

19

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

KO §§ 57, 59, 60 Abs. 1; VerglO § 106; BGB § 366 Abs. 2

Mit Zustimmung des vorläufigen Vergleichsverwalters
aufgenommene Sanierungsdarlehen sind als Masseschulden
im Anschlußkonkurs vorweg zu befriedigen. Auf Zahlungen
des Konkursverwalters an den Gläubiger findet die ge-
setzliche Tilgungsreihenfolge nach § 366 Abs. 2 BGB
deshalb insoweit keine Anwendung.

BGB § 770 Abs. 2

Der formularmäßige Verzicht eines Bürgen auf die Auf-
rechnungseinrede hält insoweit der richterlichen In-
haltskontrolle stand, als die Forderung des Hauptschuld-
ners gegen den Bürgschaftsgläubiger bestritten und un-
geklärt ist.

BGH, Urt. v. 24. November 1980 - VIII ZR 317/79 - OLG Stuttgart
LG Hechingen

19

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 317/79

URTEIL

Vorkündet am
24. November 1980
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Albert M[REDACTED], P[REDACTED]-H[REDACTED]-Straße 15 in H[REDACTED]-
T[REDACTED],
2. Käthe M[REDACTED] geb. M[REDACTED], M[REDACTED]weg 176 in
B[REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma W[REDACTED] Transport KG, Spedition, vertreten durch
den persönlich haftenden Gesellschafter, den Fuhrunter-
nehmer Paul W[REDACTED] in C[REDACTED], M[REDACTED]-H[REDACTED]-
Straße 6 in S[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

19

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 1980 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Merz, Dr. Skibbe und Treier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 22. November 1979 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin nimmt den Beklagten zu 1 aus einer am 25. März 1974 übernommenen Bürgschaft und die Beklagte zu 2 aus einer am selben Tag bestellten Grundschuld in Anspruch.

Verbürgt hat sich der Beklagte zu 1 gegenüber der Kreissparkasse B [REDACTED] (nachfolgend Sparkasse) für alle aus ihrer Geschäftsverbindung mit dem Speditionsunternehmen Albert M [REDACTED] KG (nachfolgend Hauptschuldnerin) entstandenen und zukünftigen Ansprüche bis zum Höchstbetrag von 100 000 DM. In der Bürgschaftsurkunde heißt es auszugsweise:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

"... verbürge mich ohne zeitliche Beschränkung als Selbstschuldner für alle bestehenden und künftigen, auch bedingten und befristeten Ansprüche der Kreissparkasse B[REDACTED], ... an Hauptsumme, Zinsen und Kosten gegen Firma Albert M[REDACTED] KG.... aus ihrer Geschäftsverbindung, insbesondere aus laufender Rechnung, aus einem gewährten Darlehen, Wechseln (auch soweit sie von Dritten hereingegeben worden sind), Abtretungen oder gesetzlichem Forderungsübergang, bis zum Betrag von DM 100 000 unter Anerkennung folgender Bedingungen:

...

2. Der Bürge verzichtet auf die Geltendmachung aller ihm etwa nach dem Gesetz als Bürgen zustehenden Einreden und auf alle Ansprüche und Vorteile, die ihm etwa gegen die Sparkasse aus der Aufgabe einer für die obigen Forderungen bestehenden weiteren Sicherheit, aus der Art und dem Zeitpunkt der Verwertung einer solchen Sicherheit, aus einer Stundung der Forderung oder einem über die Forderung abgeschlossenen Vergleich zustehen könnten. Die Sparkasse ist nicht verpflichtet, sich zunächst an andere Sicherheiten zu halten, bevor sie den Bürgen in Anspruch nimmt."

