-Bank befriedigt werden können. Dies zeige, daß die Bürgen ohne die Ablösung des Darlehens durch die Klägerin ihre Inanspruchnahme nicht zu befürchten gehabt hätten. Es habe daher weder ihren Interessen noch denen der SBG II entsprochen, daß die Klägerin die mögliche Erfüllung der Darlehensforderung umgangen habe, indem sie sich zur Gläubigerin des Bankdarlehens und seiner Sicherheiten gemacht habe, um diese anschließend für eigene Forderungen zu verwerten. Der Beklagte sei durch dieses Verhalten geschädigt worden, ohne daß dem ein wirtschaftlicher Vorteil auf Seiten der SBG II entsprochen habe. Diese sei damit in ihrer Haftung gegenüber der Klägerin in keiner Weise entlastet worden. Die Aktion habe allein der Klägerin zum Vorteil gereicht, so daß ihr

Verhalten gegenüber der SBG II und dem Bürgen objektiv als eigenmächtig und willkürlich zu qualifizieren sei.

Die Klägerin habe eine Pflichtwidrigkeit begangen, weil sie durch die Verrechnung des aus dem Kaufpreis erhaltenen Betrages mit ihren eigenen Forderungen gegen ihre treuhänderische Bindung als Verkaufsagentin der SBG II verstoßen habe.

Dem kann nicht gefolgt werden.

1. Der Berufungsrichter geht schon von einem unzutreffenden rechtlichen Ansatz aus. Seine Auffassung, die Klägerin habe als Rechtsnachfolgerin der SM-Bank drei Positionen erworben, nämlich die Darlehensforderung, die Schiffshypotheken und 49 Bürgschaften, ist unrichtig. Die Schiffshypotheken wurden nach entsprechender Bewilligung der SM-Bank bereits am 11. Dezember 1981 gelöscht. Erst am 18. Dezember 1981 hat die SM-Bank aber die Darlehensforderung samt den hierfür bestellten Bürgschaften an die Klägerin abgetreten. Diese ist daher nie Inhaberin der der SM-Bank bestellten Schiffshypotheken geworden. Diese Rechte hat somit nicht die Klägerin, sondern schon die SM-Bank aufgegeben.

2. Allerdings könnte sich der Beklagte gegenüber der Klägerin gemäß § 404 BGB auch darauf berufen, daß die SBG II als Zedentin von Haupt- und Bürgschaftsforderung die Schiffshypotheken willkürlich aufgegeben habe. Dem Berufungsrichter ist auch zuzustimmen, daß eine willkürliche Aufgabe von Sicherheiten nicht von dem an sich wirksamen Verzicht eines Bürgen auf die Rechte aus § 776 BGB gedeckt ist (BGHZ 78, 137, 143, 144).

Willkür kann einem Gläubiger vorgeworfen werden, wenn er nur zum Schaden des Bürgen handelt, ohne daß dies durch eigene Interessen gerechtfertigt ist.

So lag der Fall hier nicht.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts handelte die SM-Bank mit der Erteilung der Bewilligung zur Löschung ihrer Schiffshypotheken wirtschaftlich sinnvoll und auch sowohl im eigenen Interesse als auch dem der Hauptschuldnerin sowie der Bürgen. Allen Beteiligten, auch den Gesellschafterbürgen, war nicht nur bewußt, daß das Schiff zwangsversteigert werden müsse, wenn der freihändige Verkauf nicht zustande käme, sondern sie waren sich auch darüber im klaren, daß nur diese Veräußerung eine weitgehende Ablösung der durch Schiffshypotheken gesicherten hohen Verbindlichkeiten der SBG II und der Schiffsgläubigerrechte ermöglichen konnte. Da der Käufer des Schiffes den Kaufpreis aber erst zu zahlen bereit war, wenn die lastenfreie Übergabe des Schiffes feststand, war der Verkauf nur möglich, wenn alle Gläubigerinnen vor Zahlung des Kaufpreises ihre Schiffshypotheken aufgaben und die Klägerin darüber hinaus noch auf ihre Schiffsgläubigerrechte verzichtete. Durch ihre Mitwirkung bei der Pfandfreistellung des Schiffes trug die SM-Bank daher zur Verwirklichung des freihändigen Verkaufs bei und ermöglichte damit nicht nur die Auszahlung der 1,2 Millionen DM an sich, sondern auch im Interesse sowohl der Hauptschuldnerin als auch ihrer Gesellschafter die bestmögliche Verwertung des Gesellschaftsvermögens.

