

25

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 765, 276 (Fa), 278

Zur Frage, ob der Gesellschafter einer GmbH, der sich für einen Bankkredit der GmbH verbürgt hat, der Bank gegenüber einwenden kann, er habe aufgrund des von der Bank ausgefüllten und von ihm unterzeichneten Vertragsformulars sich darauf verlassen, daß auch die anderen Gesellschafter sich für den Kredit verbürgen würden.

BGH, Urt. v. 5. Dezember 1973 - VIII ZR 141/72 - OLG Köln
LG Bonn

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 141/72

URTEIL

Verkündet am

5. Dezember 1973

Scheibl,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Landwirts Wilhelm K. in E. bei H.,
W. Straße,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Lastenausgleichsbank (Bank für Vertriebene und
Geschädigte), Anstalt des öffentlichen Rechts, ver-
treten durch ihre Vorstandsmitglieder Dr. Hans H.,
Dr. Klaus H., Dr. Herbert H. und Dr. Martin O.
in E. L. str.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte und -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Mormann, Braxmaier und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 22. März 1972 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte, ein älterer Landwirt, war seit 1958 mit weiteren 6 Gesellschaftern Gesellschafter der "E- H-", B- T-gesellschaft mit beschränkter Haftung in H- (im folgenden: Hauptschuldnerin), an deren Stammkapital von 50 000 DM er mit einer Stammeinlage von 10 000 DM beteiligt war. Die klagende Bank, eine Anstalt des öffentlichen Rechts, gewährte lt. notarieller Darlehnsurkunde vom 4. Juni 1962 der Hauptschuldnerin ein mit 1,6 % jährlich zu verzinsendes, in 16 Halbjahresraten bis zum 1. Oktober 1971 zurückzuzahlendes Darlehn von 180 000 DM. Nach Nr. 8 des Darlehns-



vertrages waren u.a. folgende Sicherheiten zu bestellen:

- "1) Grundschild in Darlehnshöhe auf dem Grundstück E[REDACTED] ... nach Vorlasten in Abt. III in Höhe von DM 197 600,-- ...
- 2) Selbstschuldnerische Bürgschaft der Gesellschafter je in Darlehnshöhe ...
- 3) ..."

Abweichend von Nr. 8 zu 2 der Darlehnsurkunde übernahm von den Gesellschaftern der Hauptschuldnerin nur der Beklagte, außerdem der - inzwischen verstorbene - Geschäftsführer B[REDACTED] der Hauptschuldnerin die Bürgschaft. Der Beklagte hat als Bürgschaftsurkunde ein von der Klägerin stammendes und von ihr ausgefülltes gedrucktes Formular unterschrieben, das ihm die Klägerin über die Hauptschuldnerin zugeleitet hatte. In dem mit Schreibmaschine ausgefüllten Formular hieß es ursprünglich:

"Für dieses Darlehen übernehmen wir, und zwar

(es folgen Namen und Anschriften des Geschäftsführers B[REDACTED] und der sieben Gesellschafter der Hauptschuldnerin, mit dem Beklagten an letzter Stelle)...

hiermit die selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von je DM 180 000 ..."

In dem vorliegenden, vom Beklagten allein unterschriebenen Formular sind die Namen der übrigen sechs Gesellschafter gestrichen. Die Unterschrift des Beklagten ist unter dem Datum des 20. Juni 1962 von einem Notar beglaubigt worden. Dieser hat auf die Rückseite

der Urkunde, ebenfalls unter dem Datum des 20. Juni 1962, folgenden Vermerk gesetzt:

"Die Bürgen ...

(es folgen die Namen der übrigen sechs Gesellschafter)

entfallen in dieser Urkunde."

Ob die Namen der übrigen sechs Gesellschafter in dem Formular bereits gestrichen waren, als der Beklagte unterschrieb, oder ob der Notar sie erst nachträglich gestrichen hat, ist zwischen den Parteien streitig. In dem Formularvertrag heißt es u.a.:

"Für die Bürgschaft gelten folgende Bedingungen: ...