Zur Sicherung derselben Schuld und seiner Bürgschaftsverpflichtung bestellte der Beklagte zu 1 gleichzeitig eine Briefgrundschuld über 100 000 DM zugunsten der Sparkasse. Hierzu gab er am 20. Mai 1975 folgende weitere Erklärung ab:

"Die Grundschuld nebst Zinsen dient zur Sicherheit für alle bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen der Sparkasse gegen

Firma Albert M. KG, Internationale Expedition, T. - nachfolgend Kreditnehmer genannt - an Hauptsumme, Zinsen und Kosten aus Kreditgewährung und aus der sonstigen Geschäftsverbindung, insbesondere aus laufender Rechnung, aus gewährten Darlehen, Wechseln (auch soweit sie von Dritten hereingegeben worden sind), Abtretungen oder gesetzlichem Forderungsübergang und auch für den Fall eines Wechsels des Inhabers oder einer Änderung der Rechtsform der kreditnehmenden Firma oder eines sonstigen Wechsels in der Person des Kreditnehmers.

Die Sparkasse ist berechtigt, sich wegen der gesicherten Forderungen auf Grund der Grundschuld aus dem Grundstück zu befriedigen oder die Grundschuld nach ihrer Wahl zu verwerten."

Das belastete Grundstück schenkte der Beklagte zu 1 am 25. Februar 1977 seiner Tochter, der Beklagten zu 2, die am 9. Juli 1977 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen wurde.

Die Hauptschuldnerin geriet spätestens im Sommer 1978 in Zahlungsschwierigkeiten und stellte den Antrag auf Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses. Zum vorläufigen Vergleichsverwalter wurde der Zeuge G. bestellt. Mit seiner Zustimmung gewährte die Klägerin der Hauptschuldnerin ein Darlehen über 325 000 DM. Den Rückzahlungsanspruch trat sie am 29. September 1978 an die Sparkasse ab. Diese wiederum trat ihre Forderungen gegen die Hauptschuldnerin, einschließlich der Darlehensforderung von 325 000 DM, im Gesamtbetrag von 1 242 900,86 DM zuzüglich Zinsen sowie alle Nebenansprüche und

Sicherheiten am 24. Oktober 1978 an die Klägerin ab. Am 2. November 1978 erkannte die Hauptschuldnerin die abgetretenen Forderungen der Höhe und Fälligkeit nach an. Über ihr Vermögen wurde am 18. Dezember 1978 das Anschlußkonkursverfahren eröffnet.

Im Laufe des Konkursverfahrens wurde das Betriebsgrundstück der Hauptschuldnerin zu einem Preis von 1,2 Mio DM und das Grundstück des persönlich haftenden Gesellschafters zu 950 000 DM verkauft, wobei die Klägerin der Löschung ihrer auf dem Betriebsgrundstück eingetragenen Grundpfandrechte gegen Zahlung von 400 000 DM zustimmte.

Die Forderungen der Klägerin gegen die Hauptschuldnerin wurden durch Zahlungen des Konkursverwalters bis auf einen Restbetrag von ca. 200 000 DM getilgt.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten zu 1 Zahlung von 100 000 DM nebst Zinsen aufgrund der Bürgschaft und von der Beklagten zu 2 Duldung der Zwangsvollstreckung in das ihr geschenkte Grundstück.

Die Beklagten meinen, daß der offenstehende Betrag der Hauptschuld aus der gegenüber der Klägerin begründeten Darlehensschuld stamme, die von den der Sparkasse gestellten Sicherheiten nicht erfaßt worden sei.

Weiter behaupten sie, daß die Klägerin volle Befriedigung aus der Konkursmasse erlangen könne, sich jedoch am 6. Juni 1979 mit dem Konkursverwalter

dahingehend geeinigt habe, daß ein Betrag von 200 000 DM bis zum Abschluß der Prozesse gegen die Bürgen hinterlegt werde. Schließlich tragen sie vor, die Klägerin habe eine der Hauptschuldnerin zugesagte Vergleichsbürgschaft nicht übernommen und habe daher deren endgültigen Zusammenbruch zu vertreten. Infolgedessen sei sie der Hauptschuldnerin schadensersatzpflichtig.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt. Ihre Berufung blieb erfolglos.