3. Die SM-Bank hat allerdings die dinglichen Sicherheiten für ihren Darlehensanspruch aufgegeben, ohne die erlang-

te Zahlung als Erfüllung ihrer Darlehensforderung gegen die SBG II entgegen zu nehmen. Sie hat diese Forderung vielmehr der Klägerin verkauft und damit bewirkt, daß die Darlehensschuld und die dafür gegebenen Bürgschaften nicht erloschen. Aber auch dieses Zusammenwirken zwischen der SM-Bank und der Klägerin stellt sich hier nicht als willkürliches Verhalten bei der Verwertung der Sicherheiten dar.

Die SM-Bank, die ihre Hypotheken schon bei der Darlehensgewährung nicht für werthaltig genug hielt und sich daher die Bürgschaften geben ließ, befürchtete im Falle einer Zwangsversteigerung den Ausfall ihrer Forderung und mußte aufgrund der Angaben der Klägerin in dem Fernschreiben vom 7. Dezember 1981 davon ausgehen, daß auch der Erlös aus dem freihändigen Verkauf nicht zur Begleichung ihrer gesamten Forderung ausreichen werde. Als Gläubigerin der verbürgten Hauptschuld mußte sie in dieser Situation nicht auf die Belange der Bürgen Rücksicht nehmen, vielmehr durfte sie eigene Interessen auch zu Lasten der Bürgen verfolgen. Sorgfaltspflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen sind grundsätzlich aus dem streng einseitigen Bürgschaftsvertrag nicht herzuleiten (Senatsurteil v. 16. Februar 1984 - IX ZR 106/83, WM 1984, 425, 426 = ZIP 1984, 418).

Für die Klägerin war die Ablösung der Darlehensschuld Teil des zur günstigsten Verwertung des Schiffes entworfenen Gesamtplans. Zum freihändigen Verkauf war auch die Aufgabe der Schiffsgläubigerrechte und Schiffshypothek durch die Klägerin erforderlich. Wenn sie daher zur Rettung ihrer Forderungen, die durch die aufzugebenden Rechte gesichert waren, die Darlehensforderung der SM-Bank ablöste,

handelte sie nicht nur zum Schaden der Bürgen und daher nicht willkürlich. Im Falle einer beim Scheitern des freihändigen Verkaufs betriebenen Zwangsversteigerung wäre das Vermögen der Hauptschuldnerin zum Zwecke der Befriedigung ihrer Gläubiger weit ungünstiger verwertet worden und die SM-Bank mit ihren Forderungen wahrscheinlich ausgefallen. In diesem Fall wäre die Bürgschaftsschuld des Beklagten auch nicht erloschen. Im übrigen hatte die Klägerin gemäß § 50 des Gesetzes über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken (vom 15. November 1940, RGBl. I 1499; SchRG) kraft Gesetzes ein Recht dazu, bei drohender Zwangsversteigerung des Schiffes die ihrer Hypothek vorgehenden Schiffshypotheken der SM-Bank abzulösen und damit die durch Bürgschaften gesicherte Darlehensforderung der SM-Bank zu erwerben (§§ 412, 401 BGB). Da hier die Zwangsversteigerung durch den freihändigen Verkauf abgewendet werden sollte, hat sich die Klägerin diese gesetzliche Position durch Rechtsgeschäft verschafft. Das ist nicht willkürlich.

4. Auch durch die Annahme der an sie aus dem Kaufpreis geleisteten Zahlungen als Erfüllung auf ihre Forderung aus dem Schuldversprechen hat die Klägerin den Beklagten als Bürgen nicht willkürlich in seiner Lage verschlechtert.

