

**Die Auswirkungen
der durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom
18.05.1995 - IX ZR 108/94
begründeten Anlaßrechtsprechung
zu weitgefaßten Bürgschaftszweckerklärungen
auf die Lehre vom Kontokorrent**

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
des Doktors der Rechte
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Justus-Liebig-Universität
zu Gießen

Vorgelegt an der Justus-Liebig-Universität Gießen
bei Prof. Dr. Horst Hammen
Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Deutsches und Europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht
durch Géraldine Bläser

Gießen, im Mai 2001

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| 1. Teil: Einleitung | 1 |
| A. Problemstellung | 1 |
| B. Gang der Untersuchung | 5 |
| 2. Teil: Die Lehre vom Kontokorrent | 7 |
| A. Das Kontokorrent als Institut des Bürgerlichen Rechts | 7 |
| B. Die rechtliche Bedeutung der Saldoziehung | 10 |
| I. Abstraktes Schuldanerkenntnis oder kausaler Schuldfeststellungsvertrag | 10 |
| 1. Abstraktes konstitutives Schuldanerkenntnis gemäß § 781 BGB | 10 |
| 2. Kausaler Schuldfeststellungsvertrag | 11 |
| 3. Kritik an der Annahme eines kausalen Schuldfeststellungsvertrages | 11 |
| II. Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Kontokorrent | 12 |
| 1. Abstraktion des Saldoanspruchs durch Novation..... | 12 |
| a) Der Begriff der Novation | 12 |
| b) Hintergrund und Anwendung des Novationsgedankens im Kontokorrent | 13 |
| c) Erhalt der Novationslehre in der Rechtsprechung und in Teilen des Schrifttums..... | 14 |
| d) Doppelte Anwendung des § 356 HGB, Bewertung von Verrechnung und Anerkenntnis..... | 15 |
| 2. Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo | 17 |
| a) Grundlage und Grenzen der Haftung | 17 |
| b) Haftung einer Mehrzahl von Sicherheiten | 18 |
| c) Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für den Tagessaldo..... | 18 |
| 3. Tragende Argumente der Befürworter der Novationslehre und der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo | 20 |
| a) Novationslehre | 20 |
| b) Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo..... | 21 |
| c) Annahme einer durch § 356 HGB angeordneten gesetzlichen Forderungsauswechslung..... | 22 |
| III. Rechtliche Einordnung der Saldoziehung im Schrifttum nach § 364 II BGB | 23 |
| 1. Rechtskonstruktive Vorüberlegungen nach Canaris | 24 |
| a) Mutmaßlicher Parteiwille, Unterscheidung vier verschiedener Verträge | 24 |
| b) Rechtliche Einordnung des Verrechnungsvorganges | 25 |

| | |
|---|-----------|
| 2. Erhalt der kausalen Saldoforderung gem. § 364 Abs. 2 BGB..... | 27 |
| a) Erhalt des kausalen Saldos | 27 |
| b) Rechtsfolgen für die Sicherheiten..... | 28 |
| c) Tragende Argumente für den Erhalt der kausalen Saldoforderung..... | 30 |
| IV. Stellungnahme..... | 35 |
| 1. Fehlende rechtliche Begründung für die Anwendung der Novation im gegenwärtigen Rechtssystem..... | 35 |
| 2. Verstoß gegen den verfassungsrelevanten Grundsatz der Privatautonomie und praktische Auswirkungen | 36 |
| a) Privatautonomie und Verträge zu Lasten Dritter - Begriffsdefinition | 36 |
| b) Rechtsgeschäftliche Forderungsauswechslung als eine Folge der Novation..... | 37 |
| c) Verstoß gegen den Grundsatz der Privatautonomie..... | 38 |
| d) Zwischenergebnis | 39 |
| e) Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters | 39 |
| 3. Erhalt des kausalen Saldos nach § 364 Abs. 2 BGB..... | 41 |
| C. Zusammenfassung zur Lehre vom Kontokorrent | 44 |
| 3. Teil: Neuere Rechtsprechung zur Bürgschaft | 46 |
| A. Allgemeine Begriffsdefinitionen | 46 |
| I. Kontokorrentkredit, Ratenkredit- und Kontokorrentratenkreditvertrag | 46 |
| 1. Kontokorrentkredit | 46 |
| 2. Ratenkreditvertrag..... | 47 |
| 3. Kontokorrentratenkreditvertrag..... | 47 |
| II. Die Bürgschaft als Gegenstand kautelarischer Kreditsicherungspraxis | 48 |
| 1. Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Bankpraxis - Ausgestaltung des Bürgschaftsvertrages durch Allgemeine Geschäftsbedingungen | 48 |
| 2. Kontokorrentkredit- und Höchstbetragsbürgschaft..... | 49 |
| a) Kontokorrentkreditbürgschaft | 49 |
| b) Höchstbetragsbürgschaft..... | 50 |
| B. Darstellung und Diskussion einer Begrenzung der Haftung des Bürgen aus vorformulierten weitgefaßten Sicherungszweckerklärungen..... | 51 |
| I. Einleitung..... | 51 |
| II. Darstellung der bis zum Urteil des Bundesgerichtshofes am 18.05.1995 im Schrifttum vertretenen Rechtsauffassungen und Stellungnahme | 52 |
| 1. Rechtsansichten im Schriftum..... | 52 |
| a) Bestimmtheit der Hauptschuld in der Bürgschaftszweckerklärung | 52 |
| b) Höchstbetrag als Korrektiv weiter Sicherungszweckerklärungen | 54 |

| | |
|---|----|
| c) Übernahme des Gedankens der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit in das Bürgschaftsrecht - Anwendung von § 307 Abs. 1 und 2 BGB, § 138 BGB ohne gesetzliches Leitbild | 55 |
| d) Verletzung des Transparenzgebotes in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB | 55 |
| e) Schutz des Bürgen durch 87/102/EWG vom 22.12.1986 | 56 |
| 2. Stellungnahme | 57 |
| a) Das Bestimmtheitsmerkmal im Bürgschaftsrecht im Schrifttum und in der älteren Rechtsprechung..... | 57 |
| b) Keine Übertragbarkeit des Gedankens der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit auf das Bürgschaftsrecht | 62 |
| III. Entwicklung und Inhalt der mit Urteil vom 18.05.1995 – IX ZR 108/94 begründeten Rechtsprechung..... | 63 |
| 1. Annahme einer Überrumpelungswirkung im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB im Grundschuldrecht | 63 |
| 2. Übernahme der Anlaßrechtsprechung für den Bereich der Ratenkredite | 64 |
| 3. Kehrtwende in der Rechtsprechung zu Bürgschaften für Kontokorrentkredite seit BGH, Urteil vom 18.05.1995 - IX ZR 108/94..... | 65 |
| a) Gesetzliches Leitbild der Vorschrift des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB | 65 |
| b) Überrumpelungswirkung im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB bei Kontokorrentkrediten..... | 66 |
| c) Unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB | 67 |
| d) Anlaß der Bürgschaftsübernahme als Haftungsobergrenze, Höchstbetragsbürgschaften..... | 68 |
| e) Sachverhalte, die von der Rechtsprechung zu weitgefaßten Bürgschaftszweckerklärungen ausgenommen sind..... | 69 |
| IV. Diskussion der Beschränkung weitgefaßter Bürgschaftszweckvereinbarungen nach der gegenwärtigen Rechtsprechung | 70 |
| 1. Übertragbarkeit der Anlaßrechtsprechung auf die Bürgschaft - Ausnahmen von dem Leitbild in der geänderten Rechtsprechung | 70 |
| a) Übertragbarkeit der Anlaßrechtsprechung zur Grundschuld auf das Bürgschaftsrecht | 70 |
| b) Diskussion der von der Anlaßrechtsprechung ausgenommenen Sachverhalte.... | 75 |
| 2. Fehlen eines entsprechenden Leitbildes in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB und Widerspruch der neueren Rechtsprechung zur ratio legis der §§ 765 Abs. 2, 767 Abs. 1 S. 3 BGB nach teleologischer Auslegung..... | 80 |
| a) Einleitung | 80 |
| b) Ratio legis des § 765 Abs. 2 BGB | 80 |
| c) Systematische Auslegung - Rückschluß auf die ratio des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB aus einem Vergleich mit den anderen akzessorischen Sicherheiten Pfandrecht und Hypothek | 85 |

| | |
|--|------------|
| d) Zusammenfassung und Bedeutung des Ergebnisses für das gesetzliche Leitbild..... | 89 |
| 3. Konsequenz des bürgschaftsrechtlichen Leitbildes für die Anwendbarkeit des Gesetzes über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen..... | 90 |
| a) Ausschluß der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB..... | 90 |
| b) Gleichbehandlung von Bürgschaften für Festkredite und solche für Kontokorrentkredite im Rahmen des § 305 c Abs. 1 BGB..... | 93 |
| C. Zusammenfassung zur neueren Rechtsprechung..... | 99 |
| 4. Teil: Auswirkungen der neueren Rechtsprechung zu weiten Sicherungszweckerklärungen im Bürgschaftsrecht auf die Lehre vom Kontokorrent..... | 102 |
| A. Einleitung..... | 102 |
| B. Vergleichende Betrachtung des Haftungsumfangs bei akzessorischen Sicherheiten nach der Novationslehre sowie bei vorformulierten weiten Sicherungszweckerklärungen..... | 104 |
| I. Parallelen zwischen beiden Fallgruppen..... | 104 |
| 1. Erweiterung der Haftung auf nicht individualisierte andere künftige Verbindlichkeiten im Sinne von § 767 Abs. 1 S. 3 BGB..... | 104 |
| a) Erhöhung des Betrages der Haftung..... | 104 |
| b) Erweiterung der Summe der gesicherten Forderungen - Identität zwischen veranlassender Hauptschuld und anderen Verbindlichkeiten in der neueren Rechtsprechung..... | 105 |
| c) Mangelnde Bestimmtheit nach Gegenstand und Umfang künftiger Verbindlichkeiten..... | 106 |
| 2. Vergleich der Risiken in der Praxis..... | 106 |
| 3. Zusammenfassung..... | 108 |
| II. Begründung der abweichenden Rechtsprechung mit der zwischen den Fällen des § 356 HGB sowie der formularmäßigen Vereinbarung eines weiten Sicherungszwecks bestehenden Unterschieden..... | 109 |
| 1. Übertragung der geänderten Rechtsprechung zu weiten Bürgschaftszweckerklärungen auf alle akzessorischen Sicherheiten..... | 109 |
| a) Einleitung..... | 109 |
| b) Übertragung der Grundsätze auf das Pfandrecht..... | 110 |
| c) Hypothek..... | 113 |
| d) Zusammenfassung..... | 114 |
| 2. Weitere Unterschiede zwischen den von der Vorschrift des § 356 HGB geregelten Sachverhalten und den Fällen weitgefaßter Sicherungszweckerklärungen..... | 115 |
| a) Einzelforderung und Forderungsvielzahl..... | 115 |
| b) Vertrag zu Lasten Dritter..... | 116 |
| c) Rechtlicher Ursprung der Haftungsausweitung..... | 119 |

| | |
|---|------------|
| 3. Rechtfertigung der unterschiedlichen Auslegung des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB bei Haftungserweiterung durch die unter 2. festgestellten Abweichungen..... | 119 |
| a) Haftungserweiterung infolge der Rechtsprechung oder aber Allgemeiner Geschäftsbedingungen als Grund unterschiedlicher Behandlung | 119 |
| b) Abweichungen hinsichtlich der veranlassenden Forderung sowie des Verstoßes gegen die Parteiautonomie..... | 122 |
| 4. Ergebnis..... | 123 |
| C. Auswirkungen des kautelarischen Wertungswiderspruchs zwischen den Lehren vom Kontokorrent im Rahmen des § 356 HGB und zu weitgefaßten Bürgschaftszweckvereinbarungen beim Schutz der Parteiautonomie auf die Lehre vom Kontokorrent | 124 |
| I. Unmittelbare Auswirkungen auf die Lehre von der novatorischen Wirkung der Saldoziehung | 124 |
| 1. Wertungswiderspruch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes..... | 124 |
| 2. Auflösung des Widerspruchs durch Abkehr von der Annahme einer novatorischen Wirkung des Saldoanerkennnisses..... | 125 |
| II. Mittelbare Auswirkungen auf den regelmäßigen Verrechnungsmodus im Kontokorrent..... | 125 |
| 1. Die Verrechnung im Kontokorrent | 125 |
| a) Einführung zur kontokorrentrechtlichen Verrechnung | 125 |
| b) Verrechnungsformen und Argumente für eine regelmäßige Anwendung in der laufenden Rechnung des § 356 HGB | 129 |
| c) Stellungnahme zur regelmäßigen Verrechnungsform im Kontokorrent..... | 137 |
| d) Ergebnis zur Verrechnung im Kontokorrent - Abweichende Beurteilung von bankrechtlichem und handelsrechtlichem Kontokorrent..... | 150 |
| 2. Aufgabe der verhältnismäßigen Verrechnung im Kontokorrent als mittelbare Auswirkung der geänderten Rechtsprechung zu weiten Bürgschaftszweckvereinbarungen..... | 152 |
| D. Zusammenfassung | 153 |
| Teil 5: Zusammenfassung..... | 156 |
| Literatur..... | 159 |



1. Teil: Einleitung

A. Problemstellung

Der Anlaß der Untersuchung ist das Urteil des XI. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes vom 18.05.1995.¹ In diesem Urteil hat das Gericht unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung festgestellt, daß eine vorformulierte Sicherungsvereinbarung, die die Bürgschaftshaftung über die veranlassenden Verbindlichkeiten hinaus erweitert, mit der Regelung in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB unvereinbar ist. Gegenstand dieser Rechtsprechung sind Bürgschaften, die von Beginn an für den Saldoanspruch aus einer laufenden Rechnung im Sinne der §§ 355-357 HGB übernommen wurden. In der Bankpraxis wurden diesen Bürgschaften regelmäßig Formulare zugrunde gelegt, die den Sicherungszweck über die Forderungen, die den Anlaß des Sicherungsvertrages bildeten hinaus, durch folgende Klausel erweiterten:

Die Bürgschaft "wird zur Sicherung aller bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen der Bank ... gegen den Hauptschuldner ... aus ihrer Geschäftsverbindung (insbesondere aus laufender Rechnung, Krediten oder Darlehen jeder Art und Wechseln) sowie aus Wechseln, die von Dritten herein gegeben werden, Bürgschaften, Abtretungen oder gesetzlichem Forderungsübergang übernommen."

Von dieser Haftung für den Saldo der laufenden Rechnung ist die Regelungsmaterie des § 356 Abs. 1 HGB zu unterscheiden, der sich auf Bürgschaften und die anderen akzessorischen Sicherheiten Pfandrecht und Hypothek bezieht, soweit diese für eine einzelne kontokorrentgebundene Forderung bestellt werden. Thema der Arbeit ist ein Vergleich beider Sicherungskonstellationen vor dem Hintergrund der eingangs vorgestellten Judikatur. Das Kontokorrent selbst ist eine in der kaufmännischen Handels- und Bankpraxis entwickelte Abrechnungsmethode, deren wirtschaftliche Funktionen in der Vereinheitlichung und Vereinfachung des Zahlungs- und Abrechnungsverkehrs der Beteiligten liegen. Dieses Ziel wird in der Weise erreicht, daß die einzelnen gegenseitigen Ansprüche, ebenso wie Leistungen, ihre selbständige rechtliche Durchsetzbarkeit durch die Einstellung in eine laufende Rechnung verlieren. Stattdessen wird zu bestimmten vereinbarten Zeit- oder Buchungsabschnitten der sich für eine Kontokorrentpartei ergebende Überschuß in Form des Saldos ermittelt und entweder durch Ausgleich oder durch Vortrag auf neue Rechnung getilgt. Vergleichbare Verrechnungspraktiken der oberitalienischen Handelsmetropolen gelangten,

¹ BGH WM 1995, 1397 ff.

nach Übergang zum beiderseitig seßhaften Handel und die im 15. Jahrhundert erfolgende Ausbildung der Buchführung im Spätmittelalter, in das Gebiet des deutschen Rechts. Kontokorrentverträge zwischen der Bank und ihrem Kunden sind dagegen erst seit der Entwicklung des modernen Bankwesens im 17. Jahrhundert bezeugt.²

Die Vereinheitlichung des gegenseitigen Zahlungsverkehrs wird, neben der rein summenmäßigen Konzentration der Vielzahl beiderseitiger Forderungen und Leistungen zu einem einzigen Forderungsbetrag, durch die für das Kontokorrent charakteristische rechtliche Abstraktion des Anspruches auf den Saldo erreicht; Verjährung, Erfüllungsort, Gerichtsstand und Verzinsung werden vereinheitlicht.³ Darüber hinaus bewirkt die Anerkennung des Saldos eine vereinfachte prozessuale Durchsetzung im Wege einer Beweislastumkehr. Die Partei, zugunsten derer sich ein Überschuß aus dem Abschlußsaldo ergibt, ist nicht mit der Darlegungs- und Beweislast für den kausalen Kontokorrentsaldo belastet; vielmehr genügt die Berufung auf das abstrakte Saldoanerkennnis.⁴ Der Saldoschuldner muß den von ihm begründeten abstrakten Anspruch kondizieren, wenn das Kausalverhältnis nicht besteht. Ihm obliegen dann die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen der Kondiktion.⁵ Kann der Gläubiger dagegen die Abgabe eines Saldoanerkennnisses nicht beweisen, kommt ihm die Darlegungslast für sämtliche Aktiv- und Passivposten zu, die Grundlage der geltend gemachten Saldoforderung sind. In der Bankpraxis enthalten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken in Nr. 7 Abs. 2 zur Vereinfachung der Massenvorfälle im Giroverkehr eine Fiktion der Saldofeststellung. Erhebt der Kunde nicht innerhalb von 6 Wochen nach Zugang des Rechnungsabschlusses Einwendungen, gilt dieser als genehmigt, mithin anerkannt.⁶ Hinzu tritt noch eine Sicherungsfunktion, die sich daraus ableitet, daß der eine Teil die Gegenforderungen des anderen Teils heranziehen und Befriedigung durch das Erlöschen seiner Schulden erlangen kann.

