

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 232 ff, 765, 771, 773 Abs. 1 Nr. 1; AGBG §§ 3, 9

- a) Das Recht oder die Pflicht zur Hinterlegung nach §§ 232 ff BGB können durch Rechtsgeschäft begründet werden.
- b) Die Klausel in den Bürgschaftsformularen der Sparkassen (und Banken), nach der sie sich von ihrer selbstschuldnerischen Bürgschaft dadurch befreien können, daß sie Geld als Sicherheit anstelle ihrer Bürgschaft hinterlegen, schließt die Klage des Gläubigers gegen die Sparkasse (oder Bank) auf Zustimmung zur Auszahlung des hinterlegten Betrages nicht aus. Deshalb ist die Klausel nach dem AGB-Gesetz nicht zu beanstanden.

BGH, Urt. v. 14. Februar 1985 - IX ZR 76/84 - OLG Zweibrücken
LG Frankenthal

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 76/84

URTEIL

Verkündet am:
14. Februar 1985
P o h l
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma F [REDACTED] - und W [REDACTED] KG, vertreten durch die Komplementäre
Carl-Norbert F [REDACTED] und Alfred F [REDACTED], K [REDACTED] Straße [REDACTED], [REDACTED] M [REDACTED]
[REDACTED] ([REDACTED]),

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die S [REDACTED] L [REDACTED] R [REDACTED], Anstalt des öffentlichen Rechts,
vertreten durch ihren Vorstand, den Geschäftsleitenden S [REDACTED] direktor
Klaus M [REDACTED] sowie die S [REDACTED] direktoren Otto S [REDACTED] und Peter U [REDACTED],
L [REDACTED] Straße [REDACTED], [REDACTED] L [REDACTED] R [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Februar 1985 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Zorn, Henkel, Fuchs und Winter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 18. April 1984 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Firma H■■■■ und I■■■■ GmbH, die seit Anfang 1982 zahlungsunfähig ist (künftig: Hauptschuldnerin), verpflichtete sich in dem Bauvertrag vom 5. November 1980 und den ergänzenden Vereinbarungen gegenüber der Klägerin, für 1 040 000 DM ein schlüsselfertiges Wohngebäude nebst Garagen und Außenanlagen auf der Grundlage der VOB zu errichten und auch "für alle sich aus diesem Vertrag ergebenden Verpflichtungen selbstschuldnerische Vertragserfüllungsbürgschaften in Höhe von 10 % der Auftragssumme" zu erbringen. Die beklagte Sparkasse übernahm am 25. Februar 1981 "für den Auftragnehmer - die Hauptschuldnerin - die selbstschuldnerische Bürgschaft für



die ordnungsgemäße Erfüllung der von dem Auftragnehmer gemäß dem oben bezeichneten Vertrag (1. Bauabschnitt-Rohbauabnahme) übernommenen Verpflichtungen gegenüber dem Auftraggeber - der Klägerin - bis zur Gesamthöhe von 52 000 DM." In dem von der beklagte Sparkasse verwendeten Bürgschaftsformular heißt es weiter:

"Wir verpflichten uns, jeden Betrag bis zu dieser Gesamthöhe an den Auftraggeber zu zahlen, sofern der Auftragnehmer seinen Verpflichtungen aus dem oben bezeichneten Vertrag nicht oder nicht vollständig nachgekommen ist. Auf die Einreden der Anfechtung und der Aufrechnung sowie der Vorklage (§§ 770, 771 BGB) wird verzichtet.

Wir behalten uns vor, uns jederzeit von dieser Bürgschaft dadurch zu befreien, daß wir den Betrag von 52 000 DM in bar bei der zuständigen Hinterlegungsstelle als Sicherheit anstelle dieser Bürgschaft hinterlegen.

..."

Am selben Tag verbürgte sich die Beklagte zu denselben Bedingungen für die Verpflichtungen der Hauptschuldnerin aus dem "2. Bauabschnitt-Bezugsfertigkeit".