Mit der Revision verfolgen sie ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

A. Zur Bürgschaft

I. Das Berufungsgericht führt aus, daß der Beklagte zu 1 aus der Bürgschaft nach § 765 BGB hafte, weil die Hauptschuld von ca. 200 000 DM den Höchstbetrag der Bürgschaft übersteige. Offen bleiben könne, ob durch die Zahlungen des Konkursverwalters an die Klägerin die Darlehensschuld von 325 000 DM vorab getilgt worden sei oder ob der Restbetrag der Hauptschuld aus diesem Darlehen stamme, denn der Beklagte zu 1

habe sich für alle Ansprüche der Sparkasse aus deren Geschäftsverbindung mit der Hauptschuldnerin verbürgt; nach der Bürgschaftsurkunde seien hiervon auch durch Abtretung erworbene Ansprüche erfaßt. Auch ein Wegfall der Bürgenhaftung nach § 776 BGB scheide aus, denn der Beklagte zu 1 habe auf seine dahingehenden Einwendungen verzichtet. Überdies habe die Klägerin nicht Sicherheiten aufgegeben, sondern sich wegen ihrer Grundpfandrechte abfinden lassen, um eine günstige freihändige Veräußerung des Betriebsgrundstücks zu ermöglichen. Auf die Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB, so führt das Berufungsgericht weiter aus, habe der Beklagte zu 1 gleichfalls wirksam verzichtet, so daß dahinstehen könne, ob der Hauptschuldnerin ein Schadensersatzanspruch wegen Verweigerung der Vergleichsbürgschaft gegen die Klägerin zustehe. Schließlich verstoße die Geltendmachung der Bürgschaft nicht gegen Treu und Glauben; denn die Beklagten hätten ein unredliches Verhalten der Klägerin nicht beweisen können.

II. Diese Ausführungen halten den Revisionsangriffen stand.

1. a) Die Revision meint, daß der offenstehende Restbetrag von 200 000 DM aus der Darlehensforderung stamme; diese sei schon deshalb nicht von der Bürgschaft erfaßt, weil die Bürgschaftsurkunde unklar sei. Beim Erwerb der Darlehensforderung habe die Sparkasse rechtsmißbräuchlich gehandelt, weil sie in Kenntnis der schlechten wirtschaftlichen Lage der Hauptschuldnerin die Abtretung angenommen habe, um der Klägerin

Deckung aus einer von ihr nicht voll ausgeschöpften Sicherheit zu verschaffen.

b) Diese Einwände gehen fehl.

aa) Die Fassung der Bürgschaftsurkunde ist hinreichend klar. Mit der Formulierung, daß sich die Bürgschaft auf alle innerhalb der Geschäftsbeziehungen zwischen der Sparkasse und der Hauptschuldnerin entstehenden Forderungen bezieht, ist die Hauptschuld hinreichend bestimmbar umschrieben (vgl. Senatsurteil vom 9. Oktober 1974 - VIII ZR 190/73 = WM 1974, 1127 insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 63, 87). Nach dem eindeutigen Wortlaut der Bürgschaftsurkunde erstreckt sich die Bürgschaft auch auf Ansprüche, die die Sparkasse aus Abtretungen gegen die Hauptschuldnerin erwarb. Ein Bedürfnis, der Sparkasse abgetretene Forderungen abzusichern, ist offensichtlich, weil der Ankauf von Forderungen zu den üblichen Bankgeschäften zu zählen ist (vgl. BGH Urteil vom 24. April 1958 - II ZR 94/57 = WM 1958, 722).

bb) Es unterliegt auch keinen Bedenken, daß die nach Stellung des Vergleichsantrags von der Sparkasse durch Abtretung erworbene Darlehensforderung von der Bürgenhaftung des Beklagten zu 1 erfaßt wird.

Der Senat hat entschieden, daß eine von einer Bank nach Konkurseröffnung erworbene Forderung wegen des Erlöschens der Geschäftsverbindung nach § 23 KO nicht einer bestehenden Bürgschaft unterstellt werden kann (Senatsurteil vom 27. Juni 1979 - VIII ZR 233/78

= NJW 1979, 2040 = WM 1979, 884). Die tragenden Gesichtspunkte dieser Entscheidung rechtfertigen es jedoch nicht, entsprechend bei einer Abtretung nach Stellung eines Vergleichsantrags zu verfahren. Durch die Stellung des Vergleichsantrags wird nämlich die Geschäftsverbindung zwischen Bank und Hauptschuldner, anders als durch die Konkursöffnung nicht unterbrochen.

