

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 765, 767, 768, 418 Abs. 1;

HGB §§ 142, 161 Abs. 2

- a) Eine Bürgschaft, die für Verbindlichkeiten einer Kommanditgesellschaft abgegeben wurde, erlischt nicht, wenn alle Gesellschafter bis auf einen ausscheiden und diesem die Gesellschaftsverbindlichkeiten zuwachsen. Sie gilt aber nicht für neue Verbindlichkeiten, die der Einzelkaufmann danach begründet.
- b) Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, daß die Bürgschaft für Verbindlichkeiten eines Unternehmens auch bei Änderung der Rechtsform seines Inhabers oder bei einem Wechsel in dessen Person bestehenbleiben soll, erstreckt sich grundsätzlich nicht auf künftige Verbindlichkeiten, die ein neuer, selbständiger Rechtsträger als Unternehmensinhaber begründet.

BGH, Versäumnisurt. v. 6. Mai 1993 - IX ZR 73/92 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 73/92

VERSÄUMNIS-
URTEIL

Verkündet am:
6. Mai 1993
Schnurr
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Wilhelm S. [REDACTED]
St. [REDACTED]straße [REDACTED], O [REDACTED]

Zweitbeklagter und Revisionskläger,

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

g e g e n

N [REDACTED]-Bank AG,
gesetzlich vertreten durch den Vorstand Dr. Hans Br [REDACTED],
Gunter La [REDACTED], Gerhard Le [REDACTED] und Bernd Pr [REDACTED],
Th [REDACTED]platz [REDACTED], E [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte II. Instanz: Rechtsanwälte [REDACTED],
[REDACTED]
[REDACTED]

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Mai 1993 durch den Vorsitzenden Richter Brandes und die Richter Dr. Schmitz, Dr. Kreft, Kirchhof und Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Zweitbeklagten wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 12. März 1992 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Zweitbeklagte verurteilt worden ist, mehr als 74.795,81 DM nebst Zinsen zu zahlen.

In diesem Umfang wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Der Zweitbeklagte (nachfolgend: Beklagter) und seine Mutter waren die einzigen Kommanditisten der Paul K[REDACTED] KG. Er übernahm eine selbstschuldnerische Bürgschaft für alle gegenwärtigen und künftigen Ansprüche der Klägerin aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung mit der KG. Der vorgedruckte Text der in die Bürgschaftserklärung aufgenommenen "Bedingungen" lautete auszugsweise:

- "1. ... Handelt es sich bei dem Hauptschuldner um ein Unternehmen, so bleibt die Bürgschaft auch bei einer Änderung der Rechtsform oder bei einem Wechsel in der Person des/der Inhaber(s) bestehen.
4. Die Ansprüche der Bank gegen den Hauptschuldner sollen weder ganz noch teilweise auf den Bürgen übergehen, bevor die Bank nicht wegen ihrer sämtlichen ... Ansprüche vollständig befriedigt ist. Bis dahin gelten die Zahlungen des Bürgen als Sicherheitsleistung für seine Bürgschaftsschuld; die Bank ist jedoch berechtigt, sich jederzeit aus den gezahlten Beträgen zu befriedigen. ..."

Als Sicherheit diente auch ein Sparguthaben, das die Mutter des Beklagten bei der Klägerin unterhielt.

Im März 1987 wurde ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über die Paul K[REDACTED] KG (nachfolgend: alte KG) mangels Masse zurückgewiesen. Darauf vereinbarten die Gesellschafter am 13. Oktober 1987 das Ausscheiden der Kommanditisten und die alleinige Fortführung des Handelsgeschäfts durch den einzigen persönlich haftenden Gesell-

schafter, einen Bruder des Beklagten. Dieser bisherige Komplementär sollte das Geschäft mit allen Aktiven und Passiven ohne Liquidation übernehmen. Seinerzeit schuldete die alte KG der Klägerin aus der Geschäftsverbindung 107.066,24 DM. Die Änderungen wurden am 7. Januar 1988 ins Handelsregister eingetragen.