- 3) Die Bürgen erkennen alle Maßnahmen und Vereinbarungen, die die (Klägerin) zur Geltendmachung ihrer Forderungen für nützlich erachtet, als für sich verbindlich an und entbinden die (Klägerin), soweit gesetzlich zulässig, von jeglicher Haftung für die Höhe des Ausfalls. Die (Klägerin) soll insbesondere befugt sein, alle Sicherheiten und Vorzugsrechte, die ihr sonst für diese Schuld bestellt sind oder noch bestellt werden, lediglich nach ihrem Ermessen zu verwerten oder aufzugeben, namentlich auch Mitbürgen aus ihrer Haftung zu entlassen, ohne daß hierdurch der Umfang der Bürgschaftsverpflichtung geändert wird.
- 4) Die Bürgen können Einwendungen nicht daraus herleiten, wenn die (Klägerin) den Hauptschuldner nicht unverzüglich in Anspruch nimmt, einem gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich zustimmt oder aus irgendeinem Grunde eine Herabsetzung oder Stundung der verbürgten Forderung erfolgt.

Die Bürgschaft bleibt auch bei einer etwaigen Verlängerung der Laufzeit des von der (Klägerin) gegebenen Kredites in Geltung.

- 5) Die Bürgen verzichten auf die Geltendmachung der ihnen nach dem Gesetz zustehenden Einreden, insbesondere auf die Einreden nach § 768 BGB, die aufschiebenden Einreden nach § 770 BGB sowie die Einrede der Vorausklage gem. § 771 BGB und die Rechte aus § 776 BGB. ..."

Am 28. November 1962 übernahm auf Verlangen des Beklagten die Ehefrau B. gegenüber dem Beklagten die selbstschuldnerische Bürgschaft für dessen Ausgleichsansprüche aus der Bürgschaft gegen ihren Ehemann.

Noch im Jahre 1962 trat mit schriftlicher Zustimmung des Beklagten an die Stelle der die Darlehnsforderung sichernden Grundschuld auf dem Grundstück in Empelde eine Gesamtgrundschuld auf Wohnungseigentumsrechten in A., weil das Grundstück in E. nach seiner Bebauung durch die Hauptschuldnerin bestimmungsgemäß veräußert wurde. Im Jahre 1965 verlängerte die Klägerin durch Vereinbarung mit der Hauptschuldnerin die Laufzeit des Darlehns vom 1. Oktober 1971 bis zum 31. März 1989. Hiervon unterrichtete die Klägerin den Beklagten durch Schreiben vom 13. Mai 1965. Nachdem die mit der Gesamtgrundschuld von 180 000 DM belasteten Eigentumswohnungen in A. fertiggestellt waren, ergab sich für die Hauptschuldnerin erneut das Problem einer Auswechslung der dinglichen Sicherung. Trotz der vom Beklagten durch Anwaltsschreiben vom 9. Februar 1966 erhobenen Bedenken

setzte nunmehr die Hauptschuldnerin an die Stelle der weiterveräußerten Eigentumswohnungen in A ein Altenwohnheim in H als Belastungsobjekt. Hier- von unterrichtete die Klägerin den Beklagten im Ja- nuar 1967. Am 9. August 1967 fiel die Hauptschuldnerin in Konkurs. Bei der späteren Zwangsversteigerung des Altenwohnheims wurde das Grundstück für 644 000 DM zu- geschlagen. Die Klägerin fiel mit ihrer Grundschild, der rd. 700 000 DM Vorbelastungen vorgingen, aus.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten aus der Bürg- schaft einen Teilbetrag von 30 000 DM. Der Beklagte wendet im wesentlichen ein, die Bürgschaft sei wegen der anstößigen Bestimmungen des Formulars zum Nach- teil des Bürgen gemäß § 138 BGB nichtig, jedenfalls aber sei seine Inanspruchnahme im Hinblick auf die eigenmächtigte Verlängerung der Laufzeit des Darlehns und die Verschlechterung der dinglichen Sicherung durch die Klägerin, sowie im Hinblick darauf, daß die Klä- gerin ohne sein Wissen auf die Bürgschaften der an- deren Gesellschafter verzichtet habe, rechtsmißbräuch- lich.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme den Be- klagten antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsge- richt hat seine Berufung zurückgewiesen. Mit der Re- vision verfolgt der Beklagte seinen Antrag weiter, die Klage abzuweisen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Nichtigkeit der Bürgschaft wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)?

Das Berufungsgericht verneint die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 und 1 BGB:

Der Beklagte habe nicht dargelegt, daß die Klägerin seine Unerfahrenheit ausgebeutet habe. Er sei seit 1958 Gesellschafter der Hauptschuldnerin gewesen, habe dieser auch eigene Grundstücke veräußert und habe ihr in mehreren Fällen Darlehen zur Durchführung ihrer Bauvorhaben gewährt. Er sei deshalb hinreichend geschäftserfahren gewesen, um das Risiko einer Bürgschaft abschätzen zu können.