Die von der Klägerin gemäß § 366 Abs. 2 BGB in Anspruch genommene Tilgung stellt nicht eine bessere Rechtsposition dar, als sie die SM-Bank gehabt hätte. Die Klägerin nutzt diese Tilgungsregelung auch nicht willkürlich zum Nachteil des Bürgen aus.

a) Gemäß §§ 398 Satz 1, 404 BGB konnte die Klägerin nicht mehr Rechte erwerben, als der SM-Bank als Bürgschaftsgläubigerin zustanden. Andererseits gingen die Rechte aus der Bürgschaft so über, wie sie vorher zugunsten der SM-Bank bestanden. Durch den Gläubigerwechsel trat eine Einschränkung der Bürgenhaftung nicht ein (vgl. auch BGH, Urt. v. 24. November 1980 - VIII ZR 317/79, NJW 1981, 761, 762).

Die Klägerin hat hier durch die Zahlungen der Hauptschuldnerin eine Schuldtilgung erreicht, die bei der SM-Bank in gleicher Weise hätte eintreten können, wenn sie Gläubigerin der verbürgten Forderung geblieben wäre.

Der Beklagte hatte mit seiner der Höhe nach beschränkten Bürgschaft die Haftung für alle bestehenden und künftigen Ansprüche aus der Geschäftsverbindung zwischen der SBG II und der SM-Bank übernommen. Dies ist ein bestimmt genug umschriebener Inhalt einer Bürgschaftsverpflichtung und rechtlich wirksam (Senatsurteil v. 6. Dezember 1984 - IX ZR 115/83, ZIP 1985, 267 und ständig). Der Beklagte konnte daher nicht davon ausgehen, daß das von ihm übernommene Risiko infolge der Mithaftung des Schiffes so gering bliebe, wie er es möglicherweise im Zeitpunkt der Übernahme der Bürgschaft eingeschätzt hatte. Dieses Risiko konnte nicht nur dadurch erheblich vergrößert werden, daß die SM-Bank der Hauptschuldnerin weiteren Kredit einräumte. Die Bank hätte auch, statt ihre Forderung an die Klägerin zu verkaufen, ihrerseits deren Forderungen erwerben können. Wenn dann nicht sogar die Bürgschaften sich auf diese zedierten Forderungen erstreckten (vgl. dazu BGH, Urteile v. 27. Juni 1979 - VIII ZR 233/78, NJW 1979, 2040; v. 24. November 1980 - VIII ZR 317/79, NJW

1981, 761), hätte jedenfalls bezüglich der Tilgung durch Zahlungen der Hauptschuldnerin dieselbe Konstellation bestanden, die die Klägerin für sich in Anspruch nimmt. Die Zahlungen wären zunächst auf die nicht durch Bürgschaften gesicherten Forderungen zu verrechnen gewesen (Senatsurteil v. 16. Februar 1984, IX ZR 106/83 aaO). Auch gemäß Nr. 6 der Bürgschaftsurkunde hätte die Bürgschaftsgläubigerin eine solche Tilgung erreichen können. Rechtliche Bedenken gegen diese Regelung bestehen nicht (BGH, Urt. v. 19. Januar 1977 - VIII ZR 211/75, WM 1977, 334, 335; Senatsurteil v. 4. Juli 1985 - IX ZR 135/84, ZIP 1985, 984, 989).

b) Daß die Klägerin sich auf die gesetzliche Tilgungsregelung des § 366 Abs. 2 BGB beruft, nachdem ihr die Darlehensforderung abgetreten wurde, kann ihr nicht als rechtsmißbräuchliches Verhalten angelastet werden.