In der Folgezeit führte der Bruder des Beklagten das Geschäft fort. Mit einem anderen Kommanditisten wurde später erneut eine Paul K. KG (nachfolgend: neue KG) gegründet. Sie unterhielt das Kontokorrentkonto der alten KG bei der Klägerin weiter. Im Juni 1989 wurde auf dem Konto das Sparguthaben der Mutter des Beklagten in Höhe von 32.270,43 DM gutgeschrieben. Der Soll-Saldo auf dem Konto war nie geringer als am 13. Oktober 1987. Wegen Zahlungsrückständen der neuen KG kündigte die Klägerin die Geschäftsverbindung im November 1989 und erwirkte gegen jene ein Zahlungsurteil über 138.558,25 DM nebst Zinsen.

Mit der vorliegenden Klage nimmt die Klägerin den Beklagten aus der Bürgschaft in Anspruch. Die Klage hatte in Höhe von 107.066,24 DM nebst Zinsen Erfolg. Dagegen wendet sich die Revision nur insoweit, als der Betrag des Sparguthabens der Mutter des Beklagten in Höhe von 32.270,43 DM nicht auf seine Bürgschaftsschuld angerechnet wurde.

Entscheidungsgründe

Die Entscheidung ergeht als Versäumnisurteil, beruht aber nicht auf der Säumnis der Klägerin in der Revisionsinstanz (vgl. BGHZ 37, 79, 81 f).

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Beklagte hatte aus seiner Bürgschaft zugunsten der alten KG auch nach ihrer Auflösung für den Schuldenstand am 13. Oktober 1987 fort. Der Unternehmensübergang auf den Bruder des Beklagten als Einzelkaufmann habe daran ebensowenig geändert wie die Gründung der neuen KG. Der Beklagte habe eine Kündigung der Bürgschaft nicht ausgesprochen. Die Bürgschaftsschuld sei auch nicht durch Aufgabe oder Verwertung von Sicherheiten erloschen. Die Gutschrift aus der Verwertung des Sparguthabens könne nicht einfach vom Betrag der Altverbindlichkeiten des Bruders des Beklagten im Zeitpunkt der Gründung der neuen KG abgezogen werden. Eine Verpflichtung der Klägerin zu einer derartigen Verwertung bestehe nicht. Aus dem Tatsachenvortrag der Beklagten ergebe sich nicht eindeutig, welche Abreden den Sicherungsverträgen der Klägerin mit ihm und seiner Mutter zugrunde gelegen hätten. Die Verrechnung auf dem aktuellen Konto der neuen KG entspreche § 366 Abs. 2 BGB. Im übrigen hätte die Bürgschaft

bei einer Wirksamkeit der in Nr. 1 der Bürgschaftserklärung enthaltenen Erstreckungsklausel auch die Verbindlichkeiten der neuen KG gesichert.

II.

Demgegenüber rügt die Revision: Das Berufungsgericht habe die rechtliche Bedeutung der von der Mutter des Beklagten geleisteten Zahlung nicht erschöpfend erfaßt. Nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin habe ihr das Sparguthaben der Mutter des Beklagten aufgrund ihrer persönlichen Bürgschaft für die Gesellschaftsschuld gehaftet. Es habe also nicht neben dieser als Sicherheit für die Kontokorrentverbindlichkeit gedient. Mit der Verwertung des Guthabens sei mithin die Bürgschaftsschuld der Mutter teilweise getilgt worden und die Hauptschuld auf sie in entsprechendem Umfange übergegangen. Die "Erstreckungsklausel" sei unwirksam.

III.

Indem das Berufungsgericht eine Verrechnung des Betrages von 32.270,43 DM entsprechend § 366 Abs. 2 BGB annimmt, unterstellt es, daß die Mutter keine andere Tilgung im Sinne von § 366 Abs. 1 BGB bestimmt hat. Eine derartige abweichende Bestimmung lag aber nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt sogar dann nahe, wenn sie nicht

ausdrücklich getroffen wurde (§ 286 ZPO). Die Mutter des Beklagten hatte als Mitbürkin das - später umgebuchte - Sparguthaben der Klägerin "überlassen". Dann drängte es sich nach der Lebenserfahrung - auch für die Klägerin erkennbar - auf, daß die Mutter, die sich unstreitig mit Schreiben vom 29. Dezember 1987 um eine Freistellung aus ihrer Bürgenverpflichtung bemüht hatte, in erster Linie eine eigene Schuld tilgen, nicht aber zusätzliche Leistungen zur freien Verfügung der neuen KG erbringen wollte. Das konnte sie erreichen, indem sie entweder auf ihre eigene Bürgschaftsschuld oder auf die durch eigene Verpflichtungen gesicherte Hauptschuld zahlte.

