

WuB	I E 5. Bankbürgschaft/-garantie 8.01	Bankrecht
BGH	Bürgschaft auf erstes Anfordern; Auslegung; Abtretung des Rückforderungsanspruchs und rechtsmissbräuchliche Geltendmachung	

Amtl. Leitsätze

- Zur Auslegung der in eine Bürgschaft aufgenommenen Bedingung, sie solle nur gelten, wenn der verbürgte Kredit frei zur Auszahlung kommt.**
- Tritt der Bürge einen einwendungsfreien Anspruch auf Rückzahlung des auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern Geleisteten ab, so kann die Ausübung des Anspruchs durch den Abtretungsempfänger mißbräuchlich sein, wenn in seiner Person die Voraussetzungen des § 242 BGB erfüllt sind.**

B G H, Urteil vom 15. März 2001
(IX ZR 273/98, Düsseldorf) – WM 2001, 950

Der Kläger war einer der beiden Kommanditisten der WT GmbH & Co. KG (nachfolgend: WT) sowie einer der beiden Geschäftsführer ihrer Komplementär-GmbH. Die Beklagte war die Hausbank der WT. Diese benötigte wegen anhaltender wirtschaftlicher Schwierigkeiten und Liquiditätsengpässen einen landesverbürgten Kredit, dessen Bewilligung voraussichtlich drei Monate dauern würde. Die WT gab zu erkennen, daß sie für diesen Zeitraum einen Kapitalbedarf von monatlich 250 000,- DM habe, der durch eine Zwischenfinanzierung gedeckt werden müsse. Mit Schreiben vom 25. Juni 1996 teilte ihr die Beklagte auszugsweise mit:

„... sind wir - ... unter Gremienvorbehalt - bereit, für Ihr Unternehmen einen Zwischenfinanzierungskredit in Höhe von DM 750 000 - zur Inanspruchnahme auf Kontonummer ...525 01 - befristet bis zum 30.10.1996 - vorzumerken ...

Der Kredit kann erst in Anspruch genommen werden, wenn uns folgende Sicherheit gestellt worden ist: selbstschuldnerische, unbefristete und auf erstes schriftliches Anfordern zahlbare Bürgschaft eines westdeutschen Kreditinstitutes in Höhe von DM 500 000.“

Diese Bürgschaft erbrachte die Sparkasse E. (nachfolgend: Sparkasse) durch ein Schreiben vom 1. Juli

1996, das über die Bürgschaft u.a. den Zusatz enthielt: „Sie gilt nur, wenn der Zwischenkredit frei zur Auszahlung kommt und nicht zum Ausgleich anderer Kreditverhältnisse genutzt wird.“ Obwohl die Gremien der Beklagten noch nicht über die Gewährung des Zwischenfinanzierungskredits entschieden hatten, richtete die zuständige Zweigstelle der Beklagten das bezeichnete Konto für die WT ein und ließ es zu, daß diese ab dem 3. Juli 1996 Verfügungen tätigte. Infolge der Liquiditätskrise der Gemeinschuldnerin wurde das neu eingerichtete Konto innerhalb von sechs Tagen mit einem Schuldsaldo von 541 944,74 DM belastet. Anschließend bewirkte die Beklagte eine Rückführung des Debetsaldos auf 500 000,- DM. Ihre Gremien stimmten der Kreditgewährung nur unter Auflagen zu. Daraufhin beantragte die WT am 19. August 1996 die Eröffnung des Konkursverfahrens wegen Zahlungsunfähigkeit. Auf Anforderung der Beklagten zahlte die Sparkasse an sie aufgrund der Bürgschaft 500 000,- DM. Die Sparkasse trat ihre angeblichen Ansprüche auf Rückzahlung dieses Betrages an den Kläger ab.