aa) Es kann zwar arglistig sein, wenn ein Gläubiger veranlaßt, daß nicht die verbürgte, sondern eine ungesicherte Schuld des Hauptschuldners erfüllt wird (BGH, Urt. v. 7. Februar 1966 - VIII ZR 40/64, WM 1966, 317). Dies ist aber nicht schon dann der Fall, wenn der Gläubiger damit eigene Belange wahrnimmt und dabei die berechtigten Interessen des Bürgen an der Erfüllung gerade der verbürgten Schuld außer acht läßt. Zu einer solchen Rücksichtnahme ist der Gläubiger gegenüber dem Bürgen grundsätzlich nicht verpflichtet. Die Bürgschaft ist ein einseitig verpflichtender, risikoreicher Vertrag, der den Gläubiger sichern soll und ihn daher nicht bei der Verfolgung seiner Interessen hindern darf. Entscheidend ist, welches objektive Interesse der Hauptschuldner an der Erfüllung der verbürgten Schuld bzw. der ungesicherten Verbindlichkeiten hat (BGH, Urt. v. 7. Februar 1966 aaO).

Das Interesse der SBG II bestand wie schon dargelegt, darin, daß zum Zustandekommen des freihändigen Verkaufs alle auf dem Schiff lastenden Rechte gelöscht wurden und daher alle den Belastungen zugrunde liegenden Forderungen in einer Weise beglichen wurden, die die Zustimmung ihrer Inhaber zur Löschung ermöglichte. Auch der Klägerin mußten daher Zugeständnisse gemacht werden, soweit sie (nur) Gläubigerin der letztrangigen Hypothek war. Dieses Interesse der Hauptschuldnerin wurde zwar durch das Verhalten der Klägerin ausgelöst, die ihre rangschlechteste Sicherheit nicht ersatzlos aufgeben wollte. Das kann der Klägerin aber nicht angelastet werden. Es ist ihr nicht vorzuwerfen, daß sie rechtliche Möglichkeiten zur Wahrung eigener Belange wahrnahm (Senatsurt. v. 16. Februar 1984 - IX ZR 106/83 aaO).

bb) Das könnte anders zu beurteilen sein, wenn die Klägerin sich dabei unlauterer Mittel bedient hätte. Die Feststellungen des Berufungsgerichts geben Anlaß zu der Erörterung, ob die Klägerin etwa gegenüber der SM-Bank in dem Fernschreiben vom 7. Dezember 1981 wissentlich falsche Angaben über die Werthaltigkeit der dieser zustehenden Hypotheken gemacht und die Bank daher infolge arglistiger Täuschung zur Abtretung der Darlehensforderung veranlaßt hat.

Der Berufungsrichter führt zur sachlichen Richtigkeit dieses Fernschreibens aus:

Wie der Ablauf der Dinge gezeigt habe, sei die durch Schiff und Schiffshypothek gestellte Sicherheit für die Darlehensforderung der SM-Bank in ausreichendem Maße werthaltig gewesen. Der Verkaufserlös in Höhe von 6.002.000 DM habe

völlig ausgereicht, um neben den bevorrechtigten Forderungen der Klägerin im Sinne der §§ 754 ff HGB alle auf dem Schiff ruhenden dinglichen Lasten wegzufertigen. Diese bevorrechtigten Forderungen habe die Klägerin in Höhe von 1.519.575,90 DM behauptet, aber nur im Umfang von 1.304.819,08 DM bewiesen. Der Zeuge P [REDACTED] habe nämlich nicht mit ausreichender Sicherheit bestätigen können, daß es sich bei dem unter "Sozialabgaben" berechneten Betrag von 214.756,82 DM ebenfalls um Ausgaben im Sinne der §§ 754 ff HGB gehandelt habe. Nach Ablösung der vorrangigen Schiffshypotheken zugunsten der D-Bank und der SHL-Bank seien der Klägerin nach ihrem eigenen Vortrag 2.772.266,67 DM zugeflossen. Dieser Betrag habe aber die Summe ihrer bevorrechtigten Forderungen und des Darlehens der SM-Bank in Höhe von insgesamt 2.504.819,08 DM überstiegen.

Das greift die Revision mit Erfolg an.