1. Hat die Mutter des Beklagten auf ihre persönliche Bürgenschuld geleistet, so bewirkte das im Umfang der Zahlung gemäß § 774 Abs. 1 Nr. 1 BGB den Übergang der gesicherten und hier eingeklagten Hauptforderung auf die Bürkin. Dem steht die in Nr. 4 Satz 1 und 2 der Bürgschaftsbedingungen getroffene Vereinbarung, daß derartige Zahlungen zunächst nur als Sicherheit dienen sollen, nicht entgegen. Denn sie gilt nur solange, bis sich der Gläubiger - in Übereinstimmung mit dem letzten Halbsatz der Klausel - aus den gezahlten Beträgen tatsächlich befriedigt (vgl. Senatsurt. v. 23. Oktober 1986 - IX ZR 203/85, NJW 1987, 374, 376; v. 4. Juni 1987 - IX ZR 31/86, WM 1987, 924, 925 unter 3 c). Das geschah hier am 27. Juni 1989, als die Klägerin die Zahlung vorbehaltlos als Leistung der neuen KG ins Kontokorrent einstellte und anschließend täglich Salden zog.

Damit wäre die Klägerin auch gegenüber dem Beklagten in entsprechender Höhe nicht mehr Forderungsinhaberin. Denn der Stand seiner Hauptverbindlichkeit deckte sich in dem vom Berufungsgericht als maßgeblich zugrundegelegten Zeitpunkt mit demjenigen seiner Mutter.

2. Die in dieser Hinsicht lückenhaften Feststellungen des Berufungsgerichts schließen die Möglichkeit nicht aus, daß das Sparguthaben neben der Bürgschaft als zusätzliche Sicherheit für die Hauptschuld dienen sollte, etwa als Pfand. Dagegen spricht allerdings bereits das eigene Schreiben der Klägerin vom 22. September 1987 an die Rechtsanwältin der Mutter (vgl. Bl. 85 GA), demzufolge das Sparguthaben "aufgrund" deren Bürgschaft haften sollte. Dann hätte die Einziehung als Pfand unmittelbar zu einer Verringerung der Bürgenschuld geführt (vgl. §§ 1288 Abs. 2, 1282 BGB), mit den oben zu 1 dargestellten Auswirkungen zu Lasten der Klägerin. Aber sogar wenn das Sparguthaben allgemein die Hauptschuld der alten KG hätte sichern sollen, wäre das Bemühen der Mutter des Beklagten um eine Freistellung aus den von ihr gewährten Sicherheiten - insbesondere im Schreiben vom 29. Dezember 1987 (Bl. 86 GA) - als Kündigung eines vereinbarten Sicherungszwecks zu werten. Soweit sich danach die Haftung der Mutter der Höhe nach mit dem auch vom Beklagten verbürgten Schuldenstand der alten KG deckte, wäre eine durch die Einziehung des Sparguthabens herbeigeführte Verringerung der Hauptschuld gemäß § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB zugleich dem Beklagten zugute gekommen.

3. Das Berufungsgericht hätte danach nicht offenlassen dürfen, welche Verbindlichkeiten mit der Zahlung der Mutter des Beklagten getilgt werden sollten. Erforderlichenfalls hätte es gemäß § 139 Abs. 1 ZPO auf einen ergänzenden Vortrag der Parteien hierzu hinwirken müssen.

IV.

Die Klage ist nicht unabhängig davon im Hinblick auf Nr. 1 Satz 2 der Bürgschaftsbedingungen der Klägerin gerechtfertigt. Insoweit hat das Berufungsgericht es zu Unrecht für möglich gehalten, daß diese Klausel die Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten auch auf die - höhere - Kontokorrentschuld der neuen KG im November 1989 wirksam erstrecken könnte.