Am 8. Januar 1982 kündigte die Klägerin den Bauvertrag, weil die Hauptschuldnerin die Werkleistungen nicht zeitgerecht und nicht vollständig erbracht habe. Die Klägerin beziffert ihren Schaden auf über 400 000 DM. Die Beklagte zahlte nur auf die Bürgschaft für den 2. Bauabschnitt. Wegen der Bürgschaft für den 1. Bauabschnitt-Rohbauabnahme beantragte die Beklagte beim Amtsgericht - Hinterlegungsstelle, 52 612,44 DM anzunehmen, legte zu Begründung Abschrift der Bürgschaftsurkunde und eines Schreibens der Hauptschuldnerin, in dem jeder Anspruch der Klägerin geleugnet wird, vor, erklärte, auf das Rücknahmerecht nicht zu verzichten, und bezeichnete als Personen, die als Empfangsberechtigte in Betracht kommen, zunächst nur die

Klägerin, dann auch die Hauptschuldnerin. Darauf ordnete das Amtsgericht am 5. August 1982 an, den eingezahlten Betrag als Hinterlegung anzunehmen. Die Beschwerde der Klägerin dagegen wurde am 27. Oktober 1982 zurückgewiesen. Am 12. November 1982 teilte die Beklagte der Hinterlegungsstelle mit, daß die Hauptschuldnerin "ihre Forderung gegen Sie (Hinterlegungsstelle) über 52 612,44 DM aus Hinterlegung gemäß Hinterlegungsschein ... vom 5.8.1982" an die Beklagte "abgetreten hat". Den Antrag der Klägerin auf Herausgabe der hinterlegten Summe wies das Amtsgericht am 3. Dezember 1982 ab, weil die Beklagte als nunmehr an Stelle der Hauptschuldnerin Beteiligte nicht zustimme und die Empfangsberechtigung der Klägerin nicht nachgewiesen sei.

Vor dem Landgericht begehrte die Klägerin, die Beklagte zur Zahlung von 52 000 DM nebst 10 % Zinsen ab 21. Mai 1982, hilfsweise zur Einwilligung in die Auszahlung der hinterlegten 52 000 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Auf die Berufung gegen das dem Hauptantrag stattgebende Urteil wies das Oberlandesgericht die Klage ab. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf Zurückweisung der Berufung weiter.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht legt dar: Die Parteien hätten vereinbaren können, daß sich die Beklagte nicht nur durch Zahlung, sondern auch durch Hinterlegung von der Bürgschaft befreien dürfe. Die Wirksamkeit der vereinbarten Hinterlegung hänge nicht davon ab, daß Ungewißheit über die Person des Gläubigers (§ 372 Satz 2 BGB) bestünde. Vielmehr gälten in solchen Fällen die §§ 232 ff BGB, obwohl zugunsten der Klägerin und der Hauptschuldnerin hinterlegt worden sei, beide aber nicht zugleich Sicherungsberechtigte sein könnten. Die Hauptschuldnerin sei nicht Beteiligte im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 1 Hinterlegungsordnung geworden. Denn sie habe kein Pfandrecht nach

§ 233 BGB und deshalb auch kein Recht zum Empfang der Hinterlegungsmasse erwerben können. Aus diesem Grund habe sie trotz Benennung durch die Beklagte nicht die Stellung einer formell am Hinterlegungsverfahren Beteiligten erlangt.

Die vereinbarte Klausel werde von § 3 AGBG nicht berührt, weil sie Kaufleuten wie der Klägerin bekannt sei. Sie sei auch nicht nach § 9 AGBG unwirksam, weil sie keine ins Gewicht fallende Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der §§ 765 ff BGB enthalte. Da der Bürge die Einreden des Hauptschuldners nach § 768 BGB geltend machen könne und dazu gegenüber seinem Auftraggeber, dem Hauptschuldner, auch verpflichtet sei, stelle der Gläubiger sich nicht schlechter, wenn er den Hauptschuldner statt des Bürgen verklagen müsse. Daran ändere auch das Kostenrisiko nichts, das der Gläubiger durch den Prozeß gegen einen inzwischen insolvent gewordenen Hauptschuldner treffe, gegen den er wegen der Hinterlegung klagen müsse. Das Interesse der Bank oder Sparkasse an einer solchen Gestaltung überwiege das des Bürgschaftsgläubigers. Danach sei der Hauptantrag auf Zahlung unbegründet.

Die Erklärungen der Beklagten im Hinterlegungsverfahren seien unter Berücksichtigung der überreichten Bürgschaftsurkunden dahin auszulegen, daß die 52 000 DM an die Klägerin ausgezahlt werden sollten, sobald diese einen rechtskräftigen Titel gegen die Hauptschuldnerin vorlege. Deshalb sei auch der Hilfsantrag nicht gerechtfertigt.

Mit dieser Begründung kann die Klage nicht abgewiesen werden.

Mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts muß der erkennende Senat davon ausgehen, daß die Hauptschuldnerin ihre Verpflichtungen aus dem Bauvertrag vom 5. November 1980 schon im 1. Bauabschnitt bis zur Rohbauabnahme nicht ordnungsgemäß und zeitgerecht erfüllt hat, deshalb

einen die Bürgschaftssumme übersteigenden Betrag jedenfalls seit Kündigung des Bauvertrags schuldet und dagegen auch keine Einreden hat, auf die sich die Beklagte als Bürgin stützen könnte. Von der mithin entstandenen Zahlungspflicht aus der selbstschuldnerischen Bürgschaft vom 25. Februar 1981 (§§ 765, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB) hat sich die Beklagte durch die Hinterlegung der Bürgschaftssumme nicht befreit:

1. Gemäß §§ 372, 378 BGB ist die Beklagte nicht von ihrer Bürgschaftsschuld frei geworden.

Wenn der Gläubiger einer Bürgschaftsforderung im Verzug der Annahme ist oder wenn der Bürge aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grund oder infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Unge-
wißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann, darf der Bürge nach § 372 BGB hinterlegen. Durch die Hinterlegung wird der Bürge, sofern er auf die Rücknahme verzichtet (§ 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder einer der in Betracht kommenden Gläubiger die Annahme erklärt (§ 376 Abs. 2 Nr. 2 BGB), von seiner Zahlungspflicht gemäß § 378 BGB frei. Da hier die Hinterlegungsanordnung zugunsten zweier Berechtigter, der Klägerin und der Hauptschuldnerin, ergangen ist, weist sie auf eine Hinterlegung nach §§ 372 ff BGB hin. Sie ist formell wirksam, auch wenn ein materieller Hinterlegungsgrund fehlt (BGH, Urt. v. 28. April 1952 - IV ZR 122/51 = LM BGB § 142 Nr. 1). Dann treten jedoch die schuldrechtlichen Wirkungen der Hinterlegung, hier das Erlöschen des Bürgschaftsanspruchs nach § 378 BGB, nicht ein. Denn die materielle Rechtsfolge des § 378 BGB setzt voraus, daß einer der Tatbestände des § 372 BGB erfüllt ist (BGH, Urt. v. 30. Oktober 1984 - IX ZR 92/83, ZIP 1985, 18 = WM 1984, 1630). Diese sind hier, wie auch das Berufungsgericht erkennt, nicht verwirklicht: Als Bürgschaftsgläubiger kommt nur die Klägerin in Betracht. Sie befindet sich nicht im Verzug der Annahme. Auch sonst sind keine in der Person der Klägerin liegenden Gründe vorhanden, aus denen die

Beklagte ihre Bürgschaftsschuld nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen könnte. Das gilt gerade auch dann, wenn die Hauptschuldnerin aus einem anderen Rechtsgrund als die Klägerin Ansprüche gegen die Beklagte haben sollte (BGH, Urt. v. 30. Oktober 1984 aaO; Urt. v. 15. Dezember 1954 - VI ZR 192/53 = LM BGB § 372 Nr. 6).

2. Auch wenn die Hinterlegung der Bürgschaftssumme nach den §§ 232 ff BGB beurteilt wird, ist der Anspruch der Klägerin aus der Bürgschaft nicht erloschen.

Den Parteien stand es frei zu vereinbaren, daß die Beklagte als Bürgschaftsschuldnerin berechtigt sei, bei der Hinterlegungsstelle des Amtsgerichts die Bürgschaftssumme als Sicherheit für die Klägerin zu hinterlegen. Die §§ 232 ff BGB finden nicht nur Anwendung, soweit ein Schuldner nach gesetzlichen Vorschriften verpflichtet oder befugt ist, Sicherheit zu leisten, sondern auch dann, wenn ein Gläubiger als Sicherungsnehmer und sein Schuldner oder ein Dritter als Sicherungsgeber durch Rechtsgeschäft die Pflicht oder auch das Recht zur Sicherheitsleistung begründen (allg. M. MünchKomm/von Feldmann 2. Aufl. § 232 Rdn. 1; Staudinger/Dilcher BGB 12. Aufl. vor § 232 Rdn. 4; RGRK/Johannsen BGB 12. Aufl. vor § 232 Rdn. 4; Erman/Hefermehl BGB 7. Aufl. vor § 232 Rdn. 1; Palandt/Heinrichs BGB 44. Aufl. vor § 232 Anm. 1; Bülow/Mecke Hinterlegungsordnung 2. Aufl. vor § 1 Rdn. 8 Abs. 1 und Anh. zu § 13 Rdn. 20).