Sie rügt mit Recht die Würdigung der Aussage des Zeugen P [REDACTED] dahin, daß er nicht habe bestätigen können, der mit "Sozialabgaben" berechnete Betrag von 214.756,82 DM stelle ebenfalls eine Ausgabe im Sinne der §§ 754 ff HGB dar. Diese Rechtsfrage konnte der Zeuge nicht entscheiden. Er ist dazu auch - mit Recht - nicht gefragt worden. Er hatte nur zu erklären, ob in dem unstreitig für die Sozialversicherung der Seeleute ausgegebenen Betrag Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile enthalten waren. Darauf kam es aber für die rechtliche Qualifizierung der Forderung als eine solche, die Schiffsgläubigerrechte begründet, nicht an, weil die von der Heuer abzuführenden Arbeitnehmeranteile über Nr. 1 und die Arbeitgeberanteile über Nr. 5 des § 754 Abs. 1 HGB solche Forderungen darstellen.

Das Berufungsgericht berücksichtigt auch nicht, daß die Klägerin aus dem ihr überwiesenen Betrag den im Einvernehmen mit der Hauptschuldnerin eingeschalteten weiteren Makler durch eine Zahlung von 270.000 DM befriedigt hat. Der Beklagte hat nicht bestritten, daß alle Beteiligten sich darüber einig waren, diese Unkosten des zur besseren Verwertung des Schiffes getätigten freihändigen Verkaufs sollten vor Befriedigung der dinglichen Gläubiger vorab abgezogen werden.

Die Klägerin könnte gemäß §§ 1257, 1249, 268 Abs. 3 BGB Inhaberin von Schiffsgläubigerrechten in der von ihr in Anspruch genommenen Höhe geworden sein.

Schiffsgläubigerrechte gewähren nur die Forderungen der in § 754 HGB genannten Gläubiger. Dazu gehört nicht der Vertragsreeder, der Auslagenersatz dafür verlangt, daß er Forderungen von Schiffsgläubigern im Auftrag des Reeders befriedigt hat. Die Klägerin hätte daher nur durch Abtretung der bevorrechtigten Forderungen deren Inhaberin werden können. Eine rechtsgeschäftliche Übertragung durch die einzelnen Schiffsgläubiger legt sie nicht dar. In Betracht kommt aber ein gesetzlicher Forderungsübergang infolge einer Ablösung der Schiffsgläubigerrechte nach §§ 1257, 1249, 268 Abs. 3 BGB (vgl. Prüßmann/Rabe, Seehandelsrecht 2. Aufl. vor § 754 Anm. D 2). Dies setzt voraus, daß die Klägerin zu den Zeitpunkten, zu denen sie jeweils unter § 754 Nr. 1, 2, 5 HGB fallende Forderungen beglichen hat, dingliche Recht an dem Schiff hatte, die bei seiner Veräußerung durch die Schiffsgläubiger erloschen wären. Als ein solches dingliches Recht kommt nur die erst am 31. März 1981 entstandene Schiffshypothek der Klägerin in Betracht, wenn nicht ihr Besitz des

Schiffes entsprechend §§ 268 Abs. 1, 1150 BGB, § 50 SchRG wie ein dingliches Recht zu behandeln ist. Dies wird von der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur unter Berufung auf den Wortlaut de § 1249 BGB abgelehnt (RG HRR 1933 Nr. 994; Staudinger/Wiegand BGB 12. Aufl. § 1249 Rdnr. 3 m. Nachw.; a.A. Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen S. 288). Jedenfalls in Fällen besitzloser (gesetzlicher) Pfandrechte kann allerdings die Ausdehnung der Ablösungsbefugnis auf den Besitzer gerechtfertigt sein, weil bei diesen Rechten der rechtliche Ausgangspunkt für den Wortlaut des § 1249 BGB nicht zutrifft: Ein (rechtsgeschäftliches) Pfandrecht begründet stets ein Besitzrecht. Ein als Ablösender in Betracht kommender nachrangiger Besitzer hat daher kein zu schützendes Besitzrecht. Das ist bei besitzlosen Pfandrechten anders.