Der Beklagte sei auch nicht durch die besonderen Vertragsbedingungen der Bürgschaft in sittenwidriger Weise rechtlos gestellt worden. Es liege im billigen Interesse eines Kreditgebers, sich gegebenenfalls mehrfach abzusichern. Dies sei insbesondere für den vorliegenden Fall zu bejahen, weil die Hauptschuldnerin Bauten erstellte, die nur bis zur Übertragung auf die in Aussicht genommenen Erwerber als dingliche Sicherung hätten dienen können. Durch den infolgedessen notwendigen, sich wiederholenden Austausch der dinglichen Sicherungsobjekte sei für die Klägerin ein besonderes Risiko entstanden, das eine Doppelsicherung durch eine zusätzliche Bürgschaft nahegelegt habe. Als Anstalt des öffentlichen Rechts, die öffentliche Mittel

verwaltete, sei die Klägerin auch im Interesse der Allgemeinheit gehalten gewesen, die Rückzahlung der Darlehen sicherzustellen. Unter diesen Umständen hielten sich die Vertragsbedingungen, insbesondere die Nr. 3, 4 und 5, im Rahmen vertretbarer Parteivereinbarungen.

Die Revision greift diese Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB nicht an. Das Berufungsurteil läßt insoweit auch keinen Rechtsfehler erkennen. Die Bürgschaft des Beklagten ist deshalb nicht nach § 138 BGB nichtig.

II. Einschränkung der Bürgschaft durch mündliche Parteivereinbarung (Zeitbürgschaft oder Ausfallbürgschaft)?

1. Der Beklagte hat in den Vorinstanzen die Ausführungen der Klägerin über ihr besonderes Sicherungsbedürfnis wegen des von Anfang an vorgesehenen Austausches der Sicherungsobjekte zum Anlaß genommen, eine mündlich vereinbarte Einschränkung der Bürgschaft in dem Sinne zu behaupten, die Bürgschaft sei eine Ausfallbürgschaft gewesen und habe ferner nur für die Zeiträume gelten sollen, während derer "wegen einer Umbesicherung eine dingliche Sicherheit nicht vorhanden gewesen sei". Das Berufungsgerecht (BU S. 29) lehnt eine Ausfallbürgschaft in Anlehnung an das Urteil des Landgerichts schon im Hinblick auf Nr. 3 der besonderen Bedingungen des Bürgschaftsvertrages ab, ferner deshalb, weil die Parteien in Nr. 14 ausdrücklich die Bürgschaft eines

anderen Bürgen als Ausfallbürgschaft im Verhältnis zur Bürgschaft des Beklagten bezeichnet hätten, woraus sich der Rückschluß rechtfertige, daß die Bürgschaft des Beklagten keine Ausfallbürgschaft habe sein sollen.

Das Vorbringen des Beklagten bezüglich der mündlichen Vereinbarung einer Zeitbürgschaft hält das Berufungsgericht für unerheblich:

Zwar bedürfe eine die Verpflichtung des Bürgen einschränkende Abrede nicht der Schriftform nach § 766 BGB. Nach Nr. 8 der besonderen Bedingungen des Bürgschaftsvertrages sollten aber hier "Änderungen dieser Bürgschaftserklärung nur nach ausdrücklicher schriftlicher Vereinbarung gelten". In der Bürgschaftsurkunde komme die vom Beklagten behauptete Einschränkung nicht zum Ausdruck. Sollte sie jemals erklärt worden sein, wobei nicht ersichtlich sei, inwieweit sie als von der Klägerin stammend für diese verbindlich dem Beklagten gegenüber geäußert worden wäre, so wäre sie jedenfalls gemäß § 125 BGB analog unwirksam.

Die Rügen der Revision bleiben im Ergebnis ohne Erfolg.

2. Eine Ausfallbürgschaft hat das Berufungsgericht zu Recht schon im Hinblick auf Nr. 3 der besonderen Bürgschaftsbedingungen verneint. Daß nach dieser Bestimmung der Beklagte "alle Maßnahmen und Vereinbarungen, die die (Klägerin) zur Geltendmachung

23

ihrer Forderungen für nützlich erachtet, als für sich verbindlich anerkennt und ... (die Klägerin) von jeglicher Haftung für die Höhe des Ausfalls entbindet", ist mit dem Wesen einer Ausfallbürgschaft schlechthin unvereinbar, ebenso wie die weitere Vertragsbestimmung, daß "(die Klägerin)... befugt sein soll, alle Sicherheiten und Vorzugsrechte, die ihr sonst für diese Schuld bestellt sind oder noch bestellt werden, lediglich nach ihrem Ermessen zu verwerten oder aufzugeben, ... ohne daß hierdurch der Umfang der Bürgschaftsverpflichtung geändert wird."