1. Die Bürgschaft wird nach §§ 765, 767 BGB für die Hauptverbindlichkeit eines bestimmten Dritten erteilt. Fällt dieser - etwa als juristische Person - endgültig und ersatzlos fort, so erlischt die Bürgschaft in vollem Umfange (RGZ 148, 65, 66 f; 153, 338, 341 ff; vgl. BGHZ 82, 323, 326), wenn sie nicht aufgrund der getroffenen Vereinbarungen auch dieses Risiko absichern sollte (vgl. MünchKommBGB/Pecher, 2. Aufl. § 767 Rdn. 7; Staudinger/Horn, BGB 12. Aufl. § 767 Rdn. 10, 21, 23; ferner BGHZ 31, 168, 172 f; Beitzke NJW 1952, 841, 844).

Letzteres ist - wie § 768 Abs. 1 Satz 2 BGB zeigt - anzunehmen, wenn ein anderer Verpflichteter im Wege der Gesamtrechtsnachfolge an die Stelle des ursprünglichen Hauptschuldners tritt. Dementsprechend erlischt die Bürgschaft, die für Schulden einer Kommanditgesellschaft abgegeben wurde, nicht ohne weiteres, wenn alle Gesellschafter bis auf einen ausscheiden und diesem gemäß §§ 161 Abs. 2, 142 HGB die Gesellschaftsverbindlichkeiten zuwachsen. In Fällen eines auf Vereinbarung beruhenden befreienden Schuldnerwechsels schützt statt dessen § 418 Abs. 1 BGB das berechtigte Interesse des Bürgen, nicht für einen anderen als den von ihm ausgewählten Hauptschuldner eintreten zu müssen. Die Vorschrift greift aber nicht ein, wenn - wie hier - der Bürge selbst zu den ausscheidenden Gesellschaftern gehört; denn die eigene Maßnahme des Bürgen begründet keine Schuldübernahme im Sinne dieser Bestimmung (BGH, Urt. v. 16. Mai 1955 - II ZR 249/54, WM 1955, 973, 976).

Darüber hinaus sind der Beklagte und seine Mutter aus der alten KG ausgeschieden, nachdem diese vermögenslos geworden war. Die Bürgschaft soll aber insbesondere auch davor schützen, daß gerade die Vermögenslosigkeit des Hauptschuldners die Ursache seiner Auflösung ist (BGHZ 82, 323, 326 f; BGH, Urt. v. 20. Juni 1956 - IV ZR 37/56, WM 1956, 1209, 1210 f; Staudinger/Horn aaO § 767 Rdn. 22). Die Bürgschaft bleibt dann in ihrem bisherigen Umfang mit den gesetzlichen Erweiterungsmöglichkeiten (§ 767 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB) bestehen. Gegen ein hierdurch bedingtes Anwachsen seiner Schuld kann sich der Bürge durch Kündigung unter Wahrung einer angemessenen Frist schützen (vgl. BGH, Urt. v. 10. Juni 1985 - III ZR 63/84, NJW 1986, 252, 253 un-

ter II 2; OLG Zweibrücken WM 1985, 1291, 1292; Staudinger/Horn aaO § 765 Rdn. 81; Erman/Seiler, BGB 8. Aufl. § 765 Rdn. 8; Palandt/Thomas, BGB 52. Aufl. § 765 Rdn. 7; P. Bydlinski, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht S. 57 ff; ferner Senatsurt. v. 4. Juli 1985 - IX ZR 135/84, NJW 1985, 3007, 3008 unter 2; v. 22. Mai 1986 - IX ZR 108/85, NJW 1986, 2308, 2309 unter 3 a). Eine Kündigungserklärung hat der Beklagte jedoch nach den unangefochtenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht abgegeben.