Das muß hier jedoch nicht abschließend entschieden werden. Auch dann, wenn die Klägerin erst ab April 1981 Schiffsgläubigerrechte erworben haben kann, ist nicht davon auszugehen, daß ihr diese Rechtslage bewußt war und sie daher wissentlich falsche Angaben gemacht hat. Das wird daraus deutlich, daß sie sich noch in diesem Rechtsstreit durch ihre Anwälte Schiffsgläubigerrechte berühmt, die im Sinne des § 759 HGB innerhalb eines Jahres vor dem Eigentumsübergang des Schiffes entstanden sein sollen. Auch der Berufungsrichter geht davon aus, daß die Klägerin in diesem Zeitraum solche Rechte habe erwerben können.

Nahm die Klägerin aber am 7. Dezember 1981 an, ihr ständen Schiffsgläubigerrechte von 1.519.575,90 DM zu, und war auch die Maklerforderung von 270.000 DM vorab zu erfüllen, so war bereits ein Betrag von 1.789.575,90 DM verbraucht. Von dem aus dem Kaufpreis erhaltenen Betrag von 2.772.266,97 DM war daher nur noch ein Betrag von 982.691,07 DM übrig, der zur Befriedigung der Darlehensforderung der SM-Bank in Höhe von 1,2 Millionen DM nicht mehr ausreichte. Die Klägerin hat daher jedenfalls nicht wissentlich falsche Angaben gemacht, als sie in dem Telex ausführte, der Verkaufserlös werde die Forderung der SM-Bank nicht "in voller Höhe" abdecken.

5. Auch die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts kann keinen Bestand haben.

a) Das Berufungsgericht lastet der Klägerin einen weiteren Verstoß gegen eine vertragliche Verpflichtung an, der dazu führe, daß sie den Beklagten von seiner Bürgschaftsschuld freizustellen habe. Es führt aus, die Klägerin sei nicht irgendeine beliebige Gläubigerin der SBG II gewesen. Als ihr Vertragsreeder habe sie dieser vielmehr gegenseitige Rücksicht und Vertragstreue geschuldet. Hinzu komme, daß der Auftrag, für die SBG II die Verkaufsverhandlungen über den Verkauf von MS Gabriele W. durchzuführen und den Verkauf abzuwickeln, ihr zusätzliche treuhänderische Bindungen auferlegt habe. Zwar ließen sich aus dem Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 1. Juni 1981 eindeutige Weisungen, wie die Klägerin bei der Verwendung und Verteilung des

Kauferlöses zu verfahren gehabt hätte, nicht entnehmen. Die Beweisaufnahme habe jedoch genügend Anhaltspunkte für die Überzeugung ergeben, daß die Gesellschafter der SBG II dem Verkauf nur unter der Voraussetzung zugestimmt hätten, er werde nicht nur zur Abdeckung aller Bankverbindlichkeiten der SBG II führen, sondern möglicherweise sogar zu einer Teilrückzahlung der von den Kommanditisten geleisteten Nachschüsse. Dabei sei sogar ausdrücklich die Reihenfolge der von dem Verkaufserlös wegzufertigenden Schulden besprochen worden. Bei dieser Versammlung sei die Klägerin mittelbar durch ihren langjährigen Steuerberater Pallentin vertreten gewesen, so daß davon ausgegangen werden könne, sie habe noch vor dem Verkauf von diesen Auftragsbedingungen Kenntnis erhalten. Das Beweisergebnis und die beiderseits erkennbare Interessenlage ließen die Annahme einer "auftragsimmanenten" Verrechnungsreihenfolge in der Weise erkennen, daß der Kaufpreis zunächst zur Wegfertigung der dinglichen Belastungen zu verwenden gewesen sei. Hierfür habe er ausgereicht.

b) Dem kann aus mehrfachen Gründen nicht gefolgt werden.