Mit der Klage verlangt der Kläger aus diesem abgeleiteten Recht von der Beklagten 500 000,- DM. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen

... Die Sparkasse hat sich für die Ansprüche der Beklagten gegen die WT aus dem Zwischenfinanzierungskredit „auf dem Konto ...525 01“ verbürgt. Die Beklagte hat die WT nach deren freier Entscheidung über Geldmittel verfügen lassen, die auf dem Konto ...525 01 bereitgestellt waren. Dies geschah zwar vor der vorbehaltenen Zustimmung der Gremien; das ändert aber nichts daran, daß die Forderung der Beklagten auf Rückgewähr der in Anspruch genommenen Kreditmittel verbürgt war (§ 765 BGB) ...

Der im vorliegenden Fall vereinbarte Gremienvorbehalt bedeutete, daß die Wirksamkeit des abgeschlossenen Krediteröffnungsvertrages aufschiebend bedingt war durch die Zustimmung der Kreditausschüsse der Beklagten. Da diese den Vertrag nicht genehmigt haben, ist er nicht rechtswirksam geworden.

Wie sich der Ausfall dieser Bedingung auf die Rechtsgrundlage für den Abruf von Geldmitteln auswirkt, den die Bank dem Kunden im Vorgriff auf den bedingten Krediteröffnungsvertrag schon vor der Entscheidung ihrer Gremien gestattet, hat der Bundesgerichtshof noch nicht entschieden. In Betracht kommt einerseits, daß beiden Vertragsteilen aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit daran gelegen ist, in Höhe der tatsächlich in Anspruch genommenen Beträge stillschweigend einen Darlehensvertrag zu den vereinbarten Bedingungen abzuschließen (§§ 133, 157 BGB). Andererseits besteht die Möglichkeit, daß die Kreditbeträge ausschließlich mit Rücksicht auf den bedingten Krediteröffnungsvertrag zur Verfügung gestellt werden. Dann stünde der Bank ein Anspruch auf Rückgewähr der überlassenen Geldmittel wegen Nichteintritts des bezweckten Erfolges (§ 812 Abs. 1 Satz 2 2. Fall BGB) zu, wenn die Bedingung nicht eintritt. Ein solcher Anspruch wäre jedenfalls auf Rückzahlung der eingeräumten Hauptsumme gerichtet, über welche die Parteien hier allein streiten . . .

Ob eine zur Darlehenssicherung bestellte Bürgschaft sich auch auf den Bereicherungsanspruch des Darlehensgebers erstreckt, der für den Fall der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages entsteht, hängt von der Auslegung der Bürgschaft ab (BGH, Urt. v. 12. Februar 1987 = WM 1987, 616 = NJW 1987, 2076, 2077; Schmitz, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 91 Rdn. 47). Eine solche Auslegung liegt nahe, wenn die ausgezahlten Geldbeträge demselben Zweck dienen wie das in Aussicht genommene Darlehen selbst, wenn sie außerdem zu denselben Bedingungen zur Verfügung gestellt werden und wenn das Risiko des Bürgenden durch die Auszahlung ohne gesicherte Rechtsgrundlage allein nicht erhöht wird. Das kommt vorliegend in Betracht. Denn die Beklagte hätte die zur Verfügung gestellten Geldbeträge mindestens im Hinblick auf § 242 BGB vor Ablauf der 3-Monatsfrist nicht unter leichteren Bedingungen zurückfordern dürfen als das vereinbarungsgemäß gewährte