Zur Verneinung einer Zeitbürgschaft bedurfte es nicht der entsprechenden Anwendung des § 125 BGB, gegen die die Revision sich wendet. Der Beklagte hat sich für seine Behauptung, die Bürgschaft habe von Anfang an nur für die Zeitabschnitte gelten sollen, in denen wegen des Wegfalls der dinglichen Sicherungsobjekte eine dingliche Sicherung nicht bestanden habe, an den Vortrag der Klägerin angehängt, mit dem diese ihr Verlangen gegenüber der Hauptschuldnerin nach einer zusätzlichen Sicherung ihrer Darlehnsforderung durch Bürgschaft damit motiviert hatte, daß von Anfang an mit einem Austausch der dinglichen Sicherungsobjekte gerechnet wurde. Die Klägerin hat aber weder behauptet noch zugestanden, daß sie dadurch veranlaßt worden sei, die Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten im Sinne einer Zeitbürgschaft auf die Zeitabschnitte zu beschränken, in denen eine dingliche Sicherung nicht gegeben war. Der Beklagte hätte deshalb, was das Berufungsurteil (S. 18) zu Recht vermißt, im einzelnen darlegen und gegebenenfalls unter Beweis stellen müssen, wie die Klägerin gegenüber

dem Beklagten zum Ausdruck gebracht haben soll, daß die Bürgschaft nur als Zeitbürgschaft in dem erwähnten Sinne gelten sollte. Dies war um so mehr erforderlich, als das Bürgschaftsformular der Klägerin eindeutig deren Bestreben zum Ausdruck bringt, die Rechte des Bürgen auf das gesetzlich zulässige Mindestmaß einzuengen und für alle Abweichungen von den Formularbedingungen die Schriftform zu fordern. Unter diesen Umständen war vom Beklagten der eindeutige Nachweis zu erbringen, daß die Klägerin gleichwohl eine so wesentliche Einschränkung ihrer Rechte, wie eine Zeitbürgschaft sie zur Folge gehabt hätte, nicht nur ohne schriftliche, sondern sogar ohne ausdrückliche Erklärung hinzunehmen bereit war. Daran fehlt es. Das Berufungsgericht hat deshalb ohne Rechtsfehler auch die Vereinbarung einer Zeitbürgschaft verneint.

III. Alleinbürgschaft des Beklagten statt Mitbürgschaft aller Gesellschafter der Hauptschuldnerin

1. Der Beklagte behauptet, als er die Bürgschaftsurkunde unterschrieben habe, seien die Namen der anderen Gesellschafter in dem ausgefüllten Formular noch nicht gestrichen gewesen. Er habe deshalb angenommen, daß er nur zusammen mit seinen Mitgesellschaftern als Bürge haften werde. Die Klägerin habe es zu vertreten, daß er in dieser irrigen Annahme sich verbürgt habe, entweder weil sie mit dem Geschäftsführer B. der Hauptschuldnerin bei dieser Täuschung zusammengewirkt habe, oder weil sie jedenfalls für dessen Verschulden als das ihres Verhandlungsgehilfen wie für ein eigenes einzustehen habe.

Zur Frage, wann und von wem die Streichungen in dem Bürgschaftsformular vorgenommen worden sind, stellt das Berufungsgericht fest:

Die Klägerin habe die erforderliche Anzahl der ausgefüllten Bürgschaftsformulare der Hauptschuldnerin (Geschäftsführer B██████) übersandt. B██████ habe zunächst der Klägerin mitgeteilt, daß es ihm nicht gelungen sei, Bürgen im gewünschten Umfang oder überhaupt Bürgen zu beschaffen. Am 12. Juni 1962 habe der Notar die Unterschriften des Beklagten und des Geschäftsführers Bartel unter je einer Bürgschaftsurkunde beglaubigt. Die Hauptschuldnerin habe mit Schreiben vom 13. Juni 1962 die beiden Bürgschaftsurkunden an die Klägerin übersandt. Die Klägerin habe sich mit diesen Urkunden nicht zufrieden gegeben, weil in ihnen die Namen der übrigen, als Bürgen vorgesehenen Gesellschafter nicht gestrichen gewesen seien und habe am 19. Juni 1962 telefonisch vom Geschäftsführer Bartel neue Urkunden angefordert, in der die Namen der übrigen Gesellschafter gestrichen würden bzw. durch einen berichtigenden Zusatz des Notars klargestellt werde, daß die übrigen Gesellschafter aus der Urkunde nicht haften sollten. Demgemäß habe der Notar die Unterschrift des Beklagten unter einer neuen Urkunde mit Datum vom 20. Juni 1962 beglaubigt. Es sei nicht bewiesen, daß die Streichungen in dem Formular schon vorgenommen gewesen seien, als der Beklagte - möglicherweise nicht vor dem Notar, sondern im Wartezimmer eines Arztes, wo ihn die Ehefrau B██████ im Auftrag ihres Ehemannes aufgesucht habe - das Formular unterschrieben habe. Aus dem eigenen späteren Verhalten des Beklagten, insbesondere daraus, daß er erstmals im Prozeß sich auf

das Fehlen der Bürgschaften der anderen Gesellschafter berufen habe, ergebe sich jedoch, daß es ihm bei der Übernahme seiner Bürgschaft nicht entscheidend darauf angekommen sei, daß auch die übrigen Gesellschafter sich verbürgten. Im übrigen treffe auch die Klägerin kein Verschulden hinsichtlich eines etwaigen Irrtums des Beklagten. Es entfalle deshalb eine Haftung der Klägerin wegen angeblichen Verschuldens bei Vertrags-schluß.

2. Die Angriffe der Revision bleiben im Ergebnis ohne Erfolg.

a) Sie wendet sich in erster Linie mit Verfahrensrügen gegen die Feststellung, es sei dem Beklagten bei Übernahme der Bürgschaft nicht entscheidend darauf angekommen, ob auch die übrigen Gesellschafter sich verbürgten. Ob insoweit rechtliche Bedenken gegen die Feststellung des Berufungsgerichts begründet sind, kann unentschieden bleiben. Auf jeden Fall trägt die Hilfsbegründung das Berufungsurteil, die Klägerin sei für einen etwaigen Irrtum des Beklagten in diesem Punkte nicht verantwortlich.

b) Grundsätzlich sind aus dem Bürgschaftsvertrag, der ein den Bürgen streng einseitig verpflichtender Vertrag ist, für den Gläubiger Sorgfaltspflichten gegenüber dem Bürgen auch als Nebenpflichten nicht herzuleiten (BGH WM 1963, 24). Etwas anderes kann allerdings, weil auch der Bürgschaftsvertrag dem das Schuldrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) untersteht, u.a. dann gelten, wenn der Gläubiger

- auch nur objektiv - einen Irrtum des Bürgen über den Umfang seines Bürgschaftsrisikos veranlaßt hat (vgl. BGH NJW 1968, 986 = WM 1968, 398). Dann kann der Gläubiger nach Treu und Glauben verpflichtet sein, dafür zu sorgen, daß der Bürge vor der Bürgschaftsübernahme über seinen Irrtum aufgeklärt wird. Hier hatte - unterstellt man den Vortrag des Beklagten, er habe noch bei der Unterzeichnung der Bürgschaft vom 20. Juni 1962 geglaubt, es würden alle Gesellschafter sich verbürgen - die Klägerin möglicherweise diesen Irrtum des Beklagten dadurch mitveranlaßt, daß für die Bürgschaftserklärung ein von der Klägerin ausgefülltes Formular verwandt wurde, nach dem sämtliche Gesellschafter sich verbürgen sollten. Die Klägerin hat aber, wie das Berufungsurteil (S. 26 f) zutreffend feststellt, das ihr Zumutbare getan, einen solchen Irrtum des Beklagten zu beseitigen, indem sie am 19. Juni 1962 von der Hauptschuldnerin eine neue Bürgschaftserklärung des Beklagten verlangte, in der dieser Punkt klargestellt wurde. Darin lag nach der ausdrücklichen Feststellung des Berufungsurteils nicht die Aufforderung, eine vorhandene Urkunde ohne Mitwirkung des Beklagten abzuändern oder mit einem Zusatz zu versehen, sondern die - auch von der Hauptschuldnerin und vom Notar so verstandene - Aufforderung, eine zweite Bürgschaftsurkunde des Beklagten beizubringen, in der dieser Punkt korrekt klargestellt war. Der Beklagte hat nichts dafür vorgetragen, warum die Klägerin hätte annehmen sollen, daß die Hauptschuldnerin - oder gar der Notar - ihrem Verlangen nicht in korrekter Weise entsprechen würden. Ein eigenes Verschulden kann deshalb der Klägerin insoweit nicht angelastet werden.