Die SBG II hatte die D-Bank angewiesen, aus dem auf ihrem Konto eingegangenen Kaufpreis an die Klägerin den Betrag von 2.772.266,97 DM zu zahlen. Dabei hätte die SBG II gemäß § 366 Abs. 1 BGB bestimmen können, welche Forderung mit diesem Betrag zu tilgen sei. Bei Gutschrift der Zahlungen auf dem Konto der Klägerin, am 14. Dezember 1981, war diese zwar noch nicht Gläubigerin der Darlehensforderung. Die SBG II hätte aber ausdrücklich oder konkludent bestimmen können, daß die Klägerin den ihr aus dem Kaufpreis überwiesenen Betrag zur Tilgung dieser künftigen Forderung bereit zu halten habe,

weil aufgrund ihrer Absprachen mit der SM-Bank bereits feststand, daß ihr die Darlehensforderung abgetreten werde. Da der Berufungsrichter auch bei seiner Hilfsbegründung davon ausgeht, die Darlehensforderung sei nicht durch Erfüllung erloschen, nimmt er mit seiner Auffassung, es habe eine der Klägerin erkennbare "auftragsimmanente" Verrechnungsreihenfolge bestanden, auch in diesem Zusammenhang nicht an, die SBG II habe eine gemäß § 366 Abs. 1 BGB mögliche stillschweigende Bestimmung getroffen. Der Berufungsrichter ist vielmehr der Auffassung, die Klägerin sei aufgrund der im Juni 1981 über die Durchführung des Schiffsverkaufs getroffenen Absprachen der SBG II gegenüber vertraglich dazu verpflichtet gewesen, eventuelle später an sie aus dem Kaufpreis geleistete Zahlungen so zu verwenden, daß die Darlehensschuld der SBG II vor den nicht bevorrechtigten Forderungen der Klägerin zu befriedigen sei.

Dies wird von der Revision mit Erfolg angegriffen.

Der Berufungsrichter folgert die Erkennbarkeit der Vorstellungen der SBG II aus der Anwesenheit des Steuerberaters Pallentin in der Gesellschafterversammlung, der die Klägerin dort "mittelbar" vertreten habe. Es fehlen Feststellungen dazu, daß der Steuerberater dabei gemäß § 164 Abs. 3 BGB mit Vertretungsmacht für die Klägerin aufgetreten sei. Solche Feststellungen waren erforderlich, weil P. [REDACTED] unstreitig auch Steuerberater der SBG II war. Selbst wenn der Klägerin aber die im Juni 1981 abgegebenen Erklärungen der Kommanditisten, sie stimmten dem Verkauf des Schiffes nur zu, wenn damit alle Bankverbindlichkeiten der SBG II abgedeckt würden, bekannt waren, und dies auch als Willenserklärung der SBG II

zu werten war, die von ihren Kommanditisten nicht vertreten werden konnte (§ 170 HGB), so hatten sich die Verhältnisse im Dezember 1981 aber entscheidend verändert. Im Juni 1981 ging man nach dem unstreitigen, von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen Vorbringen der Parteien noch davon aus, daß sich durch Teilschiedsspruch zuerkannte Schadensersatzforderungen der SBG II gegen den amerikanischen Charterer in Höhe von 1.565.147,95 Dollar realisieren ließen, so daß auch zur Befriedigung der Forderung der Klägerin noch Mittel vorhanden sein würden. Nur dies erklärt auch die Hoffnung der Kommanditisten, im Falle eines freihändigen Verkaufs sogar eine Teilrückzahlung ihrer geleisteten Nachschüsse erhalten zu können. Dies hätte die volle Befriedigung der Forderungen auch der Klägerin vorausgesetzt. Im Dezember 1981 zeichnete sich bereits ein Teilausfall dieser Forderung ab, so daß sich die Liquidation des Vermögens der SBG II schwieriger gestaltete. Zu diesem Zeitpunkt wurde auch erst die Ablösung der Forderung der SM-Bank unter Mitwirkung des Geschäftsführers der SBG II vereinbart. Eventuelle der Klägerin bekannte, in der Gesellschafterversammlung vom Juni 1981 getroffene Absprachen über die Verwendung des Kaufverlöses waren daher nicht mehr maßgeblich.

Auch soweit das Berufungsgericht seine Feststellungen, es habe eine "auftragsimmanente Verrechnungsreihenfolge" bestanden, aus der Interessenlage herleitet, übergeht es dabei wesentlichen Sachverhalt.