Die wirtschaftliche Situation des Hauptschuldners im Zeitpunkt des Erwerbs der gegen ihn gerichteten Forderung bleibt gleichwohl nicht außer acht. Wenn die Bank sich in Kenntnis der schlechten finanziellen Verhältnisse des Hauptschuldners eine gegen diesen gerichtete Forderung abtreten läßt, um dadurch dem Zedenten Deckung aus einer nicht voll benötigten Sicherheit zu verschaffen, so wird die abgetretene Forderung nicht einer bestehenden Bürgschaft unterstellt (vgl. BGH Urteil vom 24. April 1958 aaO; Senatsurteil vom 30. Oktober 1974 - VIII ZR 81/73 = WM 1974, 1218 = NJW 1975, 122).

Ob ein unredliches Zusammenwirken von Sparkasse und Klägerin bei der Gewährung des Sanierungsdarlehens an die Hauptschuldnerin hier angenommen werden könnte, ist zweifelhaft. Nach dem unstreitigen Sachverhalt beteiligten sich nämlich die Sparkasse und die Klägerin gemeinsam an einer Stützungsaktion zugunsten der Hauptschuldnerin.

cc) Indessen kommt es auf diese Frage nicht an, weil entgegen der Ansicht der Revision der offenstehende Restbetrag der Hauptforderung nicht aus dem Darlehen

über 325 000 DM herrührt, sondern aus den übrigen Forderungen der Sparkasse aus ihrer Geschäftsbeziehung zu der Hauptschuldnerin.

Durch Zahlungen des Konkursverwalters an die Klägerin wurde nämlich die Darlehensforderung kraft Gesetzes in voller Höhe getilgt.

Hat, wie die Klägerin behauptet, der Konkursverwalter bei den Zahlungen eine entsprechende Erfüllungsbestimmung vorgenommen, so ist aus diesem Grunde das Sanierungsdarlehen der Klägerin getilgt worden.

Hat jedoch, wie die Beklagten vortragen, der Konkursverwalter bei den Auszahlungen keine Tilgungsbestimmung getroffen, so sind entgegen der Ansicht der Revision die Zahlungen zuerst auf die Darlehensforderung der Klägerin zu verrechnen, sodann erst auf ihre sonstigen Forderungen. Die sonstigen Forderungen zählen zu den Konkursforderungen, während die Darlehensforderung nach § 106 VerglO eine Masseschuld i.S. des § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO ist. Zwar ist sie nicht während des Vergleichsverfahrens entstanden, sondern schon im Vorverfahren nach Stellung des Vergleichsantrags, jedoch mit Zustimmung des vorläufigen Vergleichsverwalters. Nach dem Zweck des § 106 VerglO, Sanierungsdarlehen zu privilegieren, werden jedoch auch Darlehensverbindlichkeiten, die während des Vorverfahrens mit Zustimmung des vorläufigen Vergleichsverwalters eingegangen werden, von ihm erfaßt (Senatsurteil vom 9. Mai 1960 - VIII ZR 104/59 = BGHZ 32, 268).

Nach § 57 KO sind aus der Konkursmasse Massekosten und Masseschulden vorweg zu befriedigen, wobei nach § 60 Abs. 1 KO Masseschulden i.S. des § 59 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KO vor anderen Massekosten und -schulden zu befriedigen sind. Die Anwendung von § 366 Abs. 2 BGB wird demnach durch die Bestimmungen der Konkursordnung insoweit ausgeschlossen (vgl. RGZ 164, 212, 219).