2. Davon zu trennen ist die weitere Frage, ob der Bürge nach dem Inhalt der Bürgschaft gegebenenfalls auch für künftige Verbindlichkeiten eines neuen Hauptschuldners einzustehen hat. Bei rechtsgeschäftlichen Veränderungen der Hauptschuld haftet der Bürge grundsätzlich nur im Rahmen desselben Schuldverhältnisses (§ 767 Abs. 1 Satz 3 BGB und dazu Soergel/Mühl, BGB 11. Aufl. § 767 Rdn. 2; vgl. BGH, Urt. v. 29. September 1969 - VIII ZR 9/68, LM § 767 BGB Nr. 7; v. 27. Juni 1979 - VIII ZR 233/78, WM 1979, 884, 885; v. 14. Juli 1988 - IX ZR 115/87, WM 1988, 1301, 1302). An der Identität von "Hauptschuld" und verbürgter Schuld fehlt es, wenn die ursprüngliche Hauptschuld durch eine andere ersetzt (vgl. RG LZ 1919, Sp. 1231, 1232; Großkomm. HGB/Ratz, 3. Aufl. § 349 Rdn. 5) oder inhaltlich soweit geändert wird, daß dies einer Ersetzung durch eine andere Forderung gleichkommt (BGH, Urt. v. 1. März 1962 - VII ZR 244/60, WM 1962, 700 f; vgl. Urt. v. 21. Mai 1980 - VIII ZR 201/79, NJW 1980, 2412).

a) Ein Darlehensverhältnis besteht zwischen bestimmten Personen auf Gläubiger- wie Schuldnerseite. Falls eine Bank ihre Geschäftsverbindungen im Wege der Einzelrechtsnachfolge vertraglich an ein anderes Kreditinstitut unter Abtretung ihrer Ansprüche aus bestehenden Kreditverhältnissen übergibt, erstreckt sich die Bürgschaft zugunsten der abtretenden Bank nicht ohne weiteres auf Kredite, die das die Geschäftsverbindung fortsetzende Institut gewährt (BGHZ 26, 142, 147 f; BGH, Urt. v. 17. Dezember 1959 - VII ZR 194/58, WM 1960, 371, 372; vgl. RGZ 126, 287, 289; RG Gruch 54, 407, 409; WarnR 1914 Nr. 184; einschränkend Staudinger/Horn aaO § 765 Rdn. 66).

Entsprechendes gilt erst recht im Falle eines Schuldnerwechsels, weil der Bürge an der Person des Hauptschuldners - wegen seiner Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft sowie wegen des regelmäßig mit ihm bestehenden Rechtsgrundes für die Verbürgung - ein besonderes Interesse hat. Verbürgt sich jemand für einen speziellen Darlehensnehmer, so ist das einer anderen Person gewährte Darlehen grundsätzlich nicht mit dem verbürgten identisch. Ungeachtet des Umstands, daß die Bürgschaft für die dem ursprünglichen Darlehensnehmer bereits gewährten Kredite trotz Schuldnerwechsels wirksam bleiben kann (s.o. 1), erfaßt sie jedenfalls inhaltlich nicht ohne weiteres Kredite, die danach dem neuen Hauptschuldner eingeräumt werden. Diese beruhen auf dem besonderen Willensentschluß der Partner des Darlehensvertrages, die Geschäftsbeziehungen zu den früheren - oder geänderten - Rahmenbedingungen mit dem neuen Schuldner fortsetzen. Ein solches Rechtsgeschäft kann die Verpflichtung des Bürgen nach § 767 Abs. 3 BGB nicht erweitern.