Die Beklagte hat ihre Bürgschaftserklärung samt Klausel in einem Formular abgegeben, das nach seinem Inhalt häufig und überregional als typisches Vertragsmuster von Banken und Sparkassen verwendet wird. Der Senat ist daher frei, die Klausel auszulegen (BGH, Urt. v. 18. November 1976 - VII ZR 150/75 = NJW 1977, 294; v. 2. Oktober 1980 - IVa ZR 19/80 = VersR 1980, 1170).

a) Eine Befreiung der Beklagten von ihrer Bürgschaft wäre nicht zu erreichen, wenn die vereinbarte Klausel, nach der die Bürgin das Recht hat, sich von ihrer Verpflichtung durch Hinterlegung zu befreien, dahin ausgelegt würde, daß die Beklagte die geschuldete Bürgschaftssumme als Sicherheit für den Anspruch der Klägerin aus der Bürgschaft hinterlegen dürfe. In diesem Fall hätte die Klägerin, nachdem die dementsprechend von der Beklagten im August 1982 hinterlegten 52 612,44 DM nach § 7 Abs. 1

HinterlegungsO in das Eigentum des Landes übergegangen sind, gemäß § 233 BGB zur Sicherung ihrer Bürgschaftsforderung ein gesetzliches Pfandrecht an der Forderung der Beklagten auf Rückerstattung des hinterlegten Betrages erworben. Das würde bedeuten: Gemäß §§ 1257, 1273 BGB gelten für dieses Pfandrecht mit Ausnahme der §§ 1208 und 1213 Abs. 2 BGB die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen, soweit sich nicht ein anderes aus den §§ 1274 - 1296 BGB ergibt. Erst nach Eintritt der Pfandreife im Sinne des § 1228 Abs. 2 BGB kann die Hinterlegungsstelle als Schuldnerin des verpfändeten Rückerstattungsanspruchs an den Pfandgläubiger leisten (§ 1279, 1282 Abs. 1 BGB). Die Pfandreife mit der daraus folgenden Berechtigung zur Einziehung der Rückerstattungsforderung muß der Pfandgläubiger der Hinterlegungsstelle nachweisen. Da hier die Rückerstattungsberechtigte, die Beklagte, die Einziehung durch die Pfandgläubigerin, die Klägerin, nicht im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 1 HinterlegungsO bewilligt und die Klägerin ihre Berechtigung auch sonst nicht nachweisen kann, bliebe ihr nur übrig, gegen die Beklagte als Schuldnerin der durch das Pfandrecht gesicherten Bürgschaftsforderung ein rechtskräftiges auf Leistung lautendes Urteil zu erstreiten und so die Pfandreife darzutun. Erst die darauf erfolgende Zahlung der Hinterlegungsstelle an die Klägerin würde dann gemäß § 1288 Abs. 2 BGB als Erfüllung der gesicherten Bürgschaftsschuld gelten (vgl. dazu Bülow/Mecke Hinterlegungsordnung 2. Aufl. Anh. zu § 13 Rdn. 20 und 21).

b) Eine Befreiung von der Bürgschaft hätte die beklagte Sparkasse allerdings erreichen können, wenn sie folgende, soweit ersichtlich nur von