Darlehen selbst . . . Die bürgende Sparkasse hatte ein eigenes wirtschaftliches Interesse an dem entgeltlichen Avalgeschäft. Ihr mußte zwar daran gelegen gewesen sein, daß der Kredit in voller Höhe ausbezahlt wurde (dazu unten 2) und daß die Bonität der WT als Hauptschuldnerin nicht schlechter war, als sie als Bürgin berechtigterweise erwarten durfte (dazu unten 3). Die Rechtsgrundlage für die Auszahlung der Kredittitel berührte dagegen im übrigen nicht die Rechtsstellung der Bürgin. Der Wortlaut ihrer Erklärung kann zudem auf einen ohne Rechtsgrund ausgezahlten „Kredit“ bezogen werden. Insbesondere wegen der Eilbedürftigkeit des Zwischenfinanzierungskredits ist die Verbürgung aufgrund des gegenwärtigen Sach- und Streitstands dahin auszulegen (§§ 133, 157 BGB), daß sie auch ohne wirksame vertragliche Grundlage eingeräumte Kredite jedenfalls insoweit umfassen sollte, als sich dadurch weder Bürgin noch Hauptschuldnerin schlechter standen als bei vertragsgemäßer Auszahlung. Der Senat ist zu dieser Auslegung selbst imstande, weil die Parteien in den Tatsacheninstanzen nichts Abweichendes vorgetragen haben und das Oberlandesgericht von einer eigenen Auslegung abgesehen hat.

Für die bürgende Sparkasse wäre eine solche Auslegung auch nicht überraschend. Der Senat hat entschieden, daß die formularmäßige Erstreckung einer Bürgschaft für Ansprüche aus einem Darlehensvertrag auf solche aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht ohne weiteres gegen § 3 AGBG verstößt (Urt. v. 21. November 1991 = WM 1992, 135, 137 f.). Er hat dabei ausgesprochen, es sei nicht ersichtlich, daß eine solche Erstreckung der Kreditpraxis widerspreche. Wer sich für Ansprüche aus einem Darlehensvertrag verbürge, müsse im allgemeinen damit rechnen, daß der Gläubiger für den Fall der Unwirksamkeit des Vertrages wenigstens für dann gegebene Ansprüche, insbesondere auf Erstattung der Darlehensvaluta, aus ungerechtfertigter Bereicherung gesichert sein wolle. Für die hier bürgende Sparkasse - selbst Kreditinstitut - konnte daran kein Zweifel bestehen . . .

Das Berufungsgericht hat die Bürgschaftserklärung der Sparkasse dahin ausgelegt, die Verpflichtung habe nur unter der Bedingung gelten sollen, daß die Beklagte den Zwischenkredit der WT in voller Höhe von 750 000,- DM zur Verfügung stelle.

Die tatrichterliche Auslegung einer Willenserklärung bindet das Revisionsgericht nicht, wenn sie gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt oder wesentliches Auslegungsmaterial außer acht läßt (BGH, Urt. v. 25. Februar 1992 = NJW 1992, 1967, 1968; v. 5. Januar 1995 = WM 1985, 331, 508 = NJW 1995, 959).

Die Auslegung durch das Berufungsgericht verstößt gegen den Grundsatz, daß das Verständnis des Empfängers einer Willenserklärung für deren Auslegung maßgeblich ist (§§ 133, 157 BGB). Empfängerin der von der Sparkasse verfaßten Bürgschaft war hier die Beklagte. Das Berufungsgericht stellt demgegenüber einseitig darauf ab, was für die bürgende Sparkasse das Günstigste gewesen wäre, nämlich eine Gestaltung der Bürgschaft, bei der das Risiko einer Inanspruchnahme möglichst gering war. Statt dessen ist zu fragen, welches Risiko aus der unvoreingenommenen Sicht eines verständigen Gläubigers verbürgt sein sollte. Das war die mögliche Uneinbringlichkeit eines frei zur Verfügung gestellten Zwischenkredits . . .

Das Berufungsgericht verknüpft bei seiner Auslegung zwei äußerlich getrennte Bestandteile der Bürgschaftserklärung, nämlich einmal die Bedingung, daß „der Zwischenkredit“ frei zur Auszahlung kommen müsse, und andererseits die Umschreibung der verbürgten Hauptschuld als „Zwischenfinanzierungskredit in Höhe von 750 000,- DM auf dem Konto ...“. Eine solche Verbindung liegt nicht nahe. Denn die für entscheidend gehaltene Bedingung selbst geht gerade nicht so weit, daß der Kredit etwa „in voller Höhe“ frei zur Auszahlung kommen müsse. Das hätte aber zur Klarstellung gegenüber der Beklagten nahe gelegen, wenn eine solche Einschränkung wesentliche Bedeutung hätte haben sollen. Aufgrund des jedenfalls nicht im Sinne des Berufungsgerichts eindeutigen Wortlauts der Erklärung ist zu prüfen, ob ein verständiger Gläubiger in der Lage der Beklagten die Bürgschaft dahin auffassen mußte, daß sie insgesamt nur gelten sollte, wenn das Darlehen in voller Höhe von 750 000,- DM zur Auszahlung kam. Eine solche Prüfung hat das Berufungsgericht nicht vorgenommen.