c) Für ein etwaiges Verschulden der Hauptschuldnerin, vertreten durch den Geschäftsführer Bartel, oder gar des Notars, hat aber die Klägerin nicht einzustehen. Denn beide waren, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, nicht Erfüllungsgehilfen der Klägerin im Sinne des § 278 BGB. Hinsichtlich des Notars bedarf das keiner weiteren Begründung, wohl aber bezüglich der Hauptschuldnerin, vertreten durch den Geschäftsführer Bartel.

Bei der Bürgschaft ist es die Regel, daß jeder der drei Beteiligten (Gläubiger, Hauptschuldner, Bürgen) mit jedem verhandelt: Der Gläubiger mit dem Hauptschuldner insoweit, als er von diesem eine Bürgschaft verlangt, der Gläubiger mit dem Bürgen, weil zwischen beiden der Bürgschaftsvertrag geschlossen wird, und schließlich der Hauptschuldner mit dem Bürgen über den Grund der Bürgschaftsübernahme und das daraus sich ergebende Innenverhältnis zwischen beiden. Soll jemand für das Verhandlungsverhalten eines anderen Beteiligten verantwortlich gemacht werden, so bedarf es deshalb der Klärung, wer mit wem für wen verhandelt hat (VIII ZR 182/63 vom 5. April 1965 = LM BGB § 123 Nr. 31 = Warn 1965, 160).

Da üblicherweise nicht der Gläubiger dem Schuldner, sondern dieser dem Gläubiger einen Bürgen beschafft, liegt in einer entsprechenden Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner nicht ohne weiteres der Auftrag, für den Gläubiger mit dem Schuldner zu verhandeln. Ein solcher Auftrag lag hier insbesondere nicht darin, daß die Klägerin der Hauptschuldnerin

die - bei der vorgesehenen Verbürgung durch alle Gesellschafter - erforderliche Anzahl von ausgefüllten Formularen übersandte. Der vorliegende Fall hat - gegenüber anderen Kreditbürgschaften - zwei Besonderheiten, die es ausschließen, die Hauptschuldnerin insoweit als Verhandlungsgehilfin der Klägerin erscheinen zu lassen. Einmal lag die Kreditgewährung überhaupt nicht, wie sonst bei Banken, im Interesse der Klägerin, die als Anstalt des öffentlichen Rechts für bestimmte Zwecke (Wohnungsbau für Flüchtlinge und Vertriebene) besonders billige Darlehen (1 1/2 % Zinsen jährlich) vergeben konnte, für die sie sich nicht um Darlehensnehmer zu bemühen brauchte. Es war schon deshalb eindeutig und ausschließlich Sache der Hauptschuldnerin, die Bürgschaften beizubringen, an die die Gewährung des Darlehens geknüpft war. Ferner verlangte die Klägerin nicht Bürgschaften beliebiger Dritter, sondern der eigenen Gesellschafter der Hauptschuldnerin. Auch deshalb war es ausgeschlossen, daß in der Aufforderung der Klägerin, die Bürgschaften beizubringen, die Hauptschuldnerin den Auftrag finden konnte, für die Klägerin mit den Gesellschaftern zu verhandeln. Sich in diese gesellschaftsinternen Dinge einzumischen, bestand für die Klägerin kein Anlaß, und erst recht nicht, die Hauptschuldnerin bzw. ihren Geschäftsführer als Verhandlungsgehilfen mit der Folge einzuschalten, daß sie (Klägerin) für ein etwaiges Fehlverhalten eines solchen "Verhandlungsgehilfen" nach § 278 BGB einzustehen hatte. Dies alles gilt nicht nur für die erste Aufforderung der Klägerin an die Hauptschuldnerin, die Bürgschaften sämtlicher Gesellschafter zu beschaffen, sondern auch für ihre Aufforderung vom 19. Juni 1962,

eine neue korrigierte Urkunde des Beklagten beizubringen, nachdem die Bürgschaft der anderen Gesellschafter nicht zu erlangen war und die Klägerin sich mit der des Beklagten (und des Geschäftsführers Bartel) zufrieden geben wollte. Auch insoweit hat die Hauptschuldnerin durch ihren Geschäftsführer B. nicht für die Klägerin gehandelt und verhandelt, sondern lediglich für sich selbst als Kreditbewerberin, um das Darlehen zu erhalten.