Schütz (Bankgeschäftliches Formularbuch 18. Ausgabe, 1969 S. 333) grob umrissene Auslegung der Klausel beachtet hätte: Die Bürgin darf sich von ihrer Bürgschaftsverpflichtung dadurch befreien, daß sie gemäß § 232 BGB zu gunsten der Gläubigerin die Bürgschaftssumme hinterlegt; mit dieser Hinterlegung soll aber nicht für die Bürgschaftsforderung, von der sich die Bürgin befreien will, sondern für den Anspruch der Gläubigerin gegen die Hauptschuldnerin Sicherheit geleistet werden. Für dieses Verständnis spricht die Fassung der Klausel: ... "daß wir den Betrag ... als Sicherheit anstelle dieser (erlöschenden) Bürgschaft (, die ja die Hauptverbindlichkeit bisher sicherte) hinterlegen". Danach ist es der Sparkasse oder Bank gestattet, sich von ihrer Bürgschaft dadurch zu befreien, daß sie Sicherheit nicht wie üblich als Schuldnerin (für ihre Bürgschaftsschuld), sondern als Dritte für die Hauptverbindlichkeit leistet. Wird dementsprechend von der Bürgin hinterlegt, sichert das Pfandrecht an ihrer Rückerstattungsforderung nach § 233 BGB nicht den Bürgschaftsanspruch, sondern die bisher verbürgte Forderung, hier der Klägerin auf ordnungsgemäße Erfüllung des Bauvertrags vom 5. November 1980 gegen die Hauptschuldnerin. Als Pfandgläubigerin kann die Klägerin die Rückerstattungsforderung der Beklagten gegen die Hinterlegungsstelle gemäß §§ 1257, 1273, 1279, 1282 Abs. 1 BGB einziehen, wenn die Pfandreife (§ 1228 Abs. 2 BGB) gegenüber der Hauptschuldnerin eingetreten ist. Daß die Klägerin die Pfandreife, also den Bestand und die Fälligkeit der gesicherten Forderung nur durch ein gegen die Hauptschuldnerin erstrittenes Urteil nachweisen könne, wie das Berufungsgericht meint, ist der Vereinbarung, die die Bürgin zur Hinterlegung ermächtigt, jedoch nicht zu entnehmen. Der Wortlaut und der Sinn der Klausel, insbesondere die vereinbarte Befreiung von der Bürgschaft, schränken die Befugnisse der durch die Hinterlegung Berechtigten, die ihr aufgrund des § 233 BGB als Pfandgläubigerin zustehen, nicht ein. Die Klägerin kann deshalb gemäß §§ 1257, 1273, 1279, 1282 Abs. 2, 2. Halbsatz, 1277, 1210, 1211 BGB von der hinterlegenden Beklagten als Sicherungsgeberin (Verpfänderin) die Duldung der Einziehung der mit dem Pfandrecht belasteten Forderung oder, was dem gleichsteht, die Zustimmung zur Auskehrung des hinterlegten Betrages verlangen.

Bei diesem Verständnis ist die Klausel nicht nach §§ 3 oder 9 AGBG zu beanstanden. Sie beläßt dem Gläubiger die Rechte, die ihm der als Selbstschuldner haftende Bürge durch den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage (§§ 771, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB) eingeräumt hat. Daß der Gläubiger aufgrund der Hinterlegung nur noch Zinsen nach § 8 HinterlegungsO erhält, benachteiligt ihn nicht über Gebühr.

c) Die Beklagte hat entsprechend diesem Verständnis der Klausel nicht hinterlegt. Sie hätte neben der Klägerin die Hauptschuldnerin nicht als Empfangsberechtigte benennen dürfen, sondern als Schuldnerin der Forderung bezeichnen müssen, für die durch die Hinterlegung Sicherheit geleistet werde. Nachdem die Beklagte am 12. November 1982 angezeigt hatte, daß die Hauptschuldnerin ihre Forderung gegen die Hinterlegungsstelle an die Beklagte abgetreten habe, waren Sinn und Zweck der Hinterlegung keinesfalls geklärt. Die Beklagte hat vielmehr den Standpunkt vertreten, daß der Klägerin der hinterlegte Betrag nur ausgezahlt werden dürfe, wenn sie ein dem Anspruch gegen die Hauptschuldnerin stattgebendes Urteil erwirkt habe. Dem entsprechend hat das Berufungsgericht die Erklärungen der Beklagten gegenüber der Hinterlegungsstelle auch verstanden. Da mithin die Hinterlegung nicht den Anforderungen genügt, die nach der gebotenen Auslegung der Klausel erfüllt sein müssen, um das Erlöschen der Bürgschaft herbeizuführen, ist die Beklagte weiterhin aus ihrer am 25. Februar 1981 übernommenen Bürgschaft verpflichtet.

3. Danach kann das klagabweisende Urteil keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist jedoch nicht entscheidungsreif. Entgegen der Meinung der Klägerin enthält die Bürgschaft keine Bestimmung, die sich mit der Klausel "Zahlung auf erstes Anfordern" vergleichen ließe. Die Beklagte ist keineswegs gehalten, aufgrund der Bürgschaft ohne Rücksicht auf Bestand, Höhe und Fälligkeit der Hauptforderung der Klägerin aus dem Bauvertrag (1. Bauab-

schnitt - Rohbauabnahme) zu zahlen. Sie ist als Bürgin nur in der Höhe bis zum Betrag von 52 000 DM verpflichtet, in der die Hauptverbindlichkeit besteht (§ 767 Abs. 1 BGB). Die Beklagte kann auch Einreden der Hauptschuldnerin geltend machen. Darüber wird das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung aufgrund des zu ergänzenden Vortrags der Parteien zu entscheiden haben.

Merz

Zorn

Henkel

Fuchs

Winter