b) Um einen neuen Hauptschuldner in diesem Sinne handelt es sich, wenn die Verbindlichkeiten einer Kommanditgesellschaft verbürgt werden und anschließend alle Gesellschafter bis auf einen ausscheiden. In diesem Falle erlöschen die Personengesellschaft und die damit verbundene gesamthänderische Beherrschung ihres Vermögens endgültig (K. Schmidt, Gesellschaftsrecht 2. Aufl. S. 290, 294 f, 1073 sowie in Schlegelberger, HGB 5. Aufl. § 142 Rdn. 25; vgl. OLG Frankfurt WM 1967, 103; Wiedemann, Gesellschaftsrecht S. 157 f). An ihre Stelle tritt ein neuer, selbständiger Rechtsträger. Prozeßrechtlich wird darin vielfach ein Parteiwechsel gesehen (BGH, Urt. v. 28. Juni 1971 - III ZR 103/68, BB 1971, 974, 975; GroßKomm. HGB/Fischer aaO § 124 Rdn. 34 und/Ulmer § 142 Rdn. 35; Baumbach/Duden/Hopt, HGB 28. Aufl. § 142 Anm. 3 A; Glanegger/Niedner/Renkl/Ruß, HGB 2. Aufl. § 142 Rdn. 16). Materiell begründen die von einem Einzelkaufmann abgeschlossenen Kreditverträge andere Verbindlichkeiten als diejenigen der früheren Gesellschaft. Das automatische Anwachsen des vorhandenen Vermögens der Gesellschaft als Ganzes bei dem Einzelkaufmann (§ 738 BGB, § 138 HGB) ändert hieran, weil vergangenheitsbezogen, nichts. Auch steht nicht die Ansicht entgegen, die Umwandlung der Rechtsform einer juristischen Person als Hauptschuldnerin in eine andere berühre Bürgschaften für künftige Verbindlichkeiten nicht (vgl. OLG Dresden SeuffA Bd. 65 Nr. 237; BGB-RGRK/Mormann, 12. Aufl. § 767 Rdn. 3); denn bei einem bloßen Wechsel der Rechtsform bleibt die Gesellschaft als identischer Verband erhalten (K. Schmidt, Gesellschaftsrecht aaO S. 290, 294; Wiedemann aaO S. 157; vgl. Staudinger/Horn aaO § 765 Rdn. 66 a.E., 72).

c) Das Berufungsgericht stellt unangefochten fest, daß die Gesellschafter die Übernahme des Gesellschaftsvermögens der alten KG durch den Bruder des Beklagten vertraglich vereinbart hatten (Bl. 70 f GA). Auf ein Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters aus einer zuvor mehrgliedrigen Gesellschaft ist § 142 HGB sinngemäß anzuwenden.

Der Umstand, daß die Veränderung mit auf einem eigenen Verhalten des Beklagten - seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft - beruht, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Da schon unmittelbare einseitige Einwirkungen auf den künftigen Fortbestand einer Bürgschaft, insbesondere durch Kündigung, für ihn nicht ausgeschlossen sind, gilt für mittelbare Einwirkungen im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten nichts anderes. Gegenüber dem Gläubiger ist das unbedenklich, wenn ihm die Änderung ohne weiteres erkennbar ist. Über derartige Veränderungen in der Person seines Hauptschuldners kann und muß sich der Kreditgeber selbst informieren, um rechtzeitig neue Entscheidungen über erforderliche Sicherheiten treffen zu können. Im vorliegenden Falle ist die Änderung im Handelsregister eingetragen worden.

3. Allerdings ist es rechtlich zulässig, eine Bürgschaft so abzufassen, daß sie Verbindlichkeiten eines bestimmten Hauptschuldners und seiner möglichen Rechtsnachfolger sichert (vgl. § 765 Abs. 2 BGB sowie RG WarnR 1914 Nr. 184; BGHZ 26, 142, 148 f; Staudinger/Horn aaO § 765 Rdn. 66).

a) Hierbei handelt es sich aber um eine Abweichung vom Regelfall der §§ 765, 767 BGB, daß die Bürgschaft nur Verbindlichkeiten bestimmter Personen akzessorisch sichert. Die Person des Hauptschuldners ist wirtschaftlich von so entscheidender Bedeutung, daß im Zweifel nicht unterstellt werden kann, wer sich für eine Gesellschaft verbürge, sei auch mit einem einzelnen der Gesellschafter als Hauptschuldner zufrieden. Wegen des Einflusses auf Kreditfähigkeit und -würdigkeit der Hauptschuldnerin müssen sich für einen rechtsgeschäftlichen Willen des Bürgen, zugleich für andere als gesetzliche Rechtsnachfolger einzustehen, eindeutige Anhaltspunkte aus der Bürgschaftserklärung selbst (§ 766 BGB) ergeben; Unklarheiten über den Umfang der gesicherten Hauptschuld gehen zu Lasten des Gläubigers (BGHZ 76, 187, 189).