Das Kontokorrent hat in den, bis auf die Beteiligung eines Kaufmannes, dispositiven Vorschriften der §§ 355-357 HGB keine umfassende Regelung erfahren. Auch das ADHGB⁷ hat sich lediglich in Art. 291 mit der laufenden Rechnung befaßt und darin, neben einer Auslegungsregel für die Dauer der Abrechnungsperiode, die Ausnahme vom Verbot des Anatozismus, also des Zinseszinses, festgehalten.

² Vgl. dazu sowie allgemein zur geschichtlichen Entwicklung Prausnitz, Die Geschichte der Forderungsverrechnung; Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, S. 327 ff.; Scherner FS Bärmann S. 171, 172; Raisch, Voraussetzungen, Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, S. 232.

³ Vgl. u.a. K. Schmidt, Handelsrecht, S. 640; Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 2; Staudinger/Marburger (1997) § 782 Rdz. 9.

⁴ Bunte in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch I, § 12 RdNr 24.

⁵ Vgl. Staudinger/Marburger (1997) § 782 Rdz. 11.

⁶ Vgl. Nr. 7 (2) AGB-Banken.

⁷ Als Vorläufer des am 01.01.1900 in Kraft getretenen HGB.

Durch die reservierte Normierung wurde dem jeweiligen von praktischen kaufmännischen Zielen getragenen Willen der Kontokorrentparteien Vorrang vor einer restringierenden Institutionalisierung der laufenden Rechnung eingeräumt.⁸ Zum anderen wurde das damalige Privatrecht von dem rechtsphilosophischen Postulat der Privatautonomie dominiert.⁹ Soweit überhaupt eine Normierung erfolgte, ist dies auf das Bedürfnis des Handelsverkehrs, sich von dem kanonischen Wucherdogma und dem Verbot des Zinseszinses zu lösen, zurückzuführen.¹⁰

Aus diesem Grund wurde noch in den Beratungen des 18. Dt. Juristentages eine über die Entwürfe zum HGB hinausgehende Kodifikation des Kontokorrentvertrages zugunsten einer rechtlichen Ausformung durch Wissenschaft und Rechtsprechung sowie des Handelsgewohnheitsrechts abgelehnt.¹¹ Die Fortbildung des Rechtsinstitutes Kontokorrent hat somit zur Herausbildung einer Lehre vom Kontokorrent geführt. Im Rahmen dieser Lehre werden insbesondere die Rechtswirkungen von Saldoziehung und Verrechnungsvorgang bereits seit der Jahrhundertwende kontrovers diskutiert. Danach bestimmen sich das Schicksal und die Haftung von Sicherheiten, die für eine einzelne Forderung bestellt werden, welche sodann in eine laufende Rechnung aufgenommen wird.

Zu dieser Fallkonstellation ordnet § 356 HGB lediglich an, daß akzessorisch gesicherte Forderungen überhaupt in ein Kontokorrent eingestellt werden können,¹² und daß der Gläubiger durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert ist, aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken. Die rechtliche Qualifizierung der Saldoziehung und somit auch der beschriebenen Vereinfachungs- und Vereinheitlichungsfunktion ist bereits seit dem 19. Jahrhundert umstritten. Die Judikatur¹³ hält jedenfalls formell auch heute noch an der bereits vor Abfassung des HGB begründeten

⁸ Vgl. Denkschrift, 1897, S. 212, Denkschrift, 1896, S. 196 ebenso noch Markower in Verhandlungen des Dt. Juristentages, 2. Bd., S. 144, 146.

⁹ Vgl. dazu Scherner in FS für Johannes Bärmann, S. 171, 181.

¹⁰ Vgl. Raisch, Voraussetzungen, Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, S. 233 ff; vgl. dazu auch die Beschränkung des AllPrL in II 8 § 697 sowie Art. 147 des württembergischen Entwurfs von 1839.

¹¹ Vgl. Rießer in Verhandlungen des 18. Dt. Juristentages, I. Bd., 1886, S. 3, 17 und Markower als Koreferent in Bd. II., 1887, S. 144, 145 f.

¹² Dies ist keineswegs selbstverständlich. Noch die Entwürfe und Beratungen zu § 356 HGB sahen vor, gesicherten Forderungen die Kontokorrentfähigkeit vorzuenthalten und diese zumindest dann von der laufenden Rechnung auszuschließen, wenn keine entgegengesetzte Parteivereinbarung vorlag, vgl. § 298 des Entwurfs des Reichsjustizamtes Berlin von 1895 (RJA-E I) sowie § 327 des Entwurfs des Reichsjustizamtes Berlin von 1896 (RJA-E II).

¹³ BGHZ 26, 142, 150 BGHZ 29, 280, 283; BGH BB 1961, 116 f.; BGH WM 1969, 92 f.; BGHZ 50, 277, 279; BGH NJW 1970, 560 f.; BGH WM 1972, 283, 286, so vor allem auch noch für das Bankkonto BGH ZIP 1999, 626 f.

und im Schrifttum kritisierten Ansicht einer novierenden, also schuldum-schaffenden Wirkung des Anerkenntnisses und der hiermit verbundenen Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo fest. Dagegen hat sich zuletzt Canaris¹⁴ umfangreich und detailliert gewandt. Die Kritik setzt insbesondere an den Folgen der Novationslehre für die Sicherheiten an, die darin bestehen, daß die Haftung der ursprünglich für eine einzelne Forderung bestellten Sicherheiten infolge der anschließenden Kontokorrentbindung erweitert wird. Dies wird an einem Beispiel¹⁵ deutlich:

In eine laufende Rechnung ist zugunsten des A eine durch die Bürgschaft des B gesicherte Darlehensforderung i.H.v. 10.000,00 € gegen C eingestellt. Sodann zahlt C¹⁶ 10.000,00 € zur Tilgung der Darlehensforderung in das Kontokorrent ein. Noch vor dem nächsten Rechnungsabschluß wird eine neue Forderung des A gegen C aus Warenlieferung i.H.v. 9.000,00 € in das Kontokorrent eingestellt, so daß sich bei der nächsten Saldoziehung zugunsten des A ein Saldoanspruch i.H.v. 9.000,00 € ergibt. Nach den Grundsätzen der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo kann B, ungeachtet der vorgenommenen Einzahlung, i.H.v. 10.000,00 € für die Saldoforderung in Höhe von 9.000,00 € in Anspruch genommen werden, wenn der Haftungsfall eintritt.

Zwar hat sich der Bundesgerichtshof gelegentlich am Ergebnis orientiert und Entscheidungen getroffen, die der Annahme einer novatorischen Wirkung des Saldoanerkennnisses widersprechen. Das Gericht hat jedoch seinen zugrunde gelegten dogmatischen Ausgangspunkt keineswegs aufgegeben, so daß die rechtlichen Argumente seit der Veröffentlichung von Canaris im Jahr 1978¹⁷ als im Grundsätzlichen ausgetauscht erschienen.

Die seit 18.05.1995 höchstrichterlich vertretene Annahme eines aus § 767 Abs. 1 S. 3 BGB zu folgernden haftungsbegrenzenden Leitbildes wirft nunmehr die Frage auf, ob sich der Bundesgerichtshof zu seiner eigenen Judikatur zu § 356 HGB in Widerspruch setzt. Die zu § 767 Abs. 1 S. 3 BGB nunmehr bestehende Rechtsprechung könnte zur Folge haben, daß eine Ausweitung der akzessorischen Haftung, wie sie im Anwendungsbereich von § 356 HGB von der Rechtsprechung bislang noch angenommen wird, nicht mehr behauptet werden könnte. Es könnte sich als folgerichtig erweisen, den durch die Rechtsprechung zu vorformulierten Sicherungszweckerklärungen erzielten Schutz des Bürgen auch demjenigen Siche-

¹⁴ Jeweils Kommentierung zu §§ 355 - 357 in Großkomm-HGB; Handelsrecht, § 27; in FS Hämmerle, S. 55 ff., DB 1972, 421 ff. und 469 ff.; ZIP 1985, 592 ff.; ZIP 1987, 885 ff.; EWiR § 276 BGB 2/89, 657, S. 2 ff.

¹⁵ In Anlehnung an Canaris, Handelsrecht, S. 483.

¹⁶ Oder B selbst.

¹⁷ Der 1978 in dritter Auflage erschienene dritte Band, 2. Halbband, §§ 352 - 372 des Großkommentars zum Handelsgesetzbuch enthält in den Kommentierungen zu den §§ 355 ff. HGB die umfanglichste Darstellung der Ansicht von Canaris.

rungsgeber zugute kommen zu lassen, der die Haftung für eine kontokorrentgebundene Verbindlichkeit übernommen hat.

In der Praxis besitzt die kontokorrentrechtliche Abwicklung des beiderseitigen Geschäftsverkehrs vor allem zwischen Kaufleuten, die in Lieferbeziehungen miteinander stehen, wie beispielsweise Groß- und Einzelhändlern, Kaufleuten und Handelsvertretern, Verlagen und Buchhandlungen sowie Gesellschaften und ihren Mitgliedern oder den verschiedenen Unternehmensteilen eines Konzerns Bedeutung.¹⁸ Neben diesen charakteristischen handelsrechtlichen Anwendungsbereichen ist das Kontokorrent aber vor allem in Form des bankrechtlichen Girokontos für die Mehrzahl aller Privatpersonen von überragender Bedeutung. So verfügten im Jahr 1996 bereits 95 % aller Privatpersonen in Deutschland über ein Girokonto, woraus sich eine Gesamtzahl von 64 Millionen Girokonten ergibt.¹⁹ Das Girokonto zeichnet sich also durch die große Anzahl und das hiermit verbundene hohe Aufkommen von Geschäftsvorfällen aus.

B. Gang der Untersuchung

In Teil 2 der Arbeit werden die Rechtsnatur und Folgen der Saldoziehung im Rahmen des § 356 HGB nach der Rechtsprechung und dem Schrifttum dargestellt und erörtert.

Im folgenden Teil 3 wird zunächst die Entwicklung des Bürgenschutzes auf dem Gebiet der weiten Formularzweckerklärungen in der Rechtsprechung nebst des vorläufigen Abschlusses dieser Entwicklung durch das eingangs vorgestellte Urteil des Bundesgerichtshofes behandelt. Gegenstand der untersuchten Rechtsprechung sind Kontokorrentkredite die, beispielsweise in Form des Überziehungs- oder Dispositionskredites, im Geschäftsbereich der Vergabe von Zahlungskrediten durch Banken eine wichtige Stellung einnehmen.

Im weiteren folgt eine kritische Würdigung dieser neueren Jurisdiktion unter Berücksichtigung abweichender rechtlicher Ansätze im Schrifttum. Die neuere Rechtsprechung greift inhaltlich einen Teil der bereits im Schrifttum befürworteten Meinungen auf und integriert diese in ihre eigenen Urteilsbegründungen. Eine kritische Würdigung der Judikatur erfordert somit auch die Auseinandersetzung mit den zeitlich vorausgehenden Ansichten. Da den verschiedenen rechtskonstruktiven Entwürfen jedenfalls das Ziel einer Haftungsbegrenzung gemeinsam ist, wird daran anschließend untersucht, ob eine solche Begrenzung durch die gesetzliche Anlage des Sicherungsinstitu-

¹⁸ Vgl. dazu auch Canaris, Handelsrecht, S. 469.

¹⁹ Staudinger/Martinek, BGB, § 657 Rdz. B17.

tes Bürgschaft gedeckt ist. Zur Erforschung des objektiven Willens des Gesetzgebers wird insbesondere auf die Vorstellungen in der Pandektenwissenschaft des ausgehenden 19. Jahrhunderts, die Gesetzesmaterialien sowie die Gesetzessystematik eingegangen.

Zu Beginn der Untersuchung über die Auswirkungen auf die Lehre vom Kontokorrent²⁰ in Teil 4 werden zunächst die zwischen beiden Sicherungskonstellationen bestehenden Parallelen im Hinblick auf die rechtliche Bewertung und das bestehende Haftungsrisiko herausgestellt. Daran schließt sich die Frage an, ob sich die differierende Bewertung in der aktuellen Rechtsprechung aus den im übrigen bestehenden Unterschieden heraus erklärt. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die schuldumschaffende Wirkung des Saldoanerkenntnisses in Wechselwirkung mit dem im allgemeinen handelsrechtlichen Kontokorrent und insbesondere im Girokonto anzunehmenden Verrechnungsmodus steht. Die Auswirkungen eines bestehenden Wertungswiderspruchs sind demgemäß nicht auf die rechtliche Einordnung des Saldoanerkenntnisses beschränkt, sondern erfassen auch die durch die Rechtsprechung zugrunde gelegte verhältnismäßige Gesamtaufrechnung.

Die Mehrzahl der herangezogenen Gerichtsentscheidungen sowie das verwendete Schrifttum beruhen auf dem vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 01.01.2002 geltenden Rechts. Dies betrifft insbesondere die Vorschriften des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie die Vorschriften über den Darlehensvertrag. Dagegen ist die Grundlage der vorliegenden Arbeit die aktuelle Gesetzesfassung, so daß die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz erfolgten systematischen und inhaltlichen Änderungen Berücksichtigung finden. Die gleichzeitige Nennung der Vorschriften in der alten Fassung im Rahmen der Wiedergabe von Rechtsprechung und Schrifttum neben einer Diskussion auf der Grundlage des aktuellen Gesetzestextes würde jedoch die Verständlichkeit der Ausführungen wesentlich beeinträchtigen. Daher wurden die in Bezug genommenen Vorschriften zum Zwecke der Vereinheitlichung vollständig nach dem seit dem Jahr 2002 geltenden Gesetzestext benannt.

²⁰ In dieser Arbeit wird insoweit lediglich auf den Problemkreis der Wirkungen des Saldoanerkenntnisses und die kontokorrentrechtliche Verrechnung Bezug genommen. Darauf bezieht sich im Folgenden auch die Bezeichnung "Lehre vom Kontokorrent" in Abgrenzung zum Themenbereich der weitgefaßten Zweckerklärungen.

2. Teil: Die Lehre vom Kontokorrent

A. Das Kontokorrent als Institut des Bürgerlichen Rechts

Angesichts des rein kaufmännischen Ursprungs und der ausdrücklichen Regelung im HGB scheint das Kontokorrent auf den ersten Blick eine spezifisch handelsrechtliche Materie zu sein, so daß die Entwicklung rechtsdogmatischer Lösungen aus den allgemeinen Bestimmungen des BGB besonderer Vorprüfung bedürfen würde. Auch eine Parallele zur allgemeinen Bürgenhaftung, wie sie Gegenstand der mit Urteil des Bundesgerichtshofes vom 18.05.1995 – IX ZR 108/94 - begründeten Rechtsprechung ist, könnte dann nicht ohne weiteres gezogen werden. Dafür spricht im weiteren die Existenz des sogenannten "uneigentlichen"²¹ Kontokorrents neben der handelsrechtlichen laufenden Rechnung. Das uneigentliche Kontokorrent zeichnet sich dadurch aus, daß es Züge der laufenden Rechnung aufweist, aber nicht alle in § 355 Abs. 1 HGB genannten Voraussetzungen erfüllt werden.²² Der praktisch wichtigste Fall ist eine Abrede zwischen zwei Nichtkaufleuten, der alle Merkmale des "eigentlichen" Kontokorrents eigen sind.²³

Richtiger Lösungsansatz ist indes die sachliche Differenzierung zwischen den vertragstypischen Merkmalen des Kontokorrents einerseits und der Anwendbarkeit der Bestimmungen §§ 355 ff. HGB und hiermit auch der Ausnahme vom Zinseszinsverbot andererseits.²⁴ Historisch erklärt sich die Aufnahme des Kontokorrents in handelsrechtliche Kodifikationen zum einen durch das kaufmännische Rechnungswesen. Hiermit wäre es unvereinbar gewesen, wenn der für die folgende Rechnungsperiode vorzutragende Saldo nur insoweit verzinslich wäre, als in ihm keine verzinslichen Posten enthalten sind.²⁵ Ein vorab vereinbarter Zinseszinsanspruch wäre in diesem Fall, entgegen der Vereinfachungsfunktion des Kontokorrents, nur durch zwei nach Hauptschuld und Zinsen getrennte Konten realisierbar gewesen.²⁶ Zum anderen liegen der Ursprung sowie der Hauptanwendungsfall des Kontokorrents in der kaufmännischen Praxis.

²¹ Im Schrifttum wird dieser Begriff ganz einmütig abgelehnt, da er wenig aussagekräftig ist. Vgl. u.a. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 119 ff.; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 118 ff.; K. Schmidt JZ 1981, 126, 129.

²² K. Schmidt JZ 1981, 126, 129.

²³ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 120.

²⁴ Vgl. K. Schmidt, Handelsrecht, S. 628; Raisch, Voraussetzungen, Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, S. 231; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 119.

²⁵ Vgl. Motive zu Art. 224, S. 112.

²⁶ Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 15.