Der Kaufpreis wurde auch dann zum Zwecke der lastenfreien Übergabe des Schiffes und zur Tilgung der den dinglichen Belastungen zugrunde liegenden Ansprüche verwandt, wenn

mit ihm Forderungen der Klägerin erfüllt wurden. Das Berufungsgericht übersieht, daß auch der Klägerin wegen ihrer Forderungen eine Schiffshypothek zustand. Der Kaufpreis reichte daher auch keinesfalls zur Wegfertigung aller dinglichen Belastungen aus.

c) Auf die von dem Berufungsgericht nicht erörterte Rechtsfrage, ob der Beklagte eine aus der Verletzung einer Abrede über die Verwendung des Kaufpreises im Verhältnis zwischen Klägerin (Gläubigerin) und Hauptschuldnerin entstandene Einwendung gegen die Geltendmachung der verbürgten Hauptforderung trotz seines formularmäßigen Verzichts auf die Rechte aus § 768 BGB überhaupt geltend machen konnte, kommt es nach allem nicht mehr an. Der Senat kann daher die bisher nicht entschiedene Frage, ob ein formularmäßiger Verzicht des Bürgen auf seine Rechte aus § 768 BGB einer Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGBG standhält, auch hier offen lassen (vgl. dazu Senatsurteil v. 7. November 1985 - IX ZR 40/84 z.V.b. und BGH, Urteile v. 6. November 1963 - VIII ZR 160/82, WM 1963, 1302; v. 25. Oktober 1979 - III ZR 182/77, NJW 1980, 445, 446, die einen durch Individualvertrag vereinbarten Verzicht auf die Rechte aus § 768 BGB für zulässig halten).

IV.

Das Berufungsgericht trifft, von seinem Standpunkt aus zu Recht, keine Feststellungen dazu, ob die nicht durch die Bürgschaft gesicherten Forderungen der Klägerin gegen die SBG II im Dezember 1981 so hoch waren, daß der auf sie aus der Zahlung der SBG II verrechnete Betrag von 2.502.266,97 DM dafür

verbraucht wurde und die Darlehensforderung daher nicht mehr ganz oder teilweise befriedigt werden konnte.

Der von dem Berufungsgericht in Bezug genommene unstreitige Parteivortrag reicht aber für die erforderliche Prüfung, ob der Klägerin in Höhe des von dem Beklagten als Bürgen beanspruchten Betrages noch eine Darlehensforderung zusteht, aus. Der Senat kann daher in der Sache entscheiden.

Der Beklagte hat die von der Klägerin für die Verrechnung der Zahlung aus dem Kaufpreis in Anspruch genommenen Forderungen bezüglich ihrer Merkmale bestritten, die Schiffsgläubigerrechte gewähren. Darauf kommt es hier aber nicht an. Im übrigen hat der Beklagte zwar Grund und Höhe der von der Klägerin als Teil ihrer beanspruchten Forderungen geltend gemachten Reparaturkosten bestritten. Das ist aber unerheblich, weil die Klägerin aus dem von der SBG II am 9. März 1981 abgegebenen, notariell beurkundeten Schuldversprechen eine Forderung in Höhe von 3 Millionen DM hatte. Der Beklagte macht weder geltend, daß die SBG II dieses Schuldversprechen kondiziert habe, noch, daß sie es zurückfordern könne, was ihm möglicherweise Rechte aus § 768 BGB gäbe. Der Beklagte bestreitet auch nicht das Vorbringen der Klägerin, sie habe keine anderen Leistungen der SBG II in einer Höhe erhalten, die ihre Forderungen aus dem abstrakten Schuldversprechen oder der abgetretenen Darlehensforderung ganz oder in einem solchen Umfang tilgen konnten, daß ihr kein verbürgter Darlehensanspruch in Höhe der von dem Beklagten übernommenen Bürgschaft von 5.035 DM mehr zustehe.

Der von der Klägerin geltend gemachte Zinsanspruch ist nach dem unstreitigen, von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen Sachverhalt gemäß §§ 288 Abs. 2, 286 BGB begründet.

Merz

Zorn

Fuchs

Gärtner

Graßhof