Im vorliegenden Falle enthält die ausdrückliche Bezeichnung des Hauptschuldners in der Bürgschaftserklärung selbst keinen Hinweis auf einen möglichen Wechsel in dessen Person.

b) Nr. 1 Satz 2 der in die Bürgschaftsurkunde aufgenommenen allgemeinen Bürgschaftsbedingungen bestimmt, daß die Bürgschaft auch bei einer Änderung der Rechtsform oder bei einem Wechsel in der Person des Inhabers bestehenbleiben soll, wenn es sich bei dem Hauptschuldner um ein Unternehmen handelt. Hierdurch wird nicht der Gegenstand der Bürgschaft selbst festgelegt (§ 8 AGBG); vielmehr ist die Person des Hauptschuldners vorab in einer eigenständigen, individuell ausgefüllten Bürgschaftserklärung bezeichnet. Die anschließenden, vorgedruckten Inhaltsbestimmungen dazu

stellen Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 1 Abs. 1 AGBGB dar. Da das Berufungsgericht sie nicht ausgelegt hat, kann der Senat die Auslegung selbst vornehmen (Senatsurt. v. 7. November 1985 - IX ZR 40/85, ZIP 1986, 85, 86 m.w.N.).

Soweit die Bestimmung auf eine Änderung der Rechtsform des Unternehmens abstellt, beispielsweise auf die Umwandlung einer AG in eine GmbH und umgekehrt (§§ 372, 381 AktG), regelt sie nur Selbstverständliches; denn diese - formwechselnde - Umwandlung berührt nicht die Identität der Gesellschaft. Soweit die Bürgschaft bei einem Wechsel in der Person des Inhabers bestehenbleiben soll, bezieht sich dies ausschließlich auf die fortdauernde Sicherung der bereits begründeten Altschulden; das entspricht ebenfalls dem Gesetz (s.o. 1). Dagegen drückt die Klausel nicht aus, daß der Bürge entgegen den gesetzlichen Bestimmungen (oben 2) auch für künftig zu begründende Verbindlichkeiten eines neuen Rechtsträgers einzustehen haben soll. Die Tragweite der Bestimmung erstreckt sich demnach nicht auf die Begründung neuer Kreditverbindlichkeiten des Hauptschuldners. Ob für Fälle der Erbfolge (§ 768 Abs. 1 Satz 2 BGB) etwas anderes gelten müßte, braucht hier nicht entschieden zu werden.

Hiernach kommt es nicht mehr entscheidend auf § 5 AGBG sowie darauf an, daß der Inhalt der Wirkungserstreckungsklausel im Falle einer weitergehenden Auslegung gegen § 3 AGBG (vgl. OLG Hamm WM 1985, 1221, 1222) und § 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG (vgl. BGHZ 95, 350, 356 f) verstoßen würde. Denn die Abhängigkeit der Bürgschaft von ei-

ner bestimmten Hauptschuld gehört zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (§ 765 Abs. 1, 767, 768, 770 BGB). Abreden, welche die Akzessorietät der Bürgschaft antasten, verändern die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses (BGHZ 95, 350, 357; BGB-RGRK/Mormann aaO § 767 Rdn. 1; Erman/Seiler aaO § 767 Rdn. 1; Palandt/Thomas, BGB 52. Aufl. § 765 Rdn. 11 und - Palandt/Heinrichs aaO § 9 AGBG Rdn. 73; vgl. auch Staudinger/Horn aaO § 767 Rdn. 4; § 768 Rdn. 22).

V.

Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben (§§ 564 Abs. 1, 565 ZPO). Das Berufungsgericht wird zunächst zu klären haben, ob die Mutter des Beklagten den Betrag von 32.270,43 DM auf die gesicherte Hauptschuld zur Zeit ihres Ausscheidens aus der Gesellschaft geleistet hat (oben III 3). In diesem Falle wird die Klägerin dartun müssen, ob spätere Belastungen des Kontos auf einem Anstieg der Hauptschuld in dem durch § 767 Abs. 1 Satz 2 und

Abs. 2 BGB erfaßten Rahmen (oben IV 1) oder auf neuen Kreditgewährungen an den Einzelkaufmann oder die neue KG (oben IV 2) beruhen.

Brandes

Schmitz

Kreft

Kirchhof

Fischer