Tatsächlich war jedoch eine Ausweitung der kontokorrentrechtlichen Regelungen auf alle Bürger bereits Gegenstand der Erörterungen zur Revision des ADHGB²⁷ sowie der gutachterlichen Untersuchungen zur Abfassung des BGB²⁸. Die Aufnahme kontokorrentspezifischer Vorschriften in das BGB²⁹ scheiterte keineswegs wegen dogmatischer Bedenken. Es überwog vielmehr die Ansicht, daß aufgrund der praktischen Ausprägung des Kontokorrents nur ein eingeschränkter Regelungsbedarf durch den Gesetzgeber bestehe. Auch die Einordnung des Kontokorrents als Handelsgeschäft wurde nicht gesetzessystematisch, sondern primär mit dessen Entstehungsgeschichte begründet.³⁰

Deshalb kann ein dem Kontokorrentvertrag entsprechendes Vertragsverhältnis nach überwiegender Auffassung auch zwischen Nichtkaufleuten als Auswirkung des Grundsatzes der Privatautonomie bestehen.³¹ Die Mehrzahl der Bestimmungen in §§ 355 ff. HGB findet auf eine solche laufende Rechnung nach allgemeiner Meinung analoge Anwendung. Strittig ist indes die analoge Heranziehung von § 356 HGB für die Geschäftsverbindung der Nichtkaufleute. Unter den vor allem in der älteren Literatur vertretenen ablehnenden Stimmen wurde der Fortbestand der Sicherheiten mit dem Argument begründet, daß beim "uneigentlichen" Kontokorrent keine Novation eintrete.³² Das neuere Schrifttum wendet § 356 HGB hingegen als sachgerechte Lösung analog an.³³ Somit liegt das maßgebliche Unterscheidungskriterium zwischen eigentlichem und uneigentlichem Kontokorrent in der den Kaufleuten vorbehaltenen Möglichkeit, Zinseszinsen im Voraus zu vereinbaren.³⁴ Die Beschränkung des § 355 Abs. 1 HGB auf Kaufleute wird u.a. mit dem Argument begründet, daß ohne die Ausnahme vom Verbot des Zinseszinses zwei verschiedene Rechnungen, getrennt nach Haupt- und Zinsforderungen, geführt werden müssten. Nur der Saldo über die Hauptforderungen wäre danach verzinslich, während der unverzinsliche Saldo aus den Zinsen unverändert stehen gelassen werden müsse. Dieses Ergebnis soll den spezifischen kaufmännischen Bedürfnissen widersprechen³⁵, wohinge-

²⁷ Vgl. Raisch, Voraussetzungen, Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, S. 244.

²⁸ Vgl. Rießer in Verhandlungen des 18. Dt. Juristentages, S. 3 ff.

²⁹ Abgesehen von § 782 BGB, vgl. dazu B., II., 1., b).

³⁰ Vgl. Rießer in Verhandlungen des 18. Dt. Juristentages, S. 3 ff., 4 f.

³¹ Neuner ZHR 157 (1993) 243, 250 f.; K. Schmidt JZ 1981, 126.

³² Vgl. dazu Düringer/Hachenburg/Breit, HGB, § 355 Anm. 17.

³³ Vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 120; Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 14; Neuner ZHR 157 (1993), 243, 251.

³⁴ Vgl. RGZ 95, 19; Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 15, 120; Düringer/Hachenburg/Breit, HGB, Anhang zu §§ 355 - 357 Anm. 7; Heymann/Kötter, HGB, § 355 Anm. 1 a.E.; Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, Commercial Banking-Investment-Banking, § 4 Rdz. 14.

³⁵ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 15.

gen bei Privatleuten für dieses Privileg das "rechtspolitische Bedürfnis" fehle.³⁶

Daraus ergibt sich jedoch noch keine ausschließliche Zuordnung zum Handelsrecht. Die Kaufmannseigenschaft mindestens einer Partei ist nicht begriffsnotwendig.³⁷ Nichtkaufleute können also uneingeschränkt der Regelung in §§ 355 ff. HGB unterfallen, wenn sie mit einem Kaufmann in einem Kontokorrentvertragsverhältnis stehen. Diese Konstellation stellt in Form des Girokontos sogar den Hauptanwendungsfall des Kontokorrents i.S.d. §§ 355 ff. HGB dar. Darüber hinaus enthält auch das BGB in § 782 eine für die Praktikabilität des Kontokorrentverkehrs bedeutsame Regelung, die nicht zwischen kaufmännischer und nichtkaufmännischer Abrechnung differenziert.

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß keine rechtsdogmatischen Gründe erkennbar sind, die zwingend zu einer Einordnung des Kontokorrents als ausschließlich handelsrechtliche Vertragsart führen. Weder enthält das BGB Vorschriften, die die Anwendbarkeit der §§ 355 ff. HGB ausschließen, noch ist das Argument des Ursprungs und Schwerpunktes der Vertragsart in kaufmännischen Kreisen rechtsdogmatisch überzeugend. Denn mit Ausnahme der Befreiung vom Zinseszinsverbot beruhen die im Rahmen dieses Schuldverhältnisses auftretenden und in den §§ 355 ff. HGB geregelten Fragen nicht auf spezifisch handelsrechtlichen Besonderheiten.³⁸

Und selbst die handelsrechtliche Ausnahme von § 248 Abs. 1 BGB relativiert sich bei näherer Betrachtung. Nach § 248 Abs. 1 BGB ist nur eine im Voraus getroffene Vereinbarung, dass fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, nichtig. Danach können also auch Nichtkaufleute miteinander die Verzinsung des Saldos, und somit auch die Verzinsung der darin bereits enthaltenen Zinsen, wirksam verabreden. Dies setzt lediglich voraus, daß die Vereinbarung, die auch konkludent in dem vorbehaltlosen Anerkenntnis des Saldos liegen kann,³⁹ nachträglich erfolgt. Die Besonderheit des in den Vorschriften der § 355 ff. HGB geregelten handelsrechtlichen Kontokorrents liegt somit allein darin, daß die Verzinsung des Saldos nicht wirksam ausdrücklich im Voraus vereinbart werden kann.

Daher sprechen im Ergebnis die besseren Argumente für die Einordnung des Kontokorrents als Rechtsverhältnis des allgemeinen Schuldrechts.⁴⁰

³⁶ Vgl. K. Schmidt JZ 1981, 126, 129 jedoch unter Erweiterung auf den Unternehmerbegriff; Canaris, Handelsrecht, S. 489; anders Neuner ZHR 157 (1993) 243, 252 f.

³⁷ Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 7; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz 9.

³⁸ Canaris, Handelsrecht, S. 489; Schlegelberger/Hefermehl, Komm. § 355 Rdz. 119; im Ergebnis ebenso Neuner ZHR 157 (1993) 243, 251.

³⁹ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 16.

⁴⁰ Ebenso Canaris, Handelsrecht, S. 489; K. Schmidt JZ 1981, 126, 129; Neuner ZHR 157 (1993) 243, 251; Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, Commercial Banking-Investment-Banking, § 4 Rdz. 14.

B. Die rechtliche Bedeutung der Saldoziehung

Für die Entscheidung der Frage nach dem Haftungsumfang und für die Lösung weiterer Probleme, die in Verbindung mit dem nach § 356 Abs. 1 HGB zulässigen Rückgriff auf die Sicherheiten auftreten, ist maßgeblich, welche Wirkungen der bei Ablauf der Rechnungsperiode stattfindenden Saldofeststellung beigelegt werden und wie die Weiterhaftung der Sicherheiten konstruktiv zu erklären ist.⁴¹

I. Abstraktes Schuldanerkenntnis oder kausaler Schuldfeststellungsvertrag

1. Abstraktes konstitutives Schuldanerkenntnis gemäß § 781 BGB

Die durch die Verrechnung ermittelte Saldoforderung ist kausaler Natur,⁴² da sie sich aus den ursprünglichen Forderungen, deren jeweilige Rechtsnatur noch fortwirkt, zusammensetzt.⁴³ Die Vereinheitlichung der Forderungen und somit die beabsichtigte Vereinfachung des Abrechnungsverhältnisses bedarf folglich noch der Abstraktion des kausalen Saldos, die im Wege des Saldoanerkenntnisses erreicht wird. Das Saldoanerkenntnis, also die ausdrückliche oder konkludente⁴⁴ vertragliche Anerkennung des Saldos, erfolgt nach überwiegender Meinung in Form eines abstrakten Schuldanerkenntnisses gem. § 781 BGB.⁴⁵ Die Vereinheitlichungs- und somit Vereinfachungsfunktion wird somit durch die Feststellung des Überschusses in Form des abstrakten Saldos erzeugt.

⁴¹ Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 70.

⁴² Vgl. bereits Schumann, Handelsrecht, Bd. II, S. 51 f.

⁴³ Vgl. auch BGHZ 49, 24, 26; BGH WM 1979, 69, 70; K. Schmidt, Handelsrecht, S. 636.

⁴⁴ Vgl. bspw. für Kontokorrentkonten in der Geschäftsbeziehung Kunde- Bank: Nr. 7 AGB-Banken, Nr. 7 AGB Sparkassen.

⁴⁵ Vgl. neben vielen Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 25; Canaris, Handelsrecht, S. 479; K. Schmidt, Handelsrecht, S. 639; Hefermehl/Schlegelberger, HGB, § 355 Rdz. 43; auch die Rechtsprechung geht, unabhängig von den im übrigen bestehenden Abweichungen, von einem abstrakten Schuldanerkenntnis nach § 781 BGB aus, vgl. BGHZ 49, 24, 27; BGH WM 56, 1125, 1126; BGH WM 1982, 291 f.; a.A. Göppert ZHR 102, 180 unter Hinweis auf die Vortragung des Saldopostens und Kübler, Feststellung und Garantie, S. 153 ff., 162 ff.; Blaurock NJW 1971, 2206, 2208; ähnlich Schönle, Bank- und Börsenrecht, S. 71.

2. Kausaler Schuldfeststellungsvertrag

Eine Ansicht im älteren Schrifttum lehnt die Abstraktheit des Saldoanerkennnisses ebenso ab wie deren schuldumschaffende, also novierende Wirkung. Stattdessen sei ein rein deklaratorischer, kausaler Schuldfeststellungsvertrag anzunehmen.⁴⁶ Diese von Kübler begründete Meinung beruht auf einer allgemeinen Kritik an der in den Vorschriften §§ 780 f. BGB geregelten selbständigen Verpflichtung, die zu dogmatischen Widersprüchen in Theorie und Praxis führe. Im Bereich des Kontokorrents verstoße die Lehre vom abstrakten Saldoanerkennnis vor allem gegen § 248 Abs. 1 BGB. Auch wenn nicht alle Voraussetzungen des § 355 HGB vorlägen entstehe nach jeder Abrechnung aus der abstrakten Verpflichtung des Saldoanerkennnisses ein Anspruch, für den Zinsen verlangt werden können.⁴⁷ In jedem Anerkenntnis eine nachträgliche Zinseszinsvereinbarung zu sehen sei aber eine Unterstellung, da aufgrund der Kontokorrentabrede eine Verpflichtung zur Anerkennung bestehe. Demgegenüber könne beim uneigentlichen Kontokorrent die verzinsliche von der unverzinslichen Zinsforderung unterschieden werden, wenn die Saldofeststellung rechtlich als kausaler Schuldfeststellungsvertrag eingeordnet werde.⁴⁸ Die Wirkung des Saldoanerkennnisses erschöpfe sich darin, Ungewißheit und Zweifel auszuräumen und nähere sich somit als bloßer Einredeverzicht dem Vergleich an.⁴⁹ Demgemäß sollen die für den Vergleich gemäß § 779 BGB geltenden Grundsätze Anwendung finden.⁵⁰

3. Kritik an der Annahme eines kausalen Schuldfeststellungsvertrages

Bereits die zugrunde gelegte rechtliche Konstruktion unterliegt erheblichen Bedenken. Denn das BGB kennt keinen kausalen Schuldfeststellungsvertrag. Darüber hinaus verkennt die oben genannte Theorie, daß sich die Abstraktion des Saldoanerkennnisses nicht in der Umkehr der Beweislast erschöpft,⁵¹ sondern auch dem beabsichtigten Vereinfachungszweck durch Vereinheitlichung von Gerichtsstand, Verjährungsfrist und anderer an die causa gebundener Rechtswirkungen dient. Diese Wirkung kann nur mit dem abstrakten Saldoanerkennnis vollständig erzielt werden.⁵²

⁴⁶ Vgl. Kübler, Feststellung und Garantie, S. 157 ff.; Blaurock NJW 1971, 2206, 2208.

⁴⁷ Vgl. Kübler, Feststellung und Garantie, S. 161

⁴⁸ Vgl. Kübler, Feststellung und Garantie, S. 162

⁴⁹ Blaurock NJW 1971, 2206, 2208 f.

⁵⁰ Vgl. Kübler, Feststellung und Garantie, S. 210; Schönle, Bank- und Börsenrecht, S. 71; Herz, Das Kontokorrent insbesondere in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs, S. 106.

⁵¹ So aber Kübler, Feststellung und Garantie, S. 160.

⁵² Vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 44; Canaris in FS Hämmerle, S. 58 ff.

II. Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Kontokorrent

1. Abstraktion des Saldoanspruchs durch Novation

a) Der Begriff der Novation

Für die rechtliche Einordnung der Umwandlung der einzelnen in die laufende Rechnung eingestellten Forderungen in den abstrakten Anspruch auf den Saldo wird seit dem 19. Jahrhundert die Novation herangezogen. Die Novation ist ein Rechtsgeschäft, das die Aufhebung eines Forderungsrechts durch Begründung eines neuen Rechts zum Inhalt hat. Die Forderung wird in der Weise aufgehoben, daß an ihre Stelle eine andere gesetzt wird.⁵³ Die Novation bewirkt demgemäß, daß die alte Verbindlichkeit ipso jure erlischt. Infolge der Novation der ursprünglichen Verbindlichkeit gehen auch die dafür bestellten akzessorischen Pfandrechte und Bürgschaften unter.⁵⁴ Aus dieser für den Gläubiger einschneidenden Rechtsfolge erklärt sich eine wesentliche Prämisse dieser Schuldersetzung. Von einer novatorischen Schuldenerneuerung kann nur dann ausgegangen werden, wenn ein auf die hiermit verbundenen Folgen gerichteter "animus novandi" vorliegt. Der Gläubiger muß also die Absicht haben, daß durch das neu zu begründende Forderungsrecht das bestehende Recht aufgehoben wird.⁵⁵ Insbesondere reicht es nicht aus, wenn die Absicht nur vermutet wird. Der Wille zur Schuldumschaffung muß aus dem Novationsvertrag besonders hervortreten⁵⁶ und darf folglich im Zweifel nicht unterstellt werden.⁵⁷ Die Novation spielte vor allem im römischen Recht eine große Rolle, das mit ihrer Hilfe den wirtschaftlichen Zweck der damals nicht anders zu verwirklichenden Schuldabänderung, Forderungsabtretung und Schuldübernahme erreichte.⁵⁸

Das BGB hat sich in § 364 Abs. 2 BGB gegen die novatorische Schuldumwandlung entschieden und legt als Auslegungsregel die Leistung erfüllungshalber fest.

⁵³ Vgl. Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Bd. 2, 1963, S. 503 f.; aus der Rspr. vgl. u.a. RGZ 134, 152, 155; RGZ 162, 244, 245.

⁵⁴ Vgl. C. 46.1.1.8: "Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus."

⁵⁵ Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, S. 510, 514 u. Fn. 12 auf S. 514; Dernburg, Pandekten, Zweiter Band, 3. Aufl., § 60 3.

⁵⁶ Vgl. Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, S. 514 f.; Dernburg, Pandekten, Zweiter Bd., 3. Aufl., 1892, § 60 3.

⁵⁷ Vgl. auch BGH NJW 86, 1490.

⁵⁸ Larenz, Schuldrecht I, AT, S. 92.

b) Hintergrund und Anwendung des Novationsgedankens im Kontokorrent

Die dogmatische Einordnung der Vereinheitlichung und Übertragung der Einzelforderungen der Kontokorrentverbindung auf die Saldoforderung stieß angesichts der geschilderten Rechtslage im 19. Jahrhundert auf Schwierigkeiten. So scheiterten die mit dem abstrakten Anerkenntnis erzielbaren Erleichterungen für den Saldogläubiger in Bezug auf die Beweislastverteilung daran, daß erst 1855 mit der Schrift Otto Bährs "Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund"⁵⁹ Schuldversprechen ohne Angabe der zugrunde liegenden causa in der Rechtslehre Akzeptanz fanden.⁶⁰ Die Wirksamkeit des Anerkenntnisses wurde allerdings auch in der Folgezeit daran gebunden, daß der Wille des Schuldners, sich abstrakt zu verpflichten, ohne Zweifel feststeht, wofür das rein mündliche Versprechen nicht als ausreichend angesehen wurde.⁶¹ Demgemäß sind abstrakte Verpflichtungsverträge nach den §§ 780, 781 BGB an die Schriftform gebunden.⁶² Die schriftliche Beurkundung des abstrakten Verpflichtungswillens war indes im Kontokorrentverkehr nicht gebräuchlich⁶³, so daß erst mit der Schaffung von § 782 BGB im Bürgerlichen Gesetzbuch das abstrakte Schuldversprechen für den Abrechnungsverkehr zweckdienlich wurde. Demgegenüber bedurfte die Novationserklärung keiner Schriftform, sofern nur die Absicht zur Novation nachzuweisen war.⁶⁴ Hierdurch ließ sich die Beweislast des Gläubigers auf den Entstehungsstatbestand der Novation beschränken, da als Klagegrund die hierdurch entstandene Saldoforderung als neue Forderung anzusehen war. Gleichzeitig stellte diese neue Forderung selbst keine Zinsforderung mehr dar, so daß auch Komplikationen mit dem Zinseszinsverbot vermieden werden konnten.⁶⁵

Anfänglich wurde die Annahme einer novatorischen Wirkung des Saldoanerkennnisses im Kontokorrent abgelehnt, da weder ein animus novandi noch ein entsprechendes Bedürfnis des Handelsverkehrs vorliege.⁶⁶ In der Grundsatzentscheidung zur Novationslehre vom 21. September 1883 ging das Reichsgericht dann jedoch von einem auf die novatorische Wirkung des Anerkenntnisses gerichteten Willen der Kontokorrentparteien aus und nahm

⁵⁹ Otto Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 1855.

⁶⁰ Vgl. dazu eingehend Hammen, Die Bedeutung Friedrich Carl von Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 174 ff.

⁶¹ Vgl. Mugdan, Bd. 2, S. 384, 1263.

⁶² Vgl. Mugdan, Bd. 2., S. 384.

⁶³ Vgl. Hammen WM 1990, 1405, 1407; Mugdan, Bd. 2, S. 1263.

⁶⁴ Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., S. 510 und Fn. 1, 515.

⁶⁵ Vgl. Hammen WM 1990, 1405, 1407.