Mit Recht hat deshalb das Berufungsgericht die Klägerin nicht über § 278 BGB für den angeblichen Irrtum des Beklagten verantwortlich gemacht.

IV. Der Einwand des Rechtsmißbrauchs gegenüber der Bürgschaftsforderung

1. Die Verlängerung der Laufzeit des Darlehens

a) Nach dem Darlehensvertrag war das Darlehen ab 1. April 1964 in 16 Halbjahresraten (von 11 250 DM) bis zum 1. Oktober 1971 zurückzuzahlen. Die Hauptschuldnerin zahlte nach der Behauptung des Beklagten nur im Jahre 1964 eine Halbjahresrate. Im Jahre 1965 verlängerte die Klägerin auf Bitten der Hauptschuldnerin die Laufzeit bis zum 31. März 1989. Das Berufungsgericht verneint den hierauf gestützten Einwand des Rechtsmißbrauchs schon deshalb, weil die Klägerin den Beklagten nur auf Zahlung eines Teilbetrages (von 30 000 DM) in Anspruch nehme. Das soll ersichtlich heißen, daß eine Restforderung der Klägerin von mindestens 30 000 DM auch dann nicht berührt werde,

wenn man die Klägerin deshalb für schadensersatzpflichtig halte, weil sie nicht für Einziehung der im Darlehensvertrag vorgesehenen Raten gesorgt, sondern statt dessen im Jahre 1965 die Laufzeit des Darlehens um 18 Jahre verlängert habe.

b) Was die Revision dagegen vorbringt, schlägt nicht durch.

Sie berechnet selbst, daß bei Einhaltung der Bestimmungen des Darlehensvertrages vom 4. Juni 1962 die Hauptschuldnerin bis zur Konkurseröffnung (9. August 1967) 67 800 DM an Tilgungsraten hätte aufbringen müssen. Dann wäre eine Darlehensrestforderung der Klägerin in Höhe von 122 200 DM verblieben, für die der Beklagte als Bürge einzustehen hatte. Dieser Folgerung will die Revision durch den Hinweis entgehen, daß "auf Grund der ursprünglichen Bedingungen die Klägerin den Kredit gekündigt hätte, anstatt ihn 1965 zu verlängern; dann wäre kein Ausfall eingetreten, weil die Hauptschuldnerin (1965) noch zahlungsfähig war." Die Revision will mithin die Klägerin nicht nur dafür verantwortlich machen, daß sie nicht die vereinbarten Tilgungsraten eingezogen hat, sondern darüber hinaus dafür, daß sie nicht den Verzug der Hauptschuldnerin mit den Tilgungsraten zum Anlaß genommen hat, den ganzen Darlehensbetrag sofort fällig zu stellen und einzuziehen. Eine solche vermeintliche Sorgfaltspflicht der Klägerin gegenüber dem Beklagten als Bürgen findet im Bürgschaftsvertrag, der grundsätzlich nur den Bürgen verpflichtet, keine Grundlage. Auf weitere Bedenken, die sich gegen die Begründetheit der Einwendung des Beklagten im übrigen aus Nr. 4

der Bürgschaftsbedingungen ergeben, braucht deshalb nicht eingegangen zu werden.

2. Die Verschlechterung der dinglichen Sicherheit

a) Nach Nr. 3 der "Bedingungen für die Bürgschaft" in dem Formular der Klägerin sollte "die (Klägerin) insbesondere befugt sein, alle Sicherheiten und Vorzugsrechte, die ihr sonst für diese Schuld bestellt sind oder noch bestellt werden, lediglich nach ihrem Ermessen zu verwerten oder aufzugeben, ... ohne daß hierdurch der Umfang der Bürgschaftsverpflichtung geändert wird". Gegen die Rechtswirksamkeit dieser Vertragsbestimmung ist bei den hier gegebenen besonderen Umständen auch unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB grundsätzlich nichts einzuwenden. Die dingliche Sicherung erfolgte nämlich (s. oben unter I) durch Belastung von Baugrundstücken, die nach Fertigstellung der Bauten durch die Hauptschuldnerin frei von dieser Grundschuld den Bauinteressenten übereignet werden mußten. Daraus ergab sich, wie allen Beteiligten bekannt war, die Notwendigkeit, das Grundstück als Sicherungsobjekt der Grundschuld jeweils nach Fertigstellung des Baues gegen ein anderes Grundstück auszutauschen. Eben mit Rücksicht hierauf verlangte die Klägerin als zusätzliche Sicherheit die Bürgschaft aller Gesellschafter der Hauptschuldnerin für den Kredit von 180 000 DM und begnügte sich später allerdings mit der Bürgschaft des Beklagten und des Geschäftsführers Bartel. Bei dieser Sachlage war es der Klägerin als Gläubigerin nicht verwehrt, sich gegenüber dem beklagten Bürgen in weitem