Entscheidend dafür mußte die erkennbare Interessenlage beider Vertragsteile, also auch diejenige der

Beklagten sein. Diese hat das Berufungsgericht nicht gewürdigt.

Bei seiner Auffassung, der Kredit habe in voller Höhe von 750 000,- DM ausbezahlt werden müssen, hat es sich davon leiten lassen, daß die WT unstreitig einen monatlichen Kapitalbedarf von 250 000,- DM für die nächsten drei Monate hatte. Hätte sich die Beklagte an diese Kalkulation gehalten, wären ohne eine besondere Absprache monatlich - nur - 250 000,- DM des Zwischenkredits ausbezahlt gewesen. Angesichts des tatsächlichen, akuten Kapitalbedarfs der WT spricht viel dafür, daß sie dann schon im Juli - statt im August - 1996 zahlungsunfähig geworden wäre. Die Beklagte hätte daraufhin die Auszahlung des weiteren Darlehens gemäß § 610 BGB verweigern dürfen. Daß die Bürgschaft dennoch die vertragsmäßig ausgezahlte erste Darlehensrate insgesamt nicht hätte decken sollen, braucht auch ein objektiv denkender, unvoreingenommener Gläubiger nicht ohne weiteres anzunehmen. Denn gerade für das Risiko der Insolvenz des Hauptschuldners steht der Bürge typischerweise ein. Auch die Auswirkungen rechtlich zulässiger und üblicher Reaktionen des Gläubigers auf Störungen in seinem bankmäßigen Geschäftsverkehr mit dem Hauptschuldner muß der Bürge regelmäßig hinnehmen. Gleiches wiederholte sich im Monat August 1996 . . . Entsprechendes hätte sich im September 1996 wiederholen können, solange die Beklagte nicht mehr als 749 999,99 DM ausbezahlt hätte. Erst mit der Auszahlung des letzten Darlehensrests wäre die Bürgschaft insgesamt wirksam geworden, dann allerdings sogleich in voller Höhe von 500 000,- DM. Eine so einseitige Risikoverteilung ist regelmäßig nicht interessengerecht. Sie könnte nur angenommen werden, wenn sie ausdrücklich vereinbart oder für die Beklagte wenigstens von vornherein zweifelsfrei erkennbar gewesen wäre.

Den - im August 1996 eingetretenen - Fall, daß die Gremien der Beklagten den in Aussicht gestellten Zwischenkredit nach überwiegender Auszahlung des vorgesehenen Betrages nicht unverändert genehmigen würden, haben die Beteiligten, soweit dargetan, nicht bedacht. Die ergänzende Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB hat zu beachten, ob eine solche Maßnahme auch unter voller Berücksichtigung der Belange der Bürgin sachgerecht und wirtschaftlich geboten war. Wäre die Genehmigung des überwiegend schon

ausbezahlten Kredits ohne wichtigen Grund oder gar willkürlich versagt worden, mag allerdings viel für die Auslegung sprechen, daß die Bürgin ein solches erhöhtes Risiko nicht einmal teilweise tragen sollte . . .