⁶⁶ Vgl. OberhofG Mannheim Seuff. Arch. Bd. 8, Nr. 159, S. 230; Bd. 12, Nr. 144, S. 188 f.; Preuß. Ober-Tribunal 62. Bd. Nr. 26, 184, 189 ff.; ROHG 11, 274, 276; ROHG 20, 259, 261.

die hiermit verbundene Folge des Unterganges der für die einzelnen Positionen bestellten Sicherheiten ausdrücklich in Kauf.⁶⁷ Die Entscheidung bezog sich auf den Fall, daß das Kontokorrent nicht beendet, sondern die Saldoforderung als erster Posten der neuen Rechnung vorgetragen werden sollte. Ihr liegt die damals herrschende Auffassung zugrunde, daß das jeweilige Kontokorrent mit dem periodischen Abschluß beendet und durch Vortragung des Saldos auf neue Rechnung lediglich der Kontokorrentverkehr, nicht aber das frühere Kontokorrent fortgesetzt werde.⁶⁸ Mit dieser Betrachtungsweise stand die vollständige rechtliche Zäsur, wie sie durch die Novation erreicht wird, bestens in Einklang.⁶⁹

c) Erhalt der Novationslehre in der Rechtsprechung und in Teilen des Schrifttums

Mit Inkrafttreten von § 356 HGB widersprach der vollständige Untergang der Sicherheiten infolge Novation dem im Gesetz ausdrücklich angeordneten Fortbestand dieser Sicherheiten über den Rechnungsabschluß hinaus. Das Reichsgericht hielt jedoch unter Verweis auf seine Entscheidung vom 21. September 1883 an der Novationslehre fest.⁷⁰ Die als Einzelforderungen in die laufende Rechnung eingestellten beiderseitigen Ansprüche und Leistungen gehen nach dieser Rechtsprechung infolge des novatorischen Saldoanerkennnisses unter und der Anspruch aus § 781 BGB tritt an die Stelle der Einzelforderungen.⁷¹ Die Saldofeststellung stellt demnach nicht nur ein abstraktes Schuldanerkennnis dar, sondern beinhaltet gleichzeitig eine Schuldenerneuerung im Sinne der Novation. Lediglich die gesicherten Forderungen bestehen gemäß § 356 HGB fort.⁷²

Dieser Rechtsprechung des Reichsgerichtes hat sich der Bundesgerichtshof mit seiner Entscheidung vom 21. Juni 1955⁷³ angeschlossen und sie bis heute nahezu ohne Modifikation zur Grundlage seiner ständigen Rechtsprechung gemacht.⁷⁴ Die Rechtsgrundlage der nach § 356 HGB fortbestehenden Sicherheiten bilden weiterhin die auch ursprünglich gesicherten Forde-

⁶⁷ RGZ 10, 53, 54; in diese Richtung zuvor bereits RGZ 3, 17, 19; wohl auch RGZ 1, 18, 20.

⁶⁸ Vgl. RGZ 10, 53, 54 f.; 18, 246, 249, wenngleich unter Wertung der einzelnen Kontokorrentposten als bloße arithmetische Faktoren.

⁶⁹ Vgl. auch Hammen WM 1990, 1405 f.

⁷⁰ RGZ 76, 330, 331; RGZ 87, 434, 437, RGZ 162, 244, 245.

⁷¹ Vgl. RG JW 1905, 186, 187; BGHZ 105, 263, 269.

⁷² RGZ 76, 330, 331; RGZ 87, 434, 437; RGZ 162, 244, 245.

⁷³ BGH WM 1955, 1163, 1164.

⁷⁴ Vgl. dazu die Nachweise in Teil 1, A., Fn. 11.

rungen, die nach Ansicht des Bundesgerichtshofes⁷⁵ "in gewissem Umfange" und "zu bestimmtem Zweck als fortbestehend" zu behandeln sind.⁷⁶ Voraussetzung soll ein darauf gerichtetes und anzuerkennendes wirtschaftliches Interesse des Gläubigers sein, das namentlich dann vorliege, wenn Sicherheiten bestellt wurden.⁷⁷ Dies bedeutet, daß einerseits zwar der kausale Saldo und somit alle in ihm enthaltenen Forderungen mit dem Saldoanerkenntnis untergehen, gleichzeitig aber der Teil der untergegangenen Positionen, für den Sicherheiten bestellt worden waren, über das Anerkenntnis hinaus die rechtliche Grundlage der Sicherheiten bildet. Mit dem Anerkenntnis der Saldoschuld ist das negative Anerkenntnis des Saldogläubigers verbunden, daß weitere Ansprüche, über diejenigen, die im gegenständlichen Saldo enthalten sind hinaus, zwischen den Beteiligten nicht bestehen. Dabei soll es sich -als Konsequenz der Novationstheorie- um ein konstitutives negatives Schuldanerkenntnis gemäß § 397 Abs. 2 BGB handeln.⁷⁸

Auch im Schrifttum fand die Novationslehre noch nach Inkrafttreten des § 356 HGB weiterhin Anhänger.⁷⁹ In der neueren Literatur stellen die Befürworter der Novationslehre, zumeist an der Bankpraxis orientiertes Schrifttum, eine Mindermeinung dar, deren Begründung auf Zitate aus der Judikatur beschränkt ist.⁸⁰

d) Doppelte Anwendung des § 356 HGB, Bewertung von Verrechnung und Anerkenntnis

Gesetzlich nicht vorgegeben und daher kennzeichnend für die Rechtsprechung zur Haftung im Kontokorrent ist, daß sie allein auf den niedrigsten Saldo abstellt. Der Sicherungsgeber kann nicht einwenden, daß die zugrundeliegende Forderung und somit die Haftung bereits durch Verrechnung

⁷⁵ BGHZ 26, 142, 150 BGHZ 29, 280, 283; BGH BB 1961, 116 f.; BGH WM 1969, 92 f.; BGHZ 50, 277, 279; BGH NJW 1970, 560 f.; BGH WM 1972, 283, 286 unter Verweis auf RGZ 162, 244, 251 und RGZ 87, 434, 438; vor allem auch noch für das Bankkonto BGH ZIP 1999, 626 f.

⁷⁶ RGZ 82, 400, 405; RGZ 87, 434, 438; RGZ 162, 244, 251.

⁷⁷ RGZ 76, 330, 335; RGZ 87, 434, 438; RGZ 162, 244, 251.

⁷⁸ BGH WM 58, 1157, 1158; WM 61, 726; BGH WM 1985, 936, 937; Kübler, Feststellung und Garantie, S. 158.

⁷⁹ Vgl. hierzu die umfangreichen Nachweise bei Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 57, Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 88 sowie Römer, Die Auswirkungen des Kontokorrents auf die Haftung ausgeschiedener Personenhandelsgesellschafter, Fn. 276.

⁸⁰ Vgl. Palandt/Sprau, BGB, § 781 Rdz. 9 und § 782 Rdz. 2; Piper ZIP 1985, 725, 726; Liesecke WM 1975, 238, 242; Serick BB 1978, 873, 874; Claussen, Bank- und Börsenrecht, S. 152; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 73, 74, dessen Begründung, daß eine brauchbare Alternative zur Novation für das Kontokorrent nicht ersichtlich ist, keine Auseinandersetzung mit der zeitlich nachfolgenden Erörterung von Canaris zugrunde liegt.

getilgt oder aber unter den Betrag des niedrigsten Saldos gesunken seien.⁸¹ Denn der Verrechnung der einzelnen Posten kommt keine Tilgungsfunktion zu, sie bleibt für den Haftungsumfang der Sicherheiten ohne Einfluß. Vielmehr erlöschen die Posten erst aufgrund der ersetzenden Wirkung der Saldofeststellung.⁸² Folglich bildet der niedrigste Saldo nicht nur die obere, sondern zugleich auch die untere Haftungsgrenze.⁸³ Die Novationslehre gibt also Raum, § 356 HGB nicht nur auf das Anerkenntnis, sondern zudem auch auf die Verrechnung anzuwenden.⁸⁴ Letztlich führt dies zu einer Saldohaftung.

Mit der doppelten Anwendung des § 356 HGB steht die wechselnde rechtliche Bewertung von Verrechnung und Saldofeststellung als Bestandteile eines einzigen Rechtsaktes oder aber als zwei voneinander getrennten Rechtsvorgängen in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes in Zusammenhang. Während bei der Einführung des Novationsgedankens zunächst nicht zwischen beiden Vorgängen differenziert wurde,⁸⁵ erkannte das Reichsgericht die Verrechnung und die Saldoanerkennung aber bereits in seiner Entscheidung vom 14.11.1903⁸⁷ als zwei selbständige Rechtsakte an, wobei die Verrechnung der Anerkennung regelmäßig vorausgehe. Diese Entscheidung revidierte der I. Senat mit Urteil vom 25.03.1931 und bewertete die Verrechnung als bloßes "Mittel zur Feststellung des Abschlußergebnisses", so daß erst durch die Abgabe der Anerkennung des Überschusses eine vertragsmäßige Verrechnung zustande komme. Zur Begründung führte das Gericht an, Verrechnung und Anerkennung des Überschusses stünden in engstem und nicht trennbarem sachlichen Zusammenhang.⁸⁸ Erst in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat sich die Beurteilung von Verrechnung und Anerkenntnis als zwei voneinander zu trennende Rechtsakte der laufenden Verrechnung verfestigen können.⁸⁹ ⁹⁰ Heute nimmt die Rechtsprechung einen antizipierten Verrechnungsvertrag

⁸¹ Vgl. BGHZ 50, 277, 283 f., Römer, Die Auswirkungen des Kontokorrents auf die Haftung ausgeschiedener Personenhandelsgesellschafter, S. 23.

⁸² Vgl. RGZ 3, 17, 19; RGZ 10, 53, 54, BGHZ 84, 371, 376; BGHZ 93, 307, 313.

⁸³ So ausdrücklich RGZ 76, 330, 334; dazu Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 17.

⁸⁴ Vgl. Düringer/Hachenburg/Breit, HGB, § 356 Anm. 43 a.E.

⁸⁵ Vgl. RGZ 10, 53 ff. 18, 246, 247 ff.

⁸⁶ Diese Ansicht wurde durch einen Großteil des Schrifttums gestützt vgl. u.a. Müller-Erbach, Handelsrecht, S. 659 f.; Düringer/Hachenburg/Breit, HGB, § 355 Anm. 37, 40, 43; Sprengel MDR 1952, 8, 9.

⁸⁷ RGZ 56, 19, 24.

⁸⁸ Vgl. RGZ 132, 218, 222; übernommen von RGZ 144, 311, 314.

⁸⁹ Vgl. BGHZ 74, 253, 254 f.

⁹⁰ Noch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes im Jahre 1985 nahm zwar erneut den gegensätzlichen Standpunkt ein und wertete "Saldoanerkennung und Verrechnung ... (als) Teile ein und desselben Rechtsaktes", die sich "uno actu" vollziehen, vgl. BGHZ 93, 307, 313. Diese Entscheidung wurde allerdings nicht bestätigt, sondern durch BGHZ 107, 192, 197 unter Anknüpfung an die vorangegangene Rechtsprechung wieder korrigiert.

an, der sich am Ende einer Verrechnungsperiode automatisch vollziehe.⁹¹ Die unterschiedslose Anwendung von § 356 HGB auf die Verrechnung und die Saldofeststellung, als Auswirkung der Novationslehre, wird allerdings beibehalten.⁹²

2. Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo

a) Grundlage und Grenzen der Haftung

Wegen des von der Rechtsprechung angenommenen Untergangs aller kontokorrentgebundenen Einzelposten besteht auf der Grundlage der Novationstheorie die Frage, wie der Haftungsumfang der noch fortbestehenden Sicherheiten zu bestimmen ist. Diese Frage wird mit der Theorie über die Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo beantwortet. Hiernach haften die für einzelne Forderungen bestellten Sicherheiten nach § 356 HGB in der Höhe weiter, in der sich der Betrag der Saldoforderung und der Betrag der Sicherheit decken.⁹³ Der Haftungsumfang ist also zum einen durch die Höhe der gesicherten Einzelforderung und zum anderen durch die Höhe der Saldoforderung begrenzt.⁹⁴ Folgen mehrere Saldofeststellungen aufeinander, haftet die Sicherheit nach der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichtes vom 30. Mai 1911⁹⁵ bis zur Höhe des niedrigsten Abschlußsaldos der Zwischenzeit.⁹⁶ Auf eine eventuelle Tilgung der Einzelforderung infolge Verrechnung kommt es indes nicht an. Eine Tilgung kann dem Zugriff des Gläubigers nicht entgegengehalten werden.⁹⁷ Die Sicherheit erlischt somit in dem Umfang in dem der Rechnungsabschlußsaldo absinkt endgültig und wächst auch bei einer späteren erneuten Saldoerhöhung nicht mehr mit an. Die vollständige Enthftung der Sicherheit setzt voraus, daß sich zumindest einmal ein positiver, wenigstens aber ausgeglichener periodischer Abschlußsaldo zugunsten des Schuldners ergibt.⁹⁸ Berücksichtigungsfähig sind dabei allein die Salden, die sich im Sinne von § 355 HGB aus den periodischen

⁹¹ Vgl. BGHZ 107, 192, 197; BGH WM 1998, 543, 546 f.; BGH WM 1999, 539, 540 sowie zuvor bereits BGHZ 74, 253, 255.

⁹² Dies wird insbesondere von Canaris hervorgehoben, vgl. Großkomm-HGB, § 355 Anm. 69 sowie § 356 Anm. 8.

⁹³ Vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 356 Rdz. 11.

⁹⁴ Vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 356 Rdz. 12.

⁹⁵ RGZ 76, 330, 334.

⁹⁶ RGZ 76, 330; RGZ 136, 178, 181; übernommen durch BGHZ 26, 142; BGHZ 26, 142, 150; BGH WM 1991, 495, 497.

⁹⁷ RGZ 76, 330, 333; BGHZ 26, 142, 150.

⁹⁸ BGHZ 26, 142, 150; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 356 Rdz. 15.

Rechnungsabschlüssen ergeben, während es auf den niedrigsten Saldo während der laufenden Periode, so insbesondere auf den im Bereich des Girokontokorrents praktisch bedeutsamen Tagessaldo, für § 356 HGB nicht ankommen soll.⁹⁹ Die Theorie von der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo hat folglich eine Doppelfunktion : nach ihr bestimmt sich nicht nur der Mindest-, sondern auch der Höchstumfang der Haftung des Sicherungsgebers.¹⁰⁰

b) Haftung einer Mehrzahl von Sicherheiten

Für den üblichen Fall, daß mehrere gesicherte Einzelforderungen in das Kontokorrent eingestellt sind, liegt eine höchstrichterliche Entscheidung, soweit ersichtlich, nicht vor. In den Gesetzesmaterialien findet diese Konstellation indes Erwähnung: "Sind mehrere Forderungen, die den Gesamtbetrag des Saldos übersteigen, durch verschiedene Pfänder gesichert, so haftet jedes Pfand bis zur Höhe des Saldos, soweit die einzelne Forderung nicht hinter dem Betrage des letzteren zurückbleibt."¹⁰¹ Als methodische Konsequenz hieraus ergibt sich das von den Vertretern der Novationslehre und der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo im Schrifttum dargelegte Haftungsschema. Erreicht bzw. übersteigt jede der gesicherten Forderungen den Saldobetrag, so haften alle Sicherheiten fort. Dem Gläubiger steht es frei, welche Sicherheit er geltend machen will.¹⁰² Ist das Saldoguthaben dagegen niedriger als die Summe der Sicherheiten, so soll der Gläubiger ebenfalls alle Sicherheiten in Anspruch nehmen können. Die Inanspruchnahme soll allerdings nur wahlweise bis zur Grenze der jeweils ursprünglich gesicherten Forderung möglich sein. Die Sicherungsgeber haften in der Höhe der sich deckenden Beträge als Gesamtschuldner.¹⁰³

c) Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für den Tagessaldo

Grundsätzlich haften der OHG-Gesellschafter, der Komplementär und der BGB-Gesellschafter für die bei ihrem Ausscheiden bereits begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft auf der Grundlage der §§ 128, 161 Abs. 2 HGB, 736 Abs. 2 BGB mit ihrem persönlichen Vermögen weiter. Nach §

⁹⁹ RGZ 76, 330, 334; RG WarnRspr (27) 1935, Nr. 153.1.

¹⁰⁰ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 17; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 356 Rdz. 15 f.

¹⁰¹ Denkschrift, 1896, S. 198 f.; Denkschrift 1897, S. 214.

¹⁰² Vgl. u.a. Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 356 Rdz. 19; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 88 f.; Düringer/Hachenburg/Breit, HGB, § 356 Anm. 9 b.

¹⁰³ Vgl. Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 90; Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 21; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 356 Rdz. 16 und 21; Heymann/Horn, HGB, § 356 Rdz. 6 und 15.

160 Abs. S. 1 HGB, der die Dauer der Nachhaftung begrenzt, können jedoch nur die Ansprüche geltend gemacht werden, die innerhalb eines Zeitraumes von 5 Jahren nach der Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister fällig geworden sind. Diese Ansprüche müssen in einer der in der Vorschrift des § 197 Abs. Nr. 3 und 5 BGB aufgeführten Form festgestellt worden sein. Auch ein Anerkenntnis, das die Form des § 126 HGB, also Schriftform und Unterzeichnung, wahrt, unterbricht nach § 161 Abs. 2 HGB die Enthaftung. Das kontokorrentrechtliche Anerkenntnis des Saldos wird in der Regel nicht ausdrücklich erklärt, sondern erfolgt durch stillschweigende Billigung des Abschlusses. Für das Bankenkotokorrent wird dies durch die Regelung in Nr. 7 Abs. 2 AGB-Banken festgelegt. Somit genügt der Rechnungsabschluß nicht den in § 160 HGB genannten Voraussetzungen. Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters endet also auch für Ansprüche aus einem Kontokorrent der Gesellschaft spätestens nach dem Ablauf von 5 Jahren. Die Nachhaftung des ausgeschiedenen persönlich haftenden Gesellschafters für den niedrigsten anerkannten Saldo soll allerdings nach der Rechtsprechung modifiziert werden. In diesen Sachverhalten soll eine doppelte Haftungsbegrenzung eingreifen. Stand die Gesellschaft vor dem Ausscheiden des Gesellschafters mit einem Dritten als Gläubiger in laufender Verrechnung und wurde das Kontokorrentverhältnis wie im Normalfall über das Ausscheiden hinaus fortgesetzt,¹⁰⁴ soll es für die Obergrenze der Mithaftung nicht nur auf den periodischen Rechnungsabschluß, sondern auch auf den sich im Zeitpunkt des Ausscheidens ergebenden Tagessaldo ankommen. Der niedrigste dieser Beträge bestimmt den Haftungsumfang. Für eine Absenkung bzw. vollständige Tilgung der gesicherten Gesellschaftsschuld komme es nach dem Ausscheiden dann nur noch auf die Ergebnisse der periodischen Saldenfeststellungen an. Spätere Tagessalden blieben außer Betracht.¹⁰⁵ Dies bedeutet, daß der ausgeschiedene Gesellschafter auch dann nicht von seiner Haftung frei wird, wenn das Kontokorrent nach dem Tag der Eintragung des Ausscheidens einen ausgeglichenen oder gar positiven Tagessaldo zugunsten der Gesellschaft aufweist, sofern der Saldo bei der folgenden periodischen Feststellung erneut debitorisch geworden ist.¹⁰⁶ Der analog § 356 Abs. 1 HGB¹⁰⁷ haftende Gesellschafter bleibt nach dieser Auffassung also an die künftige Entwicklung der Kontokorrentbeziehung der Gesellschaft, wenn auch nach § 160 HGB begrenzt auf 5 Jahre, gebunden.