2. Zu Unrecht meint die Revision weiter, der Beklagte zu 1 sei gemäß § 776 Abs. 2 BGB von der Bürgenhaftung befreit worden, weil die Klägerin eine Sicherheit aufgegeben habe.

a) Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß die Klägerin nicht eine Sicherheit aufgegeben hat, als sie gegen Zahlung einer Abfindungssumme auf ihre Rechte aus den Grundpfandrechten an dem Betriebsgrundstück verzichtete. Durch ihr Einverständnis mit dem freihändigen Verkauf hat die Klägerin nach den unangreifbaren Feststellungen des Berufungsgerichts eine wirtschaftlich vernünftige Verwertung des Betriebsgrundstücks und somit letztlich auch ihrer Grundpfandrechte ermöglicht. Auch stand die Abfindungssumme, die an sie gezahlt wurde, nicht in einem Mißverhältnis zu dem Erlös, der bei Verwertung der Sicherheiten durch die Klägerin selbst oder im Wege der Zwangsversteigerung hätte erzielt werden können. Somit hat die Klägerin ihre Grundpfandrechte in wirtschaftlich sachgerechter Weise verwertet und nicht etwa aufgegeben. Gerade zu einer solchen Verwertung war sie im Verhältnis zur Hauptschuldnerin verpflichtet (Senatsurteil vom 22. Juni 1966 - VIII ZR 50/66 = WM 1966, 756).

b) Im übrigen hat der Beklagte zu 1 wirksam auf die Einrede gemäß § 776 BGB verzichtet.

Der in der formularmäßigen Bürgschaftsurkunde enthaltene Verzicht auf die Rechte aus § 776 BGB gegenüber einer Bank hält der Inhaltskontrolle stand (vgl. Senatsurteil vom 24. September 1980 - VIII ZR 291/79 = WM 1980, 1255; Esser-Weyers, Schuldrecht Bd. II, Teilband 1 5. Aufl., S. 314). Durch die verwendete Klausel werden entgegen der Ansicht der Revision nicht die Interessen des Gläubigers rechtsmißbräuchlich oder einseitig in einer der Billigkeit und Gerechtigkeit widersprechenden Weise verfolgt (BGHZ 60, 377, 380; 63, 256, 258). Insbesondere wird der Vertragszweck durch den Verzicht des Bürgen nicht gefährdet, vielmehr wird er im Interesse der Bank als Gläubigerin und des Hauptschuldners in besonderer Weise sichergestellt. In dem Senatsurteil vom 24. September 1980 wird dargelegt, daß der Hauptschuldner gegenüber einer Bank in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beeinträchtigt würde, wenn die Bank bei jeder Verfügung über eine Sicherheit Gefahr liefe, ihre Rechte gegen Bürgen zu verlieren. Vertragstypisch bei einer Bürgschaft einer Bank gegenüber ist gerade der Verzicht auf alle möglichen Einreden des Bürgen. Die Bank will sicherstellen, daß sie bei Insolvenz des Hauptschuldners den Bürgen ohne allzu großes Prozeßrisiko oder ohne die Gefahr eines langwierigen Prozesses in Anspruch nehmen kann. Der Bürge wird dadurch nicht unangemessen benachteiligt. Er weiß, daß die Übernahme einer Bürgschaft äußerste

Risiken mit sich bringt, und es ist seine Sache, sich für den Fall seiner Inanspruchnahme gegenüber dem Hauptschuldner abzusichern.

Daß der Bürge gleichwohl nicht rechtlos ist und gegen unredliche Verletzung seiner Interessen durch den Gläubiger geschützt ist, hat der Senat wiederholt klargestellt (vgl. Urteile vom 5. Dezember 1962 - VIII ZR 251/61 = WM 1963, 24; vom 7. Februar 1966 - VIII ZR 40/64 = WM 1966, 317; vom 15. Februar 1967 - VIII ZR 232/64 = WM 1967, 366; vom 13. November 1968 - VIII ZR 207/66 = WM 1968, 1391, 1392). Dieser Schutz verhindert, daß ihm infolge seines Verzichts auf mögliche Einreden Nachteile drohen, die mit dem Gerechtigkeitsgebot nicht mehr in Einklang zu bringen wären. Insbesondere deckt der Verzicht nicht willkürliche Maßnahmen des Gläubigers (Senatsurteil vom 24. September 1980 aaO). Daher ist der formularmäßige Verzicht auf die Einrede aus § 776 BGB nicht zu beanstanden.