Umfang von der Haftung für eine Freigabe von Sicherheiten freizuzeichnen. Auf diese demnach als solche nicht zu beanstandende Freizeichnungsklausel könnte allerdings, wie die Revision zutreffend geltend macht, die Klägerin sich insoweit nicht berufen, als sie damit im Einzelfall gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Das könnte jedoch nur bejaht werden, wenn die Klägerin bei der Umbeleihe die Interessen des Beklagten eindeutig und in grober Weise verletzt hätte, obschon ihr deren Berücksichtigung zumutbar war. Dies macht zwar die Revision geltend, die Revisionsbegründung zeigt aber nicht auf, daß die entgegengesetzte Würdigung des Berufungsgerichts auf einem Rechtsverstoß beruht.

b) Als die Klägerin im Jahre 1966 zusammen mit der Hauptschuldnerin das bisherige Sicherungsobjekt in A [REDACTED] von der Sicherungsgrundschuld freistellte und eine Sicherungsgrundschuld auf dem Altenwohnheim in H [REDACTED] eintragen ließ, lag der Klägerin das Gutachten eines Sachverständigen Wagner vor, der einen Schätzwert des Grundstücks von 850 000 DM annahm. Auf denselben Betrag setzte das Versteigerungsgericht am 12. Juli 1968 den Verkehrswert des Grundstücks fest. Die Versteigerung erbrachte aber nur einen Erlös von 644 000 DM, so daß die Grundschuld, der - einschließlich Zinsen und Kosten - Vorbelastungen in Höhe von rd. 700 000 DM vorgingen, ausfiel. Aus diesem Sachverhalt allein und der Tatsache, daß der Beklagte durch Anwaltsschreiben vom 9. Februar 1966 Bedenken gegen die Eignung des H [REDACTED] Grundstücks als Sicherungsobjekt angemeldet hatte, brauchte

das Berufungsgericht entgegen der Revisionsbegründung noch nicht den Schluß zu ziehen, daß hier die Klägerin, die im Einvernehmen mit der Hauptschuldnerin handelte, die Interessen des Beklagten grob und in treuwidriger Weise vernachlässigte. Dazu hätte es insbesondere der Darlegung bedurft, warum die Klägerin trotz des vorliegenden Gutachtens die Sicherung ihres Darlehens durch die Grundschild als offensichtlich unzureichend erkennen und mit deren späteren Ausfall rechnen mußte. Aus der Tatsache, daß die Grundschild im Jahre 1968 ausgefallen ist, kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß die Klägerin dies bei einiger Aufmerksamkeit schon mehr als zwei Jahre vorher hätte voraussehen müssen. Das Berufungsgericht weist in diesem Zusammenhang mit Recht darauf hin, daß der Beklagte als Gesellschafter, der 1/5 des Stammkapitals hielt, hinsichtlich der Sicherungsfrage in seinem Sinn auf die Geschäftsführer der Gesellschaft einwirken konnte und daß die Klägerin bei der unterschiedlichen Auffassung der Parteien über den Wert des H[REDACTED] Grundstücks einen solchen Versuch des Beklagten als "selbstschützende Maßnahme" hätte erwarten können. Daß der Beklagte einen solchen Versuch unternommen hätte, macht auch die Revision nicht geltend. Unter diesen Umständen ist es kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht den Einwand des Beklagten, die

LJ

Klägerin habe ihre Bürgschaftsforderung durch die Aufgabe der ursprünglichen dinglichen Sicherung und ihre Ersetzung durch die unzureichende H[REDACTED] Grundschuld nach Treu und Glauben verwirkt, nicht als begründet angesehen hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Claßen

Mormann

Braxmaier

Dr. Hiddemann