¹⁰⁴ Zu weiteren gesellschaftsrechtlichen Sachverhalten vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 14.

¹⁰⁵ Vgl. RGZ 76, 330, 333 f.; BGHZ 26, 142, 143; BGHZ 50, 277, 283; BGH WM 1972, 283 ff.; OLG Karlsruhe WM 1998, 1178, 1181.

¹⁰⁶ Vgl. dazu das Beispiel von Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 20

¹⁰⁷ Die Anwendung von § 356 Abs. 2 oder Abs. 1 HGB bestimmt sich nach dem für Gesamthandsgemeinschaften zugrunde gelegten Haftungsmodell. Die aktuelle Rechtsprechung und das Schrifttum sehen in der Gesellschafterhaftung keinen echten Unterfall der §§ 421-426 BGB, vgl. Hopt, HGB, § 128 Rdz. 19; Heymann/Emmerich, HGB, § 128 Rdz. 4, sondern eine von der Akzessorität zur Gesellschaftsschuld geprägte, bürgschaftsähnliche Sicherung, vgl. u.a. BGHZ 47, 376, 379; BGHZ 73, 217, 224 f.

3. Tragende Argumente der Befürworter der Novationslehre und der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo

a) Novationslehre

Das Reichsgericht begründete die Novationslehre und die Theorie von der Haftung für den niedrigsten Saldo im wesentlichen mit dem "Wesen" und der "Natur" des Kontokorrentvertrages.¹⁰⁸ Der Novationsgedanke sei daher nur ein "Hilfsmittel..., um gewisse rechtliche Eigentümlichkeiten des Kontokorrents begrifflich zurechtzulegen".¹⁰⁹ Der Fortbestand der Sicherheiten nach § 356 HGB wurde schließlich als "potentielles Dasein" eingeordnet.¹¹⁰ Im übrigen sah das Reichsgericht eine dogmatisch folgerichtige Verbindung zwischen dem Erhalt der Sicherheiten gemäß § 356 HGB und den Folgen der Novation ausdrücklich als entbehrlich an.¹¹¹ Der Bundesgerichtshof hat dieser spärlichen Begründung keine weitere Auseinandersetzung mit dem dogmatischen Aufbau angefügt.¹¹²

Auch nach Inkrafttreten von § 356 HGB stellte das Reichsgericht ohne nähere Begründung fest, daß durch die Einführung dieser Bestimmung in das neue Handelsgesetzbuch "an der rechtlichen Natur des Kontokorrentverhältnisses" nichts geändert werden sollte.¹¹³ Man betrachtete daher die Vorschrift in § 356 HGB als irreguläre, nur auf Folgenbeseitigung gerichtete Bestimmung, während die Annahme eines Forderungsunterganges nicht "auf materiell-rechtlichen" Erwägungen, "als vielmehr auf juristischer Abstraktion beruhe".¹¹⁴ "Die Bedürfnisse des Lebens und des Verkehrs" müßten "den Ausschlag geben für eine vernunftgemäße Abschwächung des Grundsatzes" (der Novation).¹¹⁵ Diese Argumentation wurde durch die nachfolgenden Urteile ohne weitere Erörterungen übernommen.¹¹⁶ Im übrigen stellte die Judikatur auf rein wirtschaftlich pragmatische Erwägungen, nämlich auf ein wirtschaftliches insbesondere banktechnisches Interesse ab.¹¹⁷ Diese ergebnisorientierte Argumentation findet sich in der handels-

¹⁰⁸ Vgl. RGZ 10, 53, 54.

¹⁰⁹ RGZ 87, 434, 437.

¹¹⁰ Vgl. RGZ 162, 250.

¹¹¹ Vgl. RGZ 76, 330, 334.

¹¹² Vgl. u.a. BGHZ 26, 142, 150; 50, 277, 279; BGH WM 55, 1163 f.; WM 1964, 881, 882; 1972, 283, 285.

¹¹³ RGZ 76, 330, 333.

¹¹⁴ RGZ 76, 330, 334.

¹¹⁵ RGZ 162, 244, 246, 247.

¹¹⁶ Peckert, Das Girokonto und der Kontokorrentvertrag, S. 471; BGH WM 72, S. 284.

¹¹⁷ Vgl. RGZ 162; 244, 250 f.; RG HRR 1935 Nr. 802.

rechtlichen Literatur bis heute.¹¹⁸ Lediglich die Beurteilung des mutmaßlichen Willens der Kontokorrentparteien bei gleichzeitigem Erhalt der Novation unterliegt einem Wandel. Während zunächst der für die Annahme einer Novation und dem hiermit verbundenem Forderungsuntergang notwendige animus novandi unterstellt wurde,¹¹⁹ lehnte die Rechtsprechung später einen auf Rechtsverzicht gerichteten Willen der Kontokorrentpartner ausdrücklich ab, ohne indes die novatorische Wirkung des Anerkenntnisses in Frage zu stellen.¹²⁰

b) Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo

Die in der Rechtsprechung angeführte dogmatische Begründung der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo erschöpft sich im wesentlichen in Rückverweisen auf vorangegangene Entscheidungen.¹²¹ Soweit die Rechtsprechung bei mehreren aufeinanderfolgenden Rechnungsabschlüssen den niedrigsten Saldo darüber hinaus als unterste Haftungsgrenze heranzieht, geschieht dies offenbar im Wege einer Wortinterpretation¹²² von § 356 HGB sowie in Anlehnung an die Ausführungen in den Denkschriften.¹²³ "Folgen mehrere Abrechnungen aufeinander, so entscheidet der niedrigste Saldo. Sind mehrere Forderungen, die den Gesamtbetrag des Saldos übersteigen, durch verschiedene Pfänder gesichert, so haftet jedes Pfand bis zur Höhe des Saldos, soweit die einzelne Forderung nicht hinter dem Betrage des letzteren zurückbleibt."¹²⁴

¹¹⁸ Düringer/Hachenburg/Breit, HGB, § 355 Anm. 42; ähnlich Peckert, Das Girokonto und der Kontokorrentvertrag, S. 40 ff.; Claussen, Bank- und Börsenrecht, S. 152; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 74.

¹¹⁹ Vgl. RGZ 10, 53, 54.

¹²⁰ Vgl. RGZ 162, 244, 251.

¹²¹ Vgl. u.a. RGZ 76, 330, 334; Seuff.Arch. 82, Nr. 129, 219, 220; HRR 1934, Nr. 1446; BGHZ 26, 142, 150; BGH WM 1964, 881, 882; WM 91, 495, 497.

¹²² Vgl. Bydlinksi, Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, S. 109.

¹²³ Vgl. RGZ 67, 156; so auch Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 84.

¹²⁴ Denkschrift, 1896, S. 198 f.; Denkschrift, 1897, S. 214.

c) Annahme einer durch § 356 HGB angeordneten gesetzlichen Forderungsauswechslung

aa) Gesetzliche Forderungsauswechslung

Überwiegend im älteren Schrifttum¹²⁵ wurde zur dogmatischen Untermauerung der Novationstheorie die Ansicht vertreten, die abstrakte Saldoforderung trete kraft der Anordnung in § 356 HGB nicht nur im Verhältnis der beiden Kontokorrentpartner, sondern auch im Verhältnis zu den Sicherheitsgebern an die Stelle der Einzelforderung.¹²⁶ Die Sicherheiten und die gesamtschuldnerische Mithaftung eines Dritten bestünden also nach der Saldoanerkennung nicht mehr für die ursprüngliche Forderung, sondern für den abstrakten Saldoanspruch.¹²⁷ § 356 HGB enthalte mithin einen Fall der gesetzlichen Forderungsauswechslung, ohne daß es hierzu einer Abrede zwischen dem Besteller der Sicherheit und dem Gläubiger bedürfe.¹²⁸ Danach regelt § 356 HGB, ähnlich der Vorschrift in § 1180 BGB, ein Auswechseln der gesicherten Forderung mit der Saldoforderung.¹²⁹ Die in § 1180 BGB geforderte Abrede zwischen Besteller und Gläubiger liegt in den von § 356 HGB erfaßten Sachverhalten nicht vor. Insoweit soll aber - dieser Ansicht zufolge - das Einverständnis des Bürgen mit der Verschlechterung seiner Stellung angenommen werden können, weil jedenfalls sein Wille auf die Aufnahme der gesicherten Forderung in ein Kontokorrent gerichtet gewesen sei.¹³⁰

bb) Kritik an der Annahme einer gesetzlichen Forderungsauswechslung

Zugunsten dieser Auffassung ist anzuführen, daß sie, vom Standpunkt der Novationstheorie her betrachtet, einen nachvollziehbaren Versuch darstellt, den Erhalt der Sicherheiten dogmatisch zu erklären. Unabhängig von der Frage, ob der Novationslehre gefolgt werden kann oder ob sie abgelehnt werden muß, ist die Theorie von der gesetzlichen Forderungsauswechslung

¹²⁵ Vgl. Wolff, Ehrenbergs Handbuch, 4. Bd. I, § 12 IV.; deutlich vor allem Düringer/Hachenburg/Breit, HGB, IV. Band, 3. Aufl., § 356 Anm. 3; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 77 ff.; Ulmer in Schlegelberger, RvglHdwb, 5. Bd., S. 200 K. Schmidt, Handelsrecht, S. 641, allerdings unter Ablehnung einer Novation.

¹²⁶ Vgl. Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 77 f.

¹²⁷ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 4.

¹²⁸ Vgl. Wolff, Ehrenbergs Handbuch, 4. Bd. I, § 12 IV.

¹²⁹ Vgl. Wolff, Ehrenbergs Handbuch, 4. Bd. I, § 12 IV.

¹³⁰ Vgl. Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 80 f.

jedoch weder mit dem Wortlaut des § 356 HGB noch mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar.

Für die Annahme einer gesetzlichen Forderungsauswechslung ohne Mitwirkung des Sicherungsgebers gibt es im Gesetz keine Anhaltspunkte. Dies wird durch die dem BGB zugrundeliegende Wertung gefestigt. Denn gerade auch die Vorschrift in § 1180 BGB setzt eine Einigung mit dem Sicherungsgeber voraus.¹³¹ Zum einen hätte also eine entsprechende Regelung im Privatrecht Ausnahmecharakter, so daß ein deutlicherer Hinweis des Gesetzgebers zu erwarten wäre. Aus der Fassung des Gesetzes, wonach der Gläubiger aus der Sicherheit insoweit Befriedigung suchen kann, "als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und der Forderung sich decken", wird darüber hinaus der entgegenstehende Wille des Gesetzgebers deutlich. Denn die Vorschrift setzt dem zitierten Wortlaut nach gerade voraus, daß die Forderung und die hierfür bestellte Sicherheit fortbestehen.¹³² Demgemäß ist auch in den Gesetzesmaterialien deutlich formuliert, daß "ein Übergang der Pfand- oder sonstigen Sicherungsrechte auf die Saldoforderung nach dem Entwurf nicht stattfindet, sondern die alte Forderung fortbesteht, "soweit es sich um die Geltendmachung der Sicherheit handelt".¹³³

III. Rechtliche Einordnung der Saldoziehung im Schrifttum nach § 364 II BGB

Die Lehre vom Kontokorrent, wie sie durch die Rechtsprechung bis heute unverändert vertreten wird, wurde von Anfang an im Schrifttum kritisiert. In neuerer Zeit hat sich insbesondere Canaris¹³⁴ mit ihr auseinandergesetzt. Sein Entwurf, der in der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung entstanden ist, hat im Schrifttum überwiegend Zustimmung gefunden.¹³⁵

¹³¹ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 4 und 10.

¹³² Vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 356 Rdz. 1; Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 4 und 89; Schuhmacher in Straube, HGB I, § 356 Rdz. 1; Blaurock NJW 1971, 2206, 2208.

¹³³ Denkschrift, 1897, S. 214; Denkschrift 1896, S. 199.

¹³⁴ Vgl. die Fundstellenangaben in Teil 1, A., Fn. 12.

¹³⁵ Vgl. neben vielen Hefermehl in MünchKomm.-HGB, § 355 Rdz. 57; Hopt, HGB, § 355 Rdz. 7; Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 27; K. Schmidt, Handelsrecht, S. 640; Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, Rdz. 23.

1. Rechtskonstruktive Vorüberlegungen nach Canaris

a) **Mutmaßlicher Parteiwille, Unterscheidung vier verschiedener Verträge**

Grundlage für die Erklärung des Haftungsumfanges kontokorrentgebundener Sicherheiten im Kontokorrent ist die vorrangige Orientierung an dem mutmaßlichen Willen der Beteiligten, wie er sich den in den §§ 355- 357 HGB niedergelegten Wertungen entnehmen läßt.¹³⁶ Hinzu treten Verkehrs-sitten, Handelsbräuche sowie die Interessenlage der an der laufenden Rechnung Beteiligten.¹³⁷

Das rechtskonstruktive Fundament bildet eine Unterteilung der Vorgänge im Kontokorrent in vier einzelne voneinander abzugrenzende Verträge.¹³⁸ Für die rechtliche Behandlung der Sicherheiten von besonderer Bedeutung sind die nachfolgend eingehender erörterten Rechtsvorgänge der Verrechnung und der zeitlich nachfolgenden Feststellung des Saldos. Weitere Bestandteile des Kontokorrentvertrages stellen danach der rein schuldrechtlich wirkende Geschäftsvertrag als Grundlage der gegenseitigen Geschäftsbeziehung sowie die Kontokorrentabrede, also die Abrede, die gegenseitigen Forderungen nicht unmittelbar auszugleichen, sondern in das Kontokorrent einzustellen, dar.¹³⁹

Schließlich übt auf die von Canaris herangezogenen rechtlichen Lösungswege ersichtlich die Einordnung des Kontokorrentvertrages als Institut des bürgerlichen Rechts maßgeblichen Einfluß aus, wie der systematische Rückgriff auf die Regeln des Allgemeinen Schuldrechts zeigt.

¹³⁶ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 1.

¹³⁷ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 1 und 88; Canaris DB 1972, 421, 422.

¹³⁸ Dieser Ansatz wurde zuvor zwar bereits im Schrifttum und teilweise auch in der Rechtsprechung zugrunde gelegt. Hinsichtlich Umfang und konsequenter Umsetzung nimmt die Darstellung von Canaris indes eine herausragende Stellung ein.

¹³⁹ Letztere besitzt nach Canaris Verfügungscharakter, vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 53; ebenso Schlegelberger/Hefermehl § 355 Rdz. 31; Schimansky in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch I, § 47 RdNr 38; Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 10; anderer Ansicht zufolge liegt eine Stundungsabrede, vgl. Hopt, HGB, § 355 Rdz. 7; BGHZ 77, 256, 261 oder lediglich ein Teil des jeweiligen Verpflichtungstatbestandes vor, vgl. Pfeiffer/Hammen, Handbuch der Handelsgeschäfte, § 7 Rdz. 6.

b) Rechtliche Einordnung des Verrechnungsvorganges

aa) Verfügungsvertrag aufgrund Tilgungswirkung

Wesentliche Voraussetzung einer dogmatisch richtigen Einordnung der Vorgänge im Kontokorrent ist nach dieser Ansicht die konsequente Unterscheidung zwischen dem in der Regel antizipiert abgeschlossenen Verrechnungsvertrag¹⁴⁰ und dem Saldoanerkennnis.¹⁴¹ Der Terminus Verrechnung in § 355 Abs. 1 HGB ist wörtlich zu nehmen und daraus zu folgern, daß hierdurch die kontokorrentzugehörigen Posten zum Erlöschen gebracht werden, soweit diese sich verrechenbar gegenüberstehen. Danach hat die Verrechnung in erster Linie Tilgungsfunktion und reduziert zugleich die beiderseitigen Aktiva und Passiva auf eine einzige Forderung, die Überschuß- oder Saldoforderung. Weil die Verrechnung im Kontokorrent nach dem Parteiwillen auf das Erlöschen der sich deckenden Forderungen und Leistungen und somit auf das Herbeiführen von Rechtsfolgen gerichtet ist, kommt dieser Verfügungs- und somit Vertragscharakter zu.¹⁴² Der im Rahmen des Kontokorrentvertrages geschlossene Aufrechnungsvertrag und die Aufrechnung als einseitige Willenserklärung nach § 388 BGB sind somit funktional auf dasselbe rechtliche Ziel gerichtet.¹⁴³ In beiden Fällen wird von den am Schuldverhältnis beteiligten Personen die wechselseitige Tilgung von Forderungen und die doppelte Sichtweise der Aufrechnung als Tilgungs- und Sicherungsinstrument im Hinblick auf die beteiligten Forderungen verfolgt.¹⁴⁴ Der tatsächliche Vollzug der Verrechnung und die hierdurch ausgelösten Rechtsfolgen unterscheiden somit den Verrechnungsvertrag von der Kontokorrentabrede.