Mit der Abtretung der gesamten Forderungen gegen die Hauptschuldnerin seitens der Sparkasse an die Klägerin am 24. Oktober 1978 (§ 398 BGB) gingen die Rechte aus der Bürgschaft gemäß § 401 Abs. 1 BGB auf die Klägerin in dem Umfange über, wie sie vorher der Sparkasse gegen den Beklagten zu 1 zustanden. Eine Einschränkung der Bürgenhaftung trat durch diesen Gläubigerwechsel nicht ein.

3. Die Revision meint weiter, der Beklagte zu 1 sei von der Bürgenhaftung auch nach § 770 Abs. 2 BGB

befreit, weil die Klägerin sich durch Aufrechnung gegenüber der Hauptschuldnerin befriedigen könne.

Unterstellt man mit der Revision, daß der Hauptschuldnerin ein Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin wegen Verweigerung der zugesagten Übernahme einer Vergleichsbürgschaft zusteht, so ist gleichwohl dem Beklagten zu 1 die Berufung auf die sich daraus ergebende Einrede des § 770 Abs. 2 BGB verwehrt, weil diese Forderung von der Klägerin bestritten und nach dem Akteninhalt auch als ungeklärt anzusehen ist.

Der Beklagte hat formularmäßig auch auf diese Einrede verzichtet. Dieser Verzicht ist entgegen der Ansicht der Revision nicht unwirksam, sondern hält, wenn auch mit Einschränkungen, der gebotenen Inhaltskontrolle stand.

a) Bei Verträgen mit gegenseitiger Leistungspflicht hat die Rechtsprechung grundsätzlich die Zulässigkeit eines Aufrechnungsverbots anerkannt (BGHZ 62, 323, 327 m.w.Nachw.), jedoch mit der Einschränkung, daß es nicht durchgreift, wenn der durch die Klausel Begünstigte in Konkurs fällt (RGZ 124, 8; BGH Urteil vom 2. Dezember 1974 - II ZR 132/73 = WM 1975, 134 = NJW 1975, 442) und wenn die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung unbestritten oder entscheidungsreif ist (Senatsurteil vom 9. Februar 1960 - VIII ZR 53/59 = NJW 1960, 859; BGHZ 62, 323, 328; Senatsurteil vom 15. Februar 1978 - VIII ZR 242/76 = WM 1978, 620, 621).

Nach § 11 Nr. 3 AGBG ist ein Aufrechnungsverbot nur unwirksam, wenn dem Vertragspartner eines Verwenders

von Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Befugnis genommen wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen. Auch wenn diese Vorschrift, was dahingestellt bleiben kann, den Fall des § 770 Abs. 2 BGB umfassen sollte, ist sie im vorliegenden Fall schon deshalb nicht anzuwenden, weil die Bürgschaft des Beklagten zu 1 vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes übernommen wurde. Die Entscheidung des Gesetzgebers zeigt jedoch, daß grundsätzlich ein Aufrechnungsverbot nicht als gegen Treu und Glauben oder gegen das allgemeine Gerechtigkeitsgebot verstoßend angesehen wird.

b) Im Rahmen der richterlichen Inhaltskontrolle formularmäßiger Geschäftsbedingungen (§ 242 BGB) erscheint es gerechtfertigt, den Verzicht des Bürgen auf die Einrede nach § 770 Abs. 2 BGB dann als unwirksam anzusehen, wenn die Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger unbestritten, entscheidungsreif oder gar rechtskräftig festgestellt ist. In diesem Fall wäre es unzumutbar, den Bürgen zur Leistung heranzuziehen, obwohl sich der Gläubiger ohne weiteres durch Aufrechnungserklärung befriedigen kann. Dem Bürgen würde dann ein zusätzliches und angesichts der besonderen Situation unangemessenes Risiko aufgebürdet; denn nach Abtretung oder Pfändung der Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger trüge er das Risiko der zwischenzeitlichen Insolvenz des Gläubigers.