Als Grund für die ablehnende Entscheidung der Gremien der Beklagten gibt das Berufungsgericht deren Vortrag wieder, der geschäftsführende Gesellschafter E. B. der WT habe versucht, sich einseitig von einer Sicherungsvereinbarung zu lösen und die Kreditlinie alsbald über 500 000,- DM hinaus auszuschöpfen. Nach dem in Bezug genommenen Vortrag der Beklagten hat sie sich daraufhin mit der WT geeinigt, zur Vorbereitung einer abschließenden Entscheidung der Gremien das Sanierungskonzept eines externen Beraters einzuholen. Dieser sei sodann zu dem Ergebnis gekommen, „daß die wirtschaftliche Situation der ... WT ... äußerst brisant war“. Ohne die Zuführung neuer Gesellschafter habe der externe Berater kaum Überlebenschancen für die WT gesehen; sie hätte zum damaligen Zeitpunkt nahezu keinerlei Auftragsbestand mehr gehabt . . . Die behaupteten Umstände konnten, in Verbindung mit der bisherigen Entwicklung des Kreditkontos, möglicherweise ein berechtigter Anlaß für die Gremien der Beklagten sein, den Zwischenkredit nur unter Auflagen zu genehmigen. Jedenfalls unter den Voraussetzungen einer erhöhten Risikobewertung nach Maßgabe des Nr. 13 Abs. 2 AGB-Banken hätte dies auch im Verhältnis zur Bürgin gerechtfertigt sein können. Eine Nichterfüllung berechtigter Auflagen wiederum hätte eine Kündigung des Kreditverhältnisses gemäß Nr. 19 Abs. 3 AGB-Banken veranlassen dürfen.

Die Auslegung des Berufungsgerichts, das alle jene Umstände nicht berücksichtigt, ist rechtsfehlerhaft . . .

Der Senat kann die Bürgschaft . . . nicht selbst abschließend auslegen.

Der Sparkasse war vor Erteilung ihrer Bürgschaft zur Kenntnis gebracht worden, daß die Darlehenszusage der Beklagten unter Gremienvorbehalt stand. Dann ist es nach gegenwärtigem Sach- und Streitstand nicht auszuschließen, daß die Zustimmung der Gremien der Beklagten unter einem anderen Gesichtspunkt eine wesentliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der Bürgschaft war. Zum ursprünglichen Anlaß für den Gremienvorbehalt haben die Parteien nichts vorgebracht. Auch nach der Erörterung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist es offengeblieben, ob

die Zustimmung der Gremien allein wegen Überschreitens einer bestimmten Kreditlinie oder deswegen nötig war, weil das beantragte Sanierungsdarlehen als besonders riskant eingeschätzt wurde. Falls die Vereinbarung eines Gremienvorbehalts im bankmäßigen Geschäftsverkehr typischerweise bedeutet, daß die Bonität des Darlehensnehmers vor der Kreditauszahlung besonders sorgfältig geprüft wird, könnte sich damit zugleich das Risiko jedes Bürgen aus dessen Sicht verringern. Die Parteien müssen deshalb Gelegenheit zum Vortrag erhalten, ob die Gremien von Großbanken wie der Beklagten einer Kreditgewährung regelmäßig nur zustimmen, wenn zuvor die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers in einer das Normale erheblich übersteigenden Weise aufgeklärt worden sind, und ob sich andere Kreditinstitute - insbesondere als Bürgen - auf eine solche Übung erfahrungsgemäß verlassen.

Ferner behauptet der Kläger, die Beklagte habe alle bestehenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten der WT von Anfang an in vollem Umfang gekannt. Unter dieser Voraussetzung wäre nachträglich keine Verschlechterung eingetreten, die ein außerordentliches Kündigungsrecht hätte stützen können.

Darüber hinaus greift die Revision mit Recht die Ausführungen des Berufungsgerichts zu dem von der Beklagten erhobenen Einwand rechtsmißbräuchlichen Verhaltens an.