¹⁴⁰ Daß der mutmaßliche Parteiwille in der Regel auf eine "automatische" Abrechnung zum Periodenende gerichtet ist entspricht der vorherrschenden Meinung im Schrifttum, der sich auch die Rechtsprechung angeschlossen hat, vgl. u.a. K. Schmidt, Handelsrecht, S. 635; Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 21; MünchKomm-Häuser, BGB, §§ 780, 781 Rdz. 81; Bunte in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch I, § 47 Rdz. 44 sowie bereits vor Canaris Beitzke in FS v. Gierke, S. 12 f.; BGHZ 74, 253, 255; BGHZ 93, 315, 323; BGHZ 107, 192, 197.

¹⁴¹ In diese Richtung auch ausdrücklich Bydlinski, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, S. 113.

¹⁴² Vgl. Canaris DB 1972, 421, 422; Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 63 c, 67; zustimmend u.a. K. Schmidt, Handelsrecht, S. 635; Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 21.

¹⁴³ Vgl. Berger, Der Aufrechnungsvertrag, S. 87 unter Bezugnahme auf BFHE 147, 398, 401.

¹⁴⁴ Vgl. Berger, Der Aufrechnungsvertrag, S. 87; vgl. hierzu auch 4. Teil, C., II., 1., b) und c).

Die Judikatur ist der vorgenannten Auffassung inzwischen in gefestigter Rechtsprechung gefolgt und unterscheidet zwischen Verrechnung und Saldofeststellung.¹⁴⁵

bb) Verrechnung als rein rechenoperativer Vorgang

Andere Autoren sehen in der Verrechnung eine bloße Vorstufe der Saldoanerkennung, die zwar einen Rechtsakt, nicht jedoch neben der Kontokorrentabrede einen weiteren Vertrag darstelle, da eine Kontokorrentabrede ohne die Verrechnung als tatsächlichen Vollzug wenig sinnvoll sei.¹⁴⁶

(1) Eintritt der Verrechnungswirkung mit Tilgung der Saldoforderung

Einer Meinung zufolge sollen den in § 355 Abs. 1 HGB verwendeten Ausdrücken "Verrechnung" und "Feststellung des Überschusses" keine rechtlichen, sondern allein buchmäßige Wirkungen zukommen. Die Saldoziehung am Ende der Rechnungsperiode stelle keine tilgende, sondern eine lediglich summierende Forderungsverrechnung dar. Die als Rechnungsposten in Erscheinung tretenden Einzelforderungen und Leistungen würden lediglich so behandelt, als seien sie durch die Verrechnung der Posten getilgt worden. Dagegen werde die materiell-rechtliche Wirkung der Gesamtverrechnung und somit die Tilgung der im Saldo verrechneten Einzelforderungen und Leistungen, sofern keine Vortragung stattfindet, erst durch die Tilgung der Saldoforderung ausgelöst. Zur Begründung wird ausgeführt, daß die Beteiligten häufig ein schutzwürdiges Interesse am Fortbestehen der Einzelforderungen hätten. Insbesondere lasse sich auf diesem Wege der Fortbestand der Sicherheiten nach § 356 HGB erklären. Dagegen sei ein fälliger Zahlungsanspruch am Rechnungsende aufgrund der meist stattfindenden Fortführung der laufenden Rechnung und der hiermit verbundenen Vortragung des Saldos als neuer Rechnungsposten ohnehin nicht erforderlich.¹⁴⁷

¹⁴⁵ De facto wird in der Anwendung von § 356 HGB allerdings noch immer nicht zwischen beiden Rechtsvorgängen differenziert.

¹⁴⁶ Vgl. Avancini in Avancini-Iro-Koziol, Bankvertragsrecht I, (1987) Rdz. 5/29.

¹⁴⁷ Vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 60 sowie § 356 Rdz. 17; ders. in MünchKomm., HGB, § 355 Rdz. 60.

(2) Kritik an der Wertung der Verrechnung als rein rechenoperativer Vorgang

Diese Ansicht steht erkennbar unter dem Eindruck der Novationslehre, der durch den hinausgeschobenen Untergang der Positionen begegnet werden soll. Dagegen wird aber zutreffend angeführt, daß sie mit dem Vereinfachungszweck des Kontokorrents unvereinbar ist, da im Falle einer Kontroverse über die Höhe des Überschusses oder einzelner Positionen sämtliche Forderungen seit Beginn des Kontokorrentverhältnisses mangels Tilgung offengelegt und bewiesen werden müßten. Das Parteiinteresse sowie das Institut des Kontokorrents selbst sind aber im Kern auf den Vereinfachungszweck ausgerichtet.¹⁴⁸

2. Erhalt der kausalen Saldoforderung gem. § 364 Abs. 2 BGB

a) Erhalt des kausalen Saldos

Bereits in Veröffentlichungen aus den Jahren 1942¹⁴⁹ und 1954¹⁵⁰ wurde der Novationslehre entgegengehalten, eine befriedigende Erklärung für die Aufrechterhaltung der Sicherheiten könne nur darin liegen, daß die aus der Saldoanerkennung folgende Überschuforderung neben die bestehenden bleibenden Einzelforderungen tritt. Diese Überlegung wurde jedoch, soweit ersichtlich, erst durch Canaris wieder aufgegriffen. Das periodische Anerkenntnis des aus der Verrechnung der einzelnen Posten resultierenden Saldos ist nach überwiegender Ansicht im Schrifttum sowie nach der Rechtsprechung ein konstitutives Schuldanerkennntnis nach § 781 BGB.¹⁵¹ Dies bedeutet, daß durch das Anerkenntnis unabhängig vom bestehenden Schuldgrund eine neue, selbständige Forderung begründet wird.¹⁵² Nur auf diese Weise erfüllt die nach § 355 HGB vorzunehmende Feststellung des Verrechnungsergebnisses ihre Funktion der Vereinheitlichung und Klarstellung der Ansprüche.¹⁵³

Nach der von Canaris vertretenen Ansicht soll die entstandene abstrakte Saldoforderung jedoch nicht den durch die Verrechnung ermittelten kausa-

¹⁴⁸ Vgl. Peckert, Das Girokonto und der Kontokorrentvertrag, S. 31.

¹⁴⁹ Vgl. Schumann, Handelsrecht, Bd. II, S. 54.

¹⁵⁰ Vgl. Lehmann, Handel und Gewerbe, 2. Aufl., S. 159.

¹⁵¹ Vgl. hierzu die Fundstellenangaben in Fußnote 45 im 2. Teil, B., I., 1.

¹⁵² Vgl. neben vielen Staudinger/Marburger (1997) § 781 Rdz. 1.

¹⁵³ Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz 25 sowie bereits ausführlicher in 2. Teil, B., I.

len Saldo ersetzen und auch nicht dessen Erlöschen bedingen. Vielmehr bleibe der kausale Saldo und somit die darin ihrer individuellen Rechtsnatur nach noch enthaltenen ursprünglichen Einzelforderungen, über die Saldofeststellung hinaus bestehen. Der aus dem Saldoanerkennnis entstehende Anspruch auf den abstrakten Saldo soll hinzutreten.¹⁵⁴ Soweit die Saldoanerkennung demgemäß keine Novationswirkung besitzt, steht diese Ansicht mit der ganz herrschenden Meinung im neueren Schrifttum im Einvernehmen.¹⁵⁵

Zur rechtlichen Begründung zieht Canaris die in der Vorschrift § 364 Abs. 2 BGB enthaltene Auslegungsregel heran. Danach soll die Übernahme einer neuen Verbindlichkeit im Zweifel nicht das Erlöschen der bisherigen Schuld bewirken, sondern diese lediglich durch eine zweite, auf das gleiche Ziel gerichtete Forderung ergänzen.¹⁵⁶ Konkludent mit dem Saldoanerkennnis werde ein negatives Schuldanerkennnis mit dem Inhalt abgegeben, daß über die Saldoforderung hinaus keine weiteren Forderungen bestehen. Dies ist beispielsweise dann von Bedeutung, wenn bei der Saldofeststellung eine Forderung vergessen wurde. In diesen Fällen müsse die Novationslehre einen Anspruch auf Wiederherstellung der ursprünglichen Forderung nach § 812 II BGB gewähren. Der Umweg über das Bereicherungsrecht sei dagegen bei Fortbestand des kausalen Saldos entbehrlich. Der Erhalt der kausalen neben der abstrakten Saldoforderung vermeide somit den Untergang der Einzelposten und mithin der Sicherheiten und erreiche gleichzeitig eine Beweislastumkehr, so daß dem auf Vereinfachung und Klärung der Rechtslage gerichteten Interesse Rechnung getragen werde.¹⁵⁷

b) Rechtsfolgen für die Sicherheiten

Da die kausale Saldoforderung neben dem abstrakten Saldo bestehen bleibt, hält die überwiegende Meinung eine gesonderte Haftungstheorie, wie sie

¹⁵⁴ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 88; ders., Handelsrecht, S. 478 f.; ebenso Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 60; zustimmend K. Schmidt, Handelsrecht, S. 640; Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 27; Bydlinksi, Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, S. 108.

¹⁵⁵ Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 88; daran anschließend neben vielen Hefermehl-MünchKomm., HGB, § 355 Rdz. 57; ders. in FS für H. Lehmann, S. 550 ff.; Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 27; Schuhmacher in Straube, HGB I, § 355 Rdz. 31; K. Schmidt, Handelsrecht, S. 640; Staudinger/Marburger (1997) § 780 Rdz. 15; MünchKomm.-Hüffer, BGB, § 780 Rdz. 42; Römer, Die Auswirkungen des Kontokorrents auf die Haftung ausgeschiedener Personenhandelsgesellschafter, S. 63; Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, § 4 Rdz. 226 f.; a.A. Kübler, Feststellung und Garantie, S. 150 ff.; sowie Clausen, Bank- und Börsenrecht, S. 152; nur für das österreichische Recht, da dieses kein abstraktes Schuldanerkennnis kennt: Avancini in Avancini-Iro-Koziol, Bankvertragsrecht I (1987) Rdz. 5/44.

¹⁵⁶ Vgl. ausführlich Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 88; ders., Handelsrecht, S. 478 f.; ders. DB 1972, 421 sowie ZIP 1985, 592, 595.

¹⁵⁷ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 89, 96.

etwa durch die Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo aufgestellt wird, für entbehrlich.¹⁵⁸ Denn die Sicherheiten sollen für die ursprüngliche und im kausalen Saldo erhaltene Forderung, für die sie bestellt wurden, haften und nicht für die abstrakte Saldoforderung.¹⁵⁹ Die Höhe der Haftung richte sich deshalb nach dem Ergebnis der Verrechnung. Die Sicherheit könne also höchstens bis zur Höhe der gesicherten Forderung in Anspruch genommen werden, soweit diese im kausalen Saldo noch enthalten sei. Soweit die Posten sich verrechenbar gegenüberstehen, sollen sie durch die Verrechnung erlöschen. Insoweit greife § 356 HGB nicht ein, so daß auch die Sicherheiten nach den allgemeinen Grundsätzen rückübertragungspflichtig würden bzw. nach dem Akzessorietätsprinzip untergehen sollen.¹⁶⁰

Während das Anerkenntnis für die Sicherheiten gemäß § 356 HGB ohne Auswirkung bleibe, könne deshalb die Verrechnung, die nach dieser Ansicht den in der Vorschrift von § 366 BGB enthaltenen Anrechnungsregeln folgen soll,¹⁶¹ das Schicksal der Sicherheiten durchaus beeinflussen.¹⁶² Im Unterschied zur Lehre von der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo, nach der der niedrigste Periodensaldo zugleich die untere Haftungsgrenze bildet, könne der Sicherungsgeber daher auch dann frei geworden sein, wenn sich noch ein positiver Saldo zugunsten des Gläubigers ergebe. Denn auch bei einem positivem Saldo kann die gesicherte Forderung durch gezielte Anrechnung einer Einzahlung in das Kontokorrent getilgt worden und mithin die Sicherheit erloschen sein. Auf den jeweils niedrigsten Kontostand zwischen zwei Abrechnungsperioden, der mit dem Ergebnis der periodischen Verrechnung keineswegs identisch sein muß, soll der Sicherungsgeber sich allerdings ebensowenig berufen können wie nach der Novationstheorie.¹⁶³ Denn die Verrechnung vollzieht sich erst am Ende der Rechnungsperiode, so daß auch die Tilgungswirkung der in der laufenden Rechnung enthaltenen Aktiva erst zu diesem Zeitpunkt eintreten kann.

Enthält die laufende Rechnung mehrere gesicherte Forderungen soll danach zu differenzieren sein, ob die noch bestehende Saldoforderung den Gesamtbetrag der gesicherten Einzelforderungen erreicht bzw. sogar übersteigt oder diesen unterschreitet. Im ersten Fall gelangt Canaris im Ergebnis übereinstimmend mit den Befürwortern der Novationslehre zu einem Fortbestand aller Sicherheiten. Der Gläubiger kann danach auf sie in voller Höhe zurückgreifen. Von dem vertretenen Standpunkt aus ergebe sich dies ohne weiteres daraus, daß die Sicherheiten noch auf den ursprünglichen Forde-

¹⁵⁸ Vgl. neben anderen Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 27; Hopt, HGB, § 355 Rdz. 7; Hefermehl in MünchKomm.-HGB, § 355 Rdz. 57; K. Schmidt, Handelsrecht, S. 640; Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, Rdz. 23

¹⁵⁹ Vgl. Bydlinki, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, S. 120.

¹⁶⁰ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 9.

¹⁶¹ Vgl. hierzu 4. Teil, C., II., 1., b), bb).

¹⁶² Vgl. Canaris DB 1972, 421, 472 f.

¹⁶³ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 16.

rungen beruhen und, daß nach § 366 Abs. 2 BGB gesicherte Ansprüche im Zweifel zuletzt getilgt würden.¹⁶⁴

Ist dagegen die Saldoforderung niedriger als der Gesamtbetrag der gesicherten Forderungen, so soll kein Wahlrecht des Gläubigers bestehen. Vielmehr sei bei dieser Konstellation für jede Sicherheit gesondert festzustellen, ob und ggf. in welcher Höhe die zugrundeliegende Einzelforderung infolge der Verrechnung nach § 366 II BGB erloschen ist.¹⁶⁵

Dies bedeute, daß der Saldogläubiger zwar durch das Anerkenntnis nicht gehindert sei, auf die Sicherheiten zurückzugreifen, er sich jedoch deren Untergang in der Höhe entgegenhalten lassen müsse, in der diese infolge Verrechnung erloschen seien. Nach dieser Ansicht vermeide § 356 HGB also lediglich einen Untergang der Sicherheit durch den Anerkenntnisvertrag. Dagegen könne sich der Gläubiger nicht auf § 356 HGB berufen, wenn die Sicherheit infolge gezielter Leistung auf die zugrundeliegende Einzelforderung erloschen ist. Konstruktiv wird daher § 356 HGB allein auf den Anerkenntnis-, nicht jedoch auf den Verrechnungsvertrag angewendet. Demgemäß bestimme die Vorschrift auch ausdrücklich, daß das Anerkenntnis den Rückgriff auf die Sicherheiten nicht hindere. Leistet der Sicherungsgeber an den Gläubiger werde er frei. Dies ergebe sich von dem vertretenen Standpunkt daraus, daß diese Leistung auf die gesicherte Einzelforderung erfolge und somit der Haftung des Sicherungsgebers die Grundlage entziehe.¹⁶⁶

c) Tragende Argumente für den Erhalt der kausalen Saldoforderung

aa) Abkehr des Gesetzgebers von der Novation in § 356 HGB

Die Rechtsprechung und das Schrifttum stimmen im Ergebnis darin überein, daß die ratio legis von § 356 HGB in der Begrenzung der Auswirkungen der Novationstheorie liegt. Es wird jedoch unterschiedlich beurteilt, ob § 356 HGB sich grundsätzlich gegen die Annahme einer novierenden Wirkung der Saldofeststellung richtet. Nach Ansicht der Rechtsprechung stellt § 356 HGB eine irreguläre Ausnahmegesetzgebung dar die im übrigen die Richtigkeit der Novationstheorie gerade voraussetzt. Dagegen entnimmt ein Teil des Schrifttums den Gesetzesmaterialien zu § 356 HGB eine Abkehr des Gesetzgebers von der Novationslehre.¹⁶⁷ Diese Ansicht stützt sich auf Ausführungen in der Denkschrift zum Handelsgesetzbuch, wonach bestehende

¹⁶⁴ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 21.

¹⁶⁵ Vgl. Schuhmacher in Straube, HGB I, § 356 Rdz. 6.

¹⁶⁶ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 29.

¹⁶⁷ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 1.

rechtstheoretische Annahmen zum Kontokorrent nicht mit den Bedürfnissen des Geschäftsverkehrs in Einklang stünden und durch die Vorschrift des § 356 HGB korrigiert werden sollten.¹⁶⁸ Daraus wird im Schrifttum abgeleitet, daß die Novation dem mutmaßlichen Willen der Kontokorrentparteien auch nach der Wertung des Gesetzgebers widerspreche.¹⁶⁹

bb) Keine doppelte Anwendung des § 356 HGB auf Feststellung und Verrechnung

Gegen eine unterschiedslose Anwendung des § 356 HGB auf Verrechnung und Anerkenntnis wird der Wortlaut des Gesetzes angeführt.¹⁷⁰ Denn § 356 HGB enthalte allein die negative Formulierung, daß der Gläubiger durch die Anerkennung "nicht gehindert" ist, auf die Sicherheiten zurückzugreifen. Hingegen führe die Norm nicht positiv aus, daß die Sicherheiten in jedem Fall fortbeständen. Der Wortlaut dränge also geradezu zu dem Schluß, andere Gründe als die Anerkennung könnten zum Untergang der Sicherheiten führen und insoweit verbleibe es bei den allgemeinen Grundsätzen, also vor allem beim Akzessorietätsprinzip.¹⁷¹ Die Verrechnung und die mit ihr verbundene Tilgungswirkung komme folglich den Sicherungsgebern und den Gesamtschuldern in vollem Umfang zugute. Der Gesetzgeber habe bei Abfassung des § 356 HGB nicht an die sich verrechenbar gegenüberstehenden Posten, sondern nur an das von der Novationstheorie behauptete Erlöschen der kausalen Überschuforderung gedacht.¹⁷² Das aber führe genau zu der vertretenen Unterscheidung zwischen Verrechnung und Anerkennung.¹⁷³

cc) Konstruktive Widersprüche in der Rechtsprechung

Ferner wird darauf hingewiesen, daß sich die Rechtsprechung im Ergebnis selbst über die Novationslehre und die hiermit verbundene unterschiedslose Anwendung des § 356 HGB auf Verrechnung und Feststellung hinwegsetze.