Ist hingegen die Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger, wie hier, bestritten und ungeklärt, so verstößt es nicht gegen die Billigkeit und

gegen den Vertragszweck, den Bürgen an seinem Einredeverzicht festzuhalten. Eine einseitige und rechtsmißbräuchliche Verfolgung seiner Interessen kann dem Gläubiger bei dieser Sachlage nicht vorgehalten werden. Wäre nämlich der Verzicht generell unwirksam, so müßte im Prozeß des Gläubigers gegen den Bürgen die Berechtigung der Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger aufgeklärt werden mit der Folge, daß die Befriedigung des Gläubigers aus der Bürgschaft erheblich verzögert würde. Durch den formularmäßigen Verzicht auf die Einrede der Aufrechnung wird das von dem Bürgen übernommene Risiko demnach nicht unzulässig ausgedehnt.

c) Da die von dem Beklagten zu 1 behauptete Forderung der Hauptschuldnerin gegen die Klägerin unaufgeklärt ist - es ist schon zweifelhaft, ob sie überhaupt schlüssig vorgetragen ist - hat das Berufungsgericht zu Recht dem Beklagten die Berufung auf die Einrede des § 770 Abs. 2 BGB verwehrt.

4. Die Inanspruchnahme des Beklagten zu 1 aus der Bürgschaft ist schließlich auch nicht rechtsmißbräuchlich. Ein unredliches Vorgehen der Klägerin oder ein gegen Treu und Glauben verstoßendes Zusammenwirken der Klägerin mit dem Konkursverwalter hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

Die Revision weist zu Recht darauf hin, daß der Gläubiger nicht gegen den Bürgen vorgehen kann, wenn er den Hauptschuldner veranlaßt hat, nicht zu zahlen

(Senatsurteil vom 7. Februar 1966 - VIII ZR 40/64 = WM 1966, 317). Die darauf abzielenden Behauptungen der Beklagten hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei als nicht erwiesen angesehen. Ein Verstoß gegen § 286 ZPO liegt nicht vor.

Daß das Berufungsgericht den Zeugen G [REDACTED] als glaubwürdig angesehen hat, unterliegt nicht der Überprüfung durch das Revisionsgericht. Insoweit sind auch Verstöße gegen allgemeine Regeln des Beweisrechts oder gegen Erfahrungssätze nicht ersichtlich. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht festgestellt, daß die im Schreiben vom 6. Juni 1979 niedergelegte Vereinbarung letztlich nicht durchgeführt worden ist. Der Zeuge G [REDACTED] hat bestätigt, daß eine solche Vereinbarung zunächst getroffen, später jedoch widerrufen worden sei. Daher kam es auf die Vernehmung der von den Beklagten benannten Zeugen R [REDACTED] und W [REDACTED] nicht mehr an, weil diese nur zum Zustandekommen der unstreitigen Vereinbarung vom 6. Juni 1979 benannt worden sind.

Der Umstand, daß der Konkursverwalter einen Teil seiner Zahlungen an die Klägerin zunächst zurückhalten wollte, weil die Klägerin noch die Bürgschaft des Beklagten zu 1 als Sicherheit hatte, reicht nicht für die Annahme eines rechtsmißbräuchlichen Zusammenwirkens zwischen dem Konkursverwalter und der Klägerin aus. Vielmehr ist allein entscheidend, daß die Klägerin keine volle Befriedigung ihrer Forderung aus der Konkursmasse bisher erhalten hat, ohne Zahlungen seitens des Konkursverwalters nicht angenommen zu haben.

B. Zur Duldung der Zwangsvollstreckung

Da die Hauptschuld besteht und auch die Inanspruchnahme des Beklagten zu 1 aus der Bürgschaft zu Recht erfolgt, ist, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, die Beklagte zu 2 nach §§ 1192, 1147 BGB verpflichtet, die Zwangsvollstreckung in das ihr geschenkte Grundstück aus der zugunsten der Klägerin eingetragenen Grundschuld zu dulden. Die Erwägungen der Beklagten zu 2, daß sie subsidiär nur dann hafte, wenn die Klägerin einen Ausfall ihrer Rechte beim Vorgehen gegen den Beklagten zu 1 erleide, finden weder im Gesetz noch in der Vereinbarung der Sparkasse mit dem Beklagten zu 1 als Grundstückseigentümer und insoweit Rechtsvorgänger der Beklagten zu 2 eine Stütze.

C. Nach allem erweist sich die Revision der Beklagten als unbegründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Braxmaier

Wolf

Merz

Dr. Skibbe

Treier