Der Kläger klagt einen Rückforderungsanspruch der bürgenden Sparkasse ein. Sogar wenn und soweit die Beklagte gegenüber der Sparkasse keine erheblichen Einwände hat (vgl. § 404 BGB), kann die Ausübung des abgeleiteten, ursprünglich einwendungsfreien Rechts gerade durch den Abtretungsempfänger rechtsmißbräuchlich i.S.v. § 242 BGB sein (vgl. BGB-RGRK/Weber, 12. Aufl., § 404 Rdn. 25 ff.; MünchKomm/Roth, BGB, 3. Aufl., § 404 Rdn. 15; Soergel/Zeiss, BGB, 12. Aufl., § 404 Rdn. 6; Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., § 404 Rdn. 1). Dies setzt voraus, daß der neue Gläubiger durch das Geltendmachen der abgetretenen Forderung gegen den Schuldner Treu und Glauben verletzt.

In dieser Hinsicht hat die Beklagte behauptet, ihr Sachbearbeiter Be. habe sich zunächst geweigert, den in Aussicht genommenen Kredit ohne die vorbehaltenen Genehmigungen der Gremien auszuzahlen. Der

Mitgesellschafter und Mitgeschäftsführer der WT, E. B., habe darauf erwidert, die WT müsse unverzüglich die Gehälter sowie offene Lieferantenverbindlichkeiten zahlen, um eine drohende Insolvenz abzuwenden. Sodann habe er sinngemäß erklärt: „Was stellen Sie sich so an? Ihnen steht doch bereits die Bürgschaft zur Verfügung“. Daraufhin habe sich der Banksachbearbeiter Be. mit E. B. geeinigt, daß die WT 500 000,- DM aus dem noch nicht genehmigten Kredit in Anspruch nehmen dürfe, daß allerdings die von der Sparkasse bereits gewährte Bürgschaft hundertprozentig zur Absicherung dieser nicht endgültig genehmigten Linie habe dienen sollen. Aufgrund dieser Absprache sei der Kredit zur Verfügung gestellt worden . . .

Gemäß § 242 BGB kann die Geltendmachung eines Rechts jedenfalls dann rechtsmißbräuchlich und deshalb unzulässig sein, wenn der Berechtigte zuvor gegenüber dem Verpflichteten einen gegenteiligen Vertrauenstatbestand geschaffen und der Verpflichtete sich im Hinblick darauf in schutzwürdiger Weise eingerichtet hat (vgl. BGHZ 94, 344, 354; 136, 1, 9 = WM 1997, 1809; *Palandt/Heinrichs*, a.a.O., § 242 Rdn. 55 ff.).

Erwirkt ein Darlehensnehmer die Auszahlung eines Darlehens vor Eintritt der dafür vereinbarten Bedingung aufgrund der Zusage, der Rückforderungsanspruch sei in vollem Umfang durch eine - von ihm zu stellende - Bürgschaft gesichert, darf er sich persönlich später nicht ohne weiteres darauf berufen, daß die Bürgschaft nicht Auszahlungen decke, die vor Eintritt der Bedingung vorgenommen wurden. Zwar mag von einer Bank im allgemeinen erwartet werden, daß sie das Risiko ihres Verhaltens selbst abzuschätzen vermag. Diese Erwägung tritt aber zurück, wenn sich die Einschränkung der Bürgschaft erst aufgrund einer Auslegung ergeben soll, die nach deren Wortlaut nicht naheliegt, während der Hauptschuldner sie schon bei seiner gegenteiligen Zusage im einschränkenden Sinne verstanden hat. In dieser Hinsicht kommt hier in Betracht, daß der Kläger selbst nach seiner eigenen Behauptung die Sparkasse erst zu der fraglichen Fassung der Bürgschaft veranlaßt hat. Damit wollte er nach seiner eigenen Darstellung jede Gültigkeit der Bürgschaft verhindern, solange nicht der volle Darlehensbetrag von 750 000,- DM ausbezahlt war. Hierbei handelte er als Mitgesellschafter und Mitgeschäftsführer der WT. Unter dieser Voraussetzung würde die

Hauptschuldnerin WT selbst gegen die von der Beklagten behauptete vertragliche Sicherungsvereinbarung verstoßen, wenn sie sich darauf beriefe, daß die Bürgschaft die zunächst ausgezahlten 500 000,- DM nicht sichere. Dasselbe träfe für E. B. zu, der die vertragliche Sicherungsvereinbarung mit der Beklagten persönlich ausgehandelt hat.