¹⁶⁸ Vgl. Denkschrift I, 1896, S. 197; Denkschrift, 1897, S. 214.

¹⁶⁹ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 89; Herz, Das Kontokorrent insbesondere in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs, S. 113; Blaurock NJW 1971, 2206, 2208.

¹⁷⁰ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 8; zustimmend Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 356 Rdz. 17, jedoch mit anderer Schlußfolgerung; ebenso Bydlinski, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, S. 115; Schuhmacher in Straube, HGB I, § 356 Rdz. 5.

¹⁷¹ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 8; in diesem Sinne auch Bydlinski, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, S. 117 und ausdrücklich S. 119.

¹⁷² Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 8.

¹⁷³ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 8.

So geht auch der Bundesgerichtshof von einer automatischen Verrechnung mit Ablauf der Rechnungsperiode aus.¹⁷⁴ Demgemäß müsse der Verrechnung jedoch zumindest dann eine eigenständige Tilgungswirkung zuerkannt werden, wenn eine Anerkennung des Saldos aus irgendwelchen Gründen nicht stattfinde. In diesem Fall könne der Fortbestand aller Sicherheiten nicht auf § 356 HGB gestützt werden, da die Vorschrift hier weder ihrem Wortlaut nach anwendbar sei, da eine Anerkennung eben nicht vorliege, noch nach ihrer ratio passe, da das Erlöschen der Forderungen nicht auf die Novationstheorie zurückgeführt werden könne.¹⁷⁵

Auch die Frage des Schicksals von Posten, die bei der Saldoanerkennung vergessen worden seien, lasse sich allein auf der Grundlage eines fortbestehenden kausalen Saldos lösen. Diese Posten müßten nach der Novationstheorie untergegangen sein, da das Saldoanerkennnis gleichzeitig die Erklärung enthalte, daß keine weiteren Ansprüche vorhanden seien. Dagegen beständen bei Anwendung von § 364 Abs. 2 BGB auch die versehentlich nicht verrechneten Forderungen fort. Die Novationstheorie müsse also folgerichtig einen Anspruch aus § 812 BGB auf Wiederherstellung der ursprünglichen Forderung gewähren. Nach § 812 Abs. 2 BGB ist das vertragliche Anerkenntnis des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses eine Leistung im Sinne des § 812 Abs. 1 BGB. Dieser Anspruch unterliege wie alle Bereicherungsansprüche der 3-jährigen Verjährungsfrist in § 195 BGB, deren Beginn jedoch nach § 199 Abs. 1 BGB an die Kenntniserlangung des Gläubigers von den anspruchsbegründenden Umständen gebunden ist. Nach § 199 Abs. 4 BGB kann sich die Verjährungsfrist also auf bis zu zehn Jahre belaufen. Bei einem Verzicht auf die Novationstheorie sei dagegen der Umweg über den Bereicherungsanspruch überflüssig, so daß auch hinsichtlich der Verjährung keine Änderung der ursprünglichen Rechtslage eintrete. Stattdessen bleibe die für den fraglichen Anspruch geltende, unter Umständen sehr kurze Frist maßgeblich.¹⁷⁶ Gerade diesen Weg habe nun aber der Bundesgerichtshof¹⁷⁷ ohne Rücksicht auf die novatorische Wirkung des Anerkenntnisses als den allein sachgemäßen bezeichnet.^{178 179}

¹⁷⁴ BGHZ 107, 192, 197; BGH WM 1999, 539, 540.

¹⁷⁵ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 8.

¹⁷⁶ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 90 und 105; so auch Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 34.

¹⁷⁷ Vgl. BGHZ 51, 346.

¹⁷⁸ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 90 und 105.

¹⁷⁹ In der Praxis des Giroverkehrs werden diese Abwicklungsprobleme durch das in Nr. 8 der AGB-Banken vorbehaltene Stornorecht vermieden. Danach können die Geldinstitute Rückforderungsansprüche aus Irrtümern bis zum folgenden periodischen Rechnungsabschluß durch einfache Stornobuchung und danach durch Korrekturbuchung rückgängig machen. Lediglich bei Widerspruch des Kunden gegen die Korrekturbuchung kommt eine klageweise Geltendmachung des Rückforderungsanspruches in Betracht, vgl. AGB-Banken, AGB-Sparkassen jeweils Nr. 8 Abs. 1, 2; dazu auch K. Schmidt, Handelsrecht, S. 645 f.

dd) Gesetzssystematische Betrachtung von § 356 HGB und § 364 Abs. 2 BGB und mutmaßlicher Parteiwille

Soweit auf § 364 Abs. 2 BGB verwiesen wird, beruft man sich auf einen Funktionszusammenhang zwischen der Regelung in § 356 HGB und der Vorschrift in § 364 Abs. 2 BGB. § 356 HGB sei Ausdruck und Bestätigung eines allgemeinen Rechtsgedankens und stelle für die Problematik der Sicherheiten lediglich noch einmal klar, was in § 364 Abs. 2 BGB allgemein niedergelegt sei, nämlich daß das Eingehen einer neuen Verbindlichkeit im Zweifel den Bestand der alten Schuld unberührt läßt.¹⁸⁰ Hierzu stehe der vollständige Untergang der durch die Verrechnung entstandenen Saldoforderung ebenso in Widerspruch wie auch zur Regelung in § 356 HGB.¹⁸¹ Ferner führe der Fortbestand der kausalen neben der abstrakten Saldoforderung nicht zu der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Saldoschuldners. Die selbständige Geltendmachung des kausalen Saldos sei ohnehin ausgeschlossen. Da auch der Saldo selbst regelmäßig als Posten in die fortlaufende Rechnung eingestellt werde und somit kontokorrentgebunden sei, könne seiner Geltendmachung die Kontokorrenteinrede, also der Ausschluß einer selbständigen Geltendmachung der einzelnen von der Kontokorrentabrede erfaßten Ansprüche¹⁸², entgegengehalten werden.¹⁸³ Selbst wenn aber die Saldoforderung nicht vorgetragen wird und somit grundsätzlich selbständig eingeklagt werden kann, besteht nicht die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme. Der Gläubiger kann nur einmal Erfüllung verlangen. Wird die abstrakte Verbindlichkeit erfüllt, so erlischt zugleich die kausale Saldoforderung. Zwar kann der Gläubiger über beide Forderungen, also über die kausale Saldoforderung und den Anspruch aus dem Saldoanerkennnis, auch getrennt verfügen. Da hierdurch das Konkurrenzverhältnis der beiden Forderungen jedoch nicht aufgehoben wird, besteht die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Schuldners auch in diesen Fällen nicht.¹⁸⁴ Der Einwand der Erfüllung kann nach § 404 BGB auch dem neuen Gläubiger entgegengehalten werden.

Schließlich spreche der mutmaßliche Parteiwille der Kontokorrentparteien und die Auslegung des Bürgschaftsvertrages regelmäßig gegen eine novatorische Wirkung des Anerkenntnisses und für den Erhalt des kausalen Saldos und der ursprünglich gesicherten Forderungen.¹⁸⁵ Die Beteiligten als juristische Laien hätten keine bestimmte rechtliche Konstruktion, sondern nur

¹⁸⁰ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 2; zustimmend Bydlinski, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, S. 108; Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 27; K. Schmidt, Handelsrecht, S. 640.

¹⁸¹ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 88.

¹⁸² Vgl. RGZ 105, 234; BGH WM 70, 184, 186

¹⁸³ Vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 58; Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 90.

¹⁸⁴ Staudinger/Marburger (1997) § 780 Rdz. 16.

¹⁸⁵ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 88 f.

Zwecke und Rechtsfolgen im Sinn. Folglich müsse erst einmal der Beweis erbracht werden, daß und warum die Intention der Beteiligten beim Kontokorrent, entgegen der gesetzlichen Vermutungsregel, ausnahmsweise auf einen Untergang der bisherigen Schuld und nicht nur auf deren Ergänzung gerichtet sein soll.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 88.

IV. Stellungnahme

1. Fehlende rechtliche Begründung für die Anwendung der Novation im gegenwärtigen Rechtssystem

Mit der Anerkennung der abstrakten Verpflichtung und deren Normierung in §§ 781 f. BGB hat die Novation ihre Bedeutung nahezu vollständig verloren.¹⁸⁷ Dies beruht vor allem auf dem mit der Novation verbundenen Verlust der Sicherungsrechte und Einreden, der mit den Intentionen der Beteiligten in der Regel nicht vereinbar ist.¹⁸⁸ Dieser Entwicklung trägt die Auslegungsregel des § 364 Abs. 2 BGB Rechnung. Hiermit steht die rechtliche Bewertung des mutmaßlichen Parteiwillens in § 356 HGB in Einklang. Der Gesetzgeber maß dem Erhalt der Sicherheiten eine so große Bedeutung bei, daß gesicherten Positionen ausweislich der Entwürfe zu § 356 HGB, § 298¹⁸⁹ und § 327¹⁹⁰ ursprünglich sogar die Kontokorrentfähigkeit gänzlich verwehrt bleiben sollte. Es kann auch nicht angenommen werden, daß bei der Schaffung von § 356 HGB lediglich die Auswirkungen der Novation in Frage standen. Die Novation selbst ist ein begrifflich genau umrissenes Rechtsgeschäft, das keine Abschwächungen zuläßt, sondern durch Veränderungen zu einem anderen Rechtsgeschäft wird.¹⁹¹ Es wird daher als sinnwidrig bezeichnet, von einer Novation zu sprechen, wenn der Sachverhalt, dem diese Bezeichnung dienen soll, ein anderer ist.¹⁹² Schließlich steht bereits der Formalismus der Novation als solcher im Gegensatz zur zurückhaltenden gesetzlichen Regelung¹⁹³ der laufenden Rechnung zugunsten einer flexiblen und vom Parteiwillen getragenen Handhabung.

Demgemäß ist die Rechtsprechung im Ergebnis bis heute eine schlüssige Begründung für die Novationslehre schuldig geblieben. Es ist widersprüchlich, die Einzelforderungen zunächst aufgrund juristischer Abstraktion untergehen zu lassen, um sie dann aufgrund juristischer Abstraktion doch wieder als gegeben zu unterstellen.¹⁹⁴ Insbesondere ersetzt die durch das Reichsgericht zuvorderst vorgenommene Bezugnahme auf das "Wesen"

¹⁸⁷ Anschaulich auch Michel, Kontokorrent und Depositengeschäft im französischen Recht, S. 38 (für das französische Recht).

¹⁸⁸ Bydlinski, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, S. 109, Larenz, Schuldrecht I, AT, S. 92.

¹⁸⁹ RJA-E I 1895.

¹⁹⁰ RJA-E II 1896.

¹⁹¹ Hefermehl in FS Lehmann, S. 547, 552.

¹⁹² Vgl. Bertram Michel, Kontokorrent und Depositengeschäft im französischen Recht, S. 37 (für das französische Recht).

¹⁹³ und überwiegend in Form disponibler Regelungen erfolgten.

¹⁹⁴ Vgl. Römer, Die Auswirkungen des Kontokorrents auf die Haftung ausgeschiedener Personenhandels-gesellschafter, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Kontokorrent, S. 64.

oder die "Natur" des Kontokorrentvertrages nicht eine dogmatische Ableitung der Theorie. Das Wesensargument ist grundsätzlich nicht für eine kognitive rechtliche Begründung geeignet, da es weder die erforderliche Klarheit noch Verbindlichkeit aufweist, die von einer juristischen rechtsstaatlichen Begründung zu fordern ist.¹⁹⁵ Argumente, die das "potentielle Dasein"¹⁹⁶ von Forderungen oder "Hilfsmittel, um gewisse rechtliche Eigentümlichkeiten ...begrifflich zurechtzulegen"¹⁹⁷, beinhalten, liegen nicht mehr im Rahmen juristischer Rechtsfindungsmethoden und widersprechen dem Grundsatz der Rechtsklarheit.¹⁹⁸ Noch im Jahr 1999 hat die Rechtsprechung die Kritik an der Annahme einer Novation zurückgewiesen und ausgeführt, daß es nicht darauf ankomme, ob diese Kritik zutrifft oder nicht. Vielmehr dürften aus der Art und Weise, wie die sich aus dem Rechnungsabschluß und dem Saldoanerkennnis ergebenden Rechtsfolgen regelmäßig begründet werden, nicht ohne weiteres Konsequenzen für die Lösung von Interessenkonflikten gezogen werden, die bei der Aufstellung jener Regeln¹⁹⁹ keine Rolle gespielt haben.²⁰⁰ Hierdurch hat die Rechtsprechung im Recht des kaufmännischen Kontokorrents jede Dogmatik aufgegeben.

2. Verstoß gegen den verfassungsrelevanten Grundsatz der Privatautonomie und praktische Auswirkungen

a) Privatautonomie und Verträge zu Lasten Dritter - Begriffsdefinition

Ein Vertrag zu Lasten eines Dritten zeichnet sich dadurch aus, daß durch den Kontrakt ein Dritter ohne seine Mitwirkung unmittelbar verpflichtet wird²⁰¹ oder, daß ihm seine angestammten Rechte entzogen werden.²⁰² Wegen Verstoßes gegen die Privatautonomie ist diese Vertragsart nach einhelliger Auffassung in der Rechtsprechung und im Schrifttum von der Rechtsordnung nicht anerkannt und somit unwirksam.²⁰³ Das Bürgerliche Recht

¹⁹⁵ Vgl. zum Wesensargument Scheuerle AcP (163), 1964, S. 429 ff. und 469.

¹⁹⁶ RGZ 162, 250.

¹⁹⁷ RGZ 76, 330, 334.

¹⁹⁸ Vgl. schon Düringer/Hachenburg/Breit, HGB, § 356 Anm. 3 mit dem Fazit, daß die Rechtsprechung im Ergebnis auf eine juristisch-konstruktive Erklärung vollständig verzichtet hat.

¹⁹⁹ die Frage der Ersatzaussonderung betreffend.

²⁰⁰ Vgl. BGH ZIP 1999, 626 627.

²⁰¹ Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 27.

²⁰² Martens AcP 177 (1977), 113, 135; Soergel-Hadding, BGB, § 328 Rdz. 118.

²⁰³ Vgl. neben vielen RGZ 6, 178; RGZ 111, 166; BGHZ 58, 216; BGHZ 61, 359, 361; BGHZ 78, 369, 374; BayOblG 1984, 198, 200; v. Staudinger/Jagmann, BGB, Vorbem zu §§ 328 ff., Rdz. 77; Martens AcP 177, (1977), 113, 139; Larenz, Schuldrecht I, AT, S. 233; Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 29.

geht vom Grundsatz der rechtsgeschäftlichen Freiheit als einem der grundlegenden Prinzipien der Rechtsordnung aus. Sie ist Teil des in Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verankerten allgemeinen Grundsatzes der Selbstbestimmung.²⁰⁴ Danach ist es dem Einzelnen überlassen, Rechte und Pflichten zu begründen, zu ändern oder aufzuheben, also eigenverantwortlich rechtsverbindliche Regelungen zu treffen und damit seine Lebensverhältnisse im Rahmen der Rechtsordnung eigenverantwortlich zu gestalten. Ihre wichtigste Erscheinungsform²⁰⁵ ist die Vertragsfreiheit. Diese umfaßt wiederum die Abschlußfreiheit, also die Möglichkeit des einzelnen, sich frei darüber zu entscheiden, ob er überhaupt und mit wem er einen Vertrag schließen will.²⁰⁶

b) Rechtsgeschäftliche Forderungsauswechslung als eine Folge der Novation

Nach der Rechtsprechung tritt die abstrakte Saldoforderung nicht an die Stelle der gesicherten Einzelforderungen. Vielmehr bestehen die Einzelforderungen aufgrund der Anordnung in der Vorschrift des § 356 HGB insoweit fort, als hierfür eine Sicherheit bestellt ist. Deshalb scheinen die Lehren von der Novation und der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo eine gesetzliche Forderungsauswechslung zu vermeiden. Tatsächlich haftet der Sicherungsgeber aber nicht für die ursprünglich gesicherte Einzelforderung, sondern für den abstrakten Saldo. Dies ergibt sich daraus, daß sich die Höhe seiner Haftung ebenso wie der Zeitpunkt der Enthftung allein nach dem Bestand der abstrakten Saldoforderung richten. Hingegen ist es nach der Lehre von der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo ohne Bedeutung, ob die gesicherte Einzelforderung durch Verrechnung bereits teilweise oder sogar vollständig getilgt ist. Im Ergebnis wird eine gesetzliche Forderungsauswechslung durch die Auslegung der Vorschrift des § 356 HGB durch die Rechtsprechung also nur formell vermieden. Hierbei können bereits die zur Erklärung herangezogenen Formulierungen, daß die Einzelforderungen nach der Saldoziehung noch „in gewisser Hinsicht“²⁰⁷ bestünden bzw. ein „potentielles Dasein“²⁰⁸ führten, nicht überzeugen. Weder das Bürgerliche Gesetzbuch noch die Dogmatik des Privatrechts kennt einen Fortbestand "in gewisser Hinsicht" oder ein "potentielles Dasein". Ferner führt die Auslegung des § 356 HGB durch die Rechtsprechung wirtschaftlich zu einer gesetzlichen Forderungsauswechslung.

²⁰⁴ BVerfGE 70, 115, 123; BVerfGE 72, 155, 170; BVerfGE 8, 274, 328; BVerwGE 1, 321, 323; BVerfGE 12, 346, 347.

²⁰⁵ Neben Vereinigungs- und Testierfreiheit sowie der Freiheit des Eigentums.

²⁰⁶ Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, Überbl v § 104 Rdz. 1.

²⁰⁷ RGZ 162, 244, 251.