Aber auch der Kläger als weiterer Mitgesellschafter und Mitgeschäftsführer der WT kann sich im Hinblick auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht besser stellen, wenn er den Rückgewähranspruch der Sparkasse erwirbt. Er hat diesen nicht als unbeteiligter Dritter, sondern als Mitinhaber der Hauptschuldnerin erworben, der von deren wirtschaftlichem Schicksal mitbetroffen wird. Diese war als Nutznießerin des vorab bewilligten Kredits verpflichtet, die entsprechende Sicherheit zu stellen. Ihre vertragliche Zusage verantwortete der Kläger mit. Nach seinem eigenen Vorbringen hat die „Geschäftsführung“ der WT Anfang Juli 1996 die sofortige Gültigkeit der Bürgschaft bestätigt. Der Kläger behauptet nicht, dies nicht mitgetragen zu haben; vielmehr will er sich selbst darauf verlassen haben, daß wegen der anschließend getätigten Überweisungen „der Gremienvorbehalt nicht mehr bestand“. Unter solchen Voraussetzungen verhielte sich nicht nur die Hauptschuldnerin treuwidrig, wenn sie Rechte daraus herleiten wollte, daß die Sicherheiten, deretwegen der Kredit freigegeben wurde, entgegen der beiderseitigen Annahme nicht rechtswirksam geworden sind. Vielmehr trifft das auch auf die für sie handelnden Inhaber zu. Dies gilt unabhängig davon, ob die Bürgschaft der Sparkasse den vorab ausbezahlten Kredit überhaupt nicht oder nur teilweise sichern würde. Macht die Sparkasse ihren angeblichen Rückforderungsanspruch nicht selbst geltend, so kann der aus § 242 BGB gegen die WT wie gegen E. B. gerichtete Arglisteinwand nicht dadurch umgangen werden, daß die Forderung an den Kläger als Mitgesellschafter und Mitgeschäftsführer übertragen wird.

Allerdings könnte es auch gegenüber einer auf § 242 BGB gestützten Einwendung erheblich sein, wenn die Beklagte ihrerseits die Auszahlung des restlichen Darlehens vertragswidrig oder willkürlich verweigert hätte (. . .). Ferner bestreitet der Kläger die von der Beklagten behauptete, abweichende Sicherungsvereinbarung . . .

Anmerkung

1. Die vorliegende Entscheidung ist zu einem ziemlich speziellen Sachverhalt ergangen. Rechtlich geht es zum einen um Auslegungsfragen und zum zweiten um eine eher merkwürdige Spielart des Rechtsmissbrauchseinwands. Hier kann nur Weniges kurz angesprochen werden. Vorweg sei aber bereits ein erstes Fazit zum Auslegungskomplex gezogen. Gerade Kreditinstitute, die Bürgschaftserklärungen abgeben, sollten sich die verwendeten Formulierungen besonders sorgfältig überlegen und vor allem in derartigen Konstellationen wie hier keinesfalls auf für den „Wald-und-Wiesen-Fall“ vorgefertigte Texte zurückgreifen; nicht zuletzt auch deswegen, weil der IX. Senat professionelle Bürgen weit härter anfasst als private.

2. Auf alle Details zum Auslegungsproblem sowie zu den umfangreichen Erwägungen des IX. Senats dazu kann hier nicht eingegangen werden. Zumindest eine Frage, ob nämlich die bürgende Sparkasse auch für einen der kreditierenden Bank (nur) nach Bereicherungsrecht zustehenden Rückforderungsanspruch haftet, hätte aber wohl ohne weiteres umschifft werden können: Was spricht dagegen, in der Zurverfügungstellung des Kredits eine konkludente Beseitigung des „Gremienvorbehalts“ - was immer das auch genau ist - zu sehen? Ich kann keinen Grund für die Annahme des BGH erkennen, die Bank habe ohne Rechtsgrund Kredit gewährt.

3. Zum Auslegungskonflikt mit dem Berufungsgericht scheint mir der Zweck der einschränkenden Klausel (Bürgschaft gilt nur, wenn der Zwischenkredit frei zur Auszahlung kommt ...) zumindest im Grundsatz klar zu sein. Die bürgende Sparkasse wollte vermeiden, dass die Kreditnehmerin gerade deshalb insolvent wird, weil sie den Zwischenkredit für den entsprechenden Zeitraum nicht vollständig und zur freien Verfügung erhält. Sie ging aber offensichtlich davon aus, die 250 000,- DM pro Monat könnten dies verhindern. Tatsächlich war der Geldbedarf deutlich höher. Dem BGH ist zuzugestehen, dass die Auszahlung des vollen Betrages im Wissen, der Zusammenbruch der WT könne damit nicht verhindert werden, wenig sinnvoll wäre und daher auch nicht der Auslegung der Bürgschaftsverpflichtung zugrunde gelegt werden sollte. Die ausgehend von diesem Gedanken ent-

wickelte ergänzende Auslegung für den vorliegenden, von den Parteien nicht bedachten Fall (Zugriffsmöglichkeit auf Teilbeträge des Kredits vor gremialer Zustimmung und dennoch eröffnetes Insolvenzverfahren vor Ausnutzung des vollen Kreditbetrags) ist daher zumindest gut vertretbar.

4. Der BGH lässt offen, ob der bürgenden Sparkasse ein Rückforderungsanspruch wegen rechtsgrundloser Zahlung zusteht. Das wäre dann der Fall, wenn der Bürgschaftsvertrag wegen der einschränkenden Klausel doch nicht zustande gekommen wäre. (Für diese Variante stellt sich übrigens die allgemeine Frage, ob die Sparkasse von vornherein die Zahlung hätte verweigern können. Das ist trotz der Klausel „auf erstes Anfordern“ der Fall, da sich auch der Bürge auf erstes Anfordern - wie ein Garant - immer darauf berufen kann, die Haftungsverpflichtung sei - noch - nicht wirksam zustande gekommen.) Bejahendenfalls lässt der BGH den vom Zessionar der Sparkasse geltend gemachten Rückforderungsanspruch für den Fall bestimmter, ebenfalls noch offener Beweisergebnisse an § 242 BGB scheitern. Die diesbezüglichen Ausführungen zum Rechtsmissbrauchseinwand sind in mehrfacher Hinsicht nicht gelungen. Das gilt schon für den Begründungsaufbau, der m.E. nicht deutlich genug erkennen lässt, worin eigentlich die verwerfliche Vorgangsweise liegt. Leider erfährt man auch kein Wort über die rechtlichen und/oder wirtschaftlichen Gründe, die der Zession zugrunde lagen. Mehr als kühn und daher abzulehnen sind aber jedenfalls die weiteren Ausführungen, die - wenn ich sie recht verstanden habe - beim Darlehensnehmer WT ansetzen und aus dessen Verhalten (bzw. dem eines vertretungsbefugten Gesellschafters von WT) eine missbrauchsbelastete Position aller Gesellschafter und Geschäftsführer der WT und damit auch des Klägers als Kommanditisten ableiten. Ein derartiger *Missbrauchsdurchgriff* auf einen Kommanditisten ist dem § 242 BGB trotz all seiner Elastizität wohl beim besten Willen nicht abzurufen. Überdies kann auch das vom IX. Senat offenbar gewünschte Ergebnis auf diese Weise nicht erreicht werden. Wie sollte man auch verhindern können, dass die Sparkasse statt abzutreten das Geld selbst einzieht und an den Kommanditisten weiterleitet?

Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski, Graz