²⁰⁸ Vgl. RGZ 162, 250.

c) Verstoß gegen den Grundsatz der Privatautonomie

Die in die Regelung von § 356 HGB hineininterpretierte Theorie von der gesetzlichen Forderungsauswechslung verstößt gegen die in den §§ 767 Abs. 1 S. 3, 1210 Abs. 1 S. 2 BGB enthaltene Konkretisierung des Verbotes von Verträgen zu Lasten Dritter und damit zugleich gegen den Grundsatz der Privatautonomie. Rechtsgeschäfte zwischen Gläubiger und Schuldner können die Haftung des Sicherungsgebers grundsätzlich nicht verändern.²⁰⁹ Eine Mitwirkung des Sicherungsgebers bei der Saldoanerkennung ist jedoch im Handelsgesetzbuch nicht vorgesehen und wäre auch aus Praktikabilitätsgründen abzulehnen. Im Ergebnis erlaubt die Theorie von der rechtsgeschäftlichen Forderungsauswechslung verfassungswidrige Eingriffe in die Privatautonomie zu Lasten des Sicherungsgebers.²¹⁰

Diese Begründung ist auch nicht mit dem Hinweis zu retten, nur "formalrechtlich" liege eine Forderungsauswechslung vor, während bei "materieller" oder "wirtschaftlicher" Betrachtung noch für die ursprüngliche Forderung gehaftet werde. Denn es wird gerade nicht gefordert, daß in der abstrakten Saldoforderung wirtschaftlich gesehen noch die gesicherte Forderung enthalten ist.²¹¹ Nach dem Grundsatz über die Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo haftet der Sicherungsgeber nämlich auch in tatsächlicher Hinsicht für Forderungen, für die er die Sicherheit nicht bestellt hat und die möglicherweise erst zu einem späteren Zeitpunkt entstanden sind. Ferner liegt der Austausch des Haftungsobjektes auch bei der Betrachtung des Falles, daß in ein Kontokorrent mehrere Sicherheiten eingestellt sind, offen dar. Da der Gläubiger wahlweise auf alle Sicherheiten zurückgreifen kann,²¹² haftet jede Sicherheit auch für die anderen gesicherten Forderungen. Der Gläubiger kann aufgrund des Wahlrechts beispielsweise eine leichter zu realisierende Sicherheit in Anspruch nehmen, obwohl die der Sicherheit zugrundeliegende Forderung wirtschaftlich bereits durch Tilgung untergegangen ist und die Sicherheit außerhalb des Kontokorrents freigegeben worden wäre. Der Sicherungsgeber ist bei dem Abschluß des Sicherungsvertrages nicht in der Lage, das übernommene Risiko einzuschätzen. Wenn auch die Höhe seiner Haftung durch die Höhe der ursprünglichen Einzelforderung begrenzt ist, sieht er sich dennoch einer unübersehbaren Haftungsdauer ausgesetzt. Die Sicherheit haftet nicht mehr so lange wie die zugrundeliegende Forderung besteht, sondern unabhängig von deren Tilgung für alle weiteren kontokorrentgebundenen Forderungen des Schuldners aus dessen Geschäftsbeziehung zum Gläubiger.²¹³ Die Dauer der Haftung ist

²⁰⁹ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 4 und 10.

²¹⁰ Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 4; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 356 Rdz. 1; Meinhardt, Beendigung der Haftung aus Bürgschaften eines Gesellschafters oder Geschäftsführers bei dessen Ausscheiden aus der Gesellschaft ?, S. 133.

²¹¹ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 6 ff. und 10.

²¹² Siehe hierzu die Ausführungen im 2. Teil, B, II., 2., b).

²¹³ So auch Römer, Die Auswirkungen des Kontokorrents auf die Haftung ausgeschiedener Personenhandelsgesellschafter, S. 68.

jedoch für den Besteller von existentieller wirtschaftlicher Bedeutung. Üblicherweise wird der Sicherungsgeber vor Übernahme der Haftung eine Prognose der Bonität des Schuldners vor Augen haben, da hiervon das Risiko seiner Inanspruchnahme abhängt. Eine solche Einschätzung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners gelingt aber um so schlechter, je länger der zu bewertende Zeitraum ist. Für den Sicherungsgeber ist also nicht nur die Höhe der Sicherheit, sondern auch die Dauer, für die er das Risiko eines Leistungsausfalls übernimmt, von entscheidender Bedeutung. Darüber hinaus wird die Gefahr eröffnet, daß der Gläubiger und der Schuldner in kollusivem Zusammenwirken vor jedem periodischen Rechnungsabschluß neue Forderungen in das Kontokorrent einstellen, um so die Haftung der Sicherheit zu erhalten. Folglich Die angebliche Haftung der Sicherheiten für ausgewechselte Forderungen ließe die Vorschrift des § 356 HGB über ihren gesetzgeberischen Inhalt hinaus zu einer Anspruchsgrundlage für die Haftungserweiterung werden,²¹⁴ was sie aber nach einmütiger Meinung nicht sein kann. Die Vorschrift ist indes folgerichtig nach keiner Ansicht als Anspruchsnorm angelegt.

d) Zwischenergebnis

Die von der Rechtsprechung vertretenen Lehren von der novatorischen Wirkung der Saldoziehung und der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo führen bei wirtschaftlicher Betrachtung zu einer gesetzlichen Forderungsauswechslung. Die Sicherheit haftet infolge der Lehren für andere als die ursprünglich gesicherten Forderungen, die aus nachfolgenden Rechtsgeschäften zwischen den Kontokorrentparteien entstehen. Darin liegt ein Verstoß gegen das Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter als verfassungsrelevanter Grundsatz der Privatautonomie. Darüberhinaus widerspricht das Institut der Novation der ratio der Vorschrift des § 356 HGB sowie der Auslegungsregel des § 364 Abs. 2 BGB. Demgemäß hat die Rechtsprechung bis heute keine nachvollziehbare dogmatische Erklärung geliefert. Schließlich sind die vorgenannten Lehren für die Erreichung der Ziele des Kontokorrents, nämlich Vereinfachung und Vereinheitlichung des Zahlungs- und Abrechnungsverkehrs, spätestens seit Inkrafttreten des BGB und somit der §§ 781 f. BGB entbehrlich.

e) Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters

Ein Verstoß gegen das Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter durch die Lehren der Rechtsprechung wird vor allem auch in dem Fall des ausgeschiedenen persönlich haftenden Gesellschafters offensichtlich.²¹⁵ Die Haf-

²¹⁴ Vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 356 Rdz. 4; Römer, Die Auswirkungen des Kontokorrents auf die Haftung ausgeschiedener Personenhandelsgesellschafter, S. 70.

²¹⁵ Vgl. Canaris, Handelsrecht, S. 483; ders. DB 1972, 421, 472; ders. in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 4; zustimmend neben vielen Schuhmacher in Straube, HGB I, § 356 Rz. 5;

tung des Gesellschafters besteht fort, wenn die im Zeitpunkt des Ausscheidens im Kontokorrent stehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten zwar vollständig getilgt werden aber der darauf folgende anerkannte Saldo weiterhin debitorisch ist, weil zwischenzeitlich neue Forderungen gegen die Gesellschaft eingestellt worden sind.²¹⁶ Der Gesellschafter haftet dann nicht mehr für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft bestanden, sondern er ist Forderungen ausgesetzt, die aus anderen, nach seinem Austritt abgeschlossenen Rechtsgeschäften erwachsen. Auf die Begründung der neuen Forderungen kann er aufgrund seines Ausscheidens und dem damit verbundenen Verlust seiner Mitbestimmungsrechte keinen Einfluß mehr nehmen.²¹⁷ Ferner stellt der Tagessaldo auch im Hinblick auf die Interessen des Gläubigers der Gesellschaft kein brauchbares Instrument der Haftungsbemessung dar.²¹⁸ Nach § 160 HGB haftet der Gesellschafter gegenüber dem Gläubiger für die bis zu seinem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten. Durch die Heranziehung des Tagessaldos zur Bestimmung der Haftungsobergrenze werden jedoch die im Zeitpunkt des Ausscheidens bestehenden Verbindlichkeiten mit den Forderungen der Gesellschaft gegen die andere Kontokorrentpartei verrechnet. Hierdurch wird die Haftung des ausscheidenden Gesellschafters durch die Habenposten der Gesellschaft reduziert. Weist die laufende Rechnung beispielsweise am Tag des Ausscheidens Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Höhe von 5.000 € sowie Forderungen in Höhe von 4.950 € auf, beläuft sich der Tagessaldo auf 50 €. Demzufolge kann der Gläubiger den Ausgeschiedenen nur noch bis zu einem Betrag von 50 € in Anspruch nehmen. Würde dagegen zwischen den Beteiligten keine laufende Rechnung bestehen, könnte der Gläubiger in Höhe der gesamten 5.000 € auf das Vermögen des ausgeschiedenen Gesellschafters zurückgreifen. Denn dem Gesellschafter steht kein Aufrechnungsrecht, sondern unter Umständen lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht entsprechend § 129 III HGB gegenüber dem Gläubiger zu. Folglich wird der Gesellschaftsgläubiger bei dem Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters durch die Lehre der Rechtsprechung schlechter gestellt, wenn der Abrechnungsverkehr mit der Gesellschaft in Form eines Kontokorrents erfolgt.²¹⁹ Schließlich ist es in sich widersprüchlich und entbehrt einer rechtlichen Grundlage, wenn die Rechtsprechung einerseits betont, daß "mit Ziehung des Tagessaldos nicht ein Rechnungsabschluß im Sinne des Kontokorrentrechts aufgestellt"²²⁰ werde, sie andererseits aber

Pfeiffer/Hammen, Handbuch der Handelsgeschäfte, § 7 Rdz. 37, Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 356 Rdz. 1; Römer, Die Auswirkungen des Kontokorrents auf die Haftung ausgeschiedener Personenhandelsgesellschafter, S. 69.

²¹⁶ Vgl. dazu auch das Beispiel von Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 20.

²¹⁷ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 20; Budde, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, S. 41.

²¹⁸ Vgl. Römer, Die Auswirkungen des Kontokorrents auf die Haftung ausgeschiedener Personenhandelsgesellschafter, S. 30.

²¹⁹ Zutreffend Römer, Die Auswirkungen des Kontokorrents auf die Haftung ausgeschiedener Personenhandelsgesellschafter, S. 28; i.E. übereinstimmend Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 19; Budde, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, S. 38.

²²⁰ BGHZ 50, 277, 284.

dem Tagessaldo in den Fällen des ausgeschiedenen Gesellschafters doch haftungsbegrenzende Wirkung beimißt.²²¹

Dagegen ist auch im Bereich der Gesellschafterhaftung das Nebeneinander von kausalem und abstraktem Saldo als Ausgangspunkt zu befürworten. Die in § 160 HGB enthaltenen Begrenzungen können dadurch erfüllt werden, daß nur die Verbindlichkeiten die Haftungsgrundlage bilden, die bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens entstanden waren.²²² Andererseits ist die Haftung jedoch durch das Ergebnis der nachfolgenden periodischen Verrechnung beschränkt. In dieser Haftungsbefreiung liegt, im Gegensatz zur Ermittlung eines fiktiven Tagessaldos, keine Benachteiligung der Gläubigerinteressen da der Zeitpunkt der Verrechnung der Vereinbarung in der Kontokorrentabrede entspricht und kein darüber hinausgehendes schützenswertes Sicherungsinteresse des Gläubigers besteht.^{223 224}

3. Erhalt des kausalen Saldos nach § 364 Abs. 2 BGB

§ 364 Abs. 2 BGB enthält eine Auslegungsregel, die bei konsequenter Anwendung des Gesetzes bei der Auslegung einer Vereinbarung über eine andere als die geschuldete Leistung berücksichtigt werden muß. Dagegen lassen sich die Lehre von der Novation und der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo nicht aus dem Gesetz heraus herleiten. Eine Begründung für diese Abweichung vom Gesetz läßt sich jedoch weder aus der Rechtsprechung noch aus dem mutmaßlichen Willen der Kontokorrentparteien

²²¹ Vgl. Römer, Die Auswirkungen des Kontokorrents auf die Haftung ausgeschiedener Personenhandelsgesellschafter, S. 29; ebenso Budde, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, S. 43.

²²² Vgl. Römer, Die Auswirkungen des Kontokorrents auf die Haftung ausgeschiedener Personenhandelsgesellschafter, S. 95, 110 f.; a.A. Canaris, der über eine analoge Anwendung des § 366 Abs. 2 BGB zu einer nachrangigen Verrechnung der Habenposten der Gesellschaft auf die durch die Mithaftung des Gesellschafters gesicherten Forderungen gelangt, vgl. ausführlich Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 19 f.

²²³ Vgl. Römer, Die Auswirkungen des Kontokorrents auf die Haftung ausgeschiedener Personenhandelsgesellschafter, S. 95, 110 f.

²²⁴ Des weiteren wurde im Schrifttum vorgeschlagen, eine Trennung zwischen Alt- und Neuverbindlichkeiten durch die Eröffnung eines zweiten, neuen Kontos am Tag des Ausscheidens vorzunehmen. Dadurch sollen die Haftungsfolgen der Rechtsprechung korrigiert werden. So vor allem Bierhoff, Die Haftung eines ausgeschiedenen OHG-Gesellschafters für den Kontokorrentsaldo der GmbH, S. 84 ff.; Budde, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, S. 46. Hierdurch wird indes an den verfehlten dogmatischen Grundlagen nichts geändert.

ableiten. Zunächst ist festzustellen, daß das Institut des Kontokorrents, wie bereits aufgezeigt wurde,²²⁵ keine spezifisch handelsrechtliche Materie ist, sondern als Rechtsverhältnis des allgemeinen Schuldrechts eingeordnet werden kann.²²⁶ Im weiteren werden durch die in der Vorschrift des § 355 HGB beschriebene Feststellung des für einen der Kontokorrentteile sich ergebenden Überschusses die Voraussetzungen von § 364 Abs. 2 BGB erfüllt. Die für die Heranziehung einer gesetzlichen Auslegungsregel erforderlichen Zweifel über den Inhalt der getroffenen Vereinbarung liegen vor. Die §§ 355 ff. HGB enthalten keine ausdrückliche Bestimmung über die rechtliche Wirkung der Saldofeststellung und auch die Beteiligten eines Kontokorrentvertrages treffen üblicherweise keine ausdrückliche Vereinbarung über diesen Punkt. Darüber hinaus erfordert § 364 Abs. 2 BGB, daß es bei dem Gegenstand der anderen Leistung im Sinne von § 364 Abs. 1 BGB um die Übernahme einer neuen Verbindlichkeit durch den Schuldner geht. Die andere Leistung im Sinne von § 364 Abs. 1 BGB ist die Übernahme einer neuen, selbständigen Saldoforderung durch den Saldoschuldner. Diese setzt sich nicht mehr aus einer Vielzahl von Einzelforderungen mitsamt deren unterschiedlichen Gerichtsständen, Verjährungsfristen und ähnlichen individuellen rechtlichen Merkmalen zusammen. Auch erfolgt die Übernahme der neuen Verbindlichkeit zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers und nicht nur als Sicherheit. Es ist gerade das Merkmal der sich aus der Feststellung ergebenden Saldoforderung, daß sie aufgrund der Vereinheitlichungsfunktion die Anspruchs- und Klagegrundlage des Gläubigers darstellt und dieser erst durch die Kondiktion des Anerkenntnisses überhaupt aus der zugrundeliegenden kausalen Saldoforderung vorgehen könnte.²²⁷

Auch der durch die Kontokorrentparteien mit der laufenden Rechnung verfolgte wirtschaftliche Zweck spricht gegen die mit der rechtsgeschäftlichen Freiheit des heutigen Rechtssystems kaum noch zu vereinbarenden Novation. Neben dem unerwünschten Untergang der Sicherheiten führt die Novation zu weiteren konstruktiven und praktischen Problemen, die durch den Erhalt des kausalen Saldos vermieden werden können. Auf die ursprünglichen Forderungen kann ohne den Umweg über bereicherungsrechtliche Regeln zurückgegriffen werden. Gesonderte Haftungsgrundsätze, die zu einer Verschlechterung der Stellung der Sicherungsgeber führen, und deren Widerspruch zu wesentlichen rechtlichen Grundsätzen werden gegenstandslos. Der Inhalt, die Dauer und der Umfang der Haftung bestimmen sich gemäß der Vorstellungen der Kontokorrentparteien durch die Tilgung der Einzelforderungen infolge Verrechnung. Dagegen sind keine Vorteile ersichtlich, die einen auf den Untergang des kausalen Saldos gerichteten Willen der Kontokorrentparteien nahelegen könnten.

In ihren Ergebnissen hat sich daher auch die Rechtsprechung im Grunde weitgehend von der Novationstheorie losgesagt. Hierbei ist neben dem no-

²²⁵ Vgl. 2. Teil, A., S. 8 ff.

²²⁶ Ebenso Canaris, Handelsrecht, S. 489; K. Schmidt JZ 1981, 126, 129; Neuner ZHR 157 (1993) 243, 251; Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, § 4 Rdz. 14.

²²⁷ Zu den Voraussetzungen von § 364 Abs. 2 BGB vgl. Staudinger/Oelzen (1995) § 364 Rdz. 38.

vationswidrigen Erhalt der Sicherheiten noch die Aufrechenbarkeit von Einzelforderungen anstelle einer Aufrechnung mit dem Saldoanspruch anzuführen.²²⁸ Ferner ist die Annahme des Bundesgerichtshofes zu nennen, wonach die Korrektur eines unrichtigen Saldoanspruches durch Kondiktion des Anerkenntnisses nach § 812 Abs. 2 BGB erfolgt.²²⁹ ²³⁰ Ein weiteres Beispiel fand sich bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur weiteren Entwicklung des Finanzplatzes Deutschland im Bereich der Verrechnung unklagbarer Forderungen.²³¹ Somit sind die Lehre von der Novation und die Theorie von der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo gemäß der Auslegungsregel in § 364 Abs. 2 BGB zugunsten des Fortbestandes des kausalen neben dem abstrakten Saldo bei der Beurteilung kontokorrentrechtlicher Einzelfragen abzulehnen.

²²⁸ Vgl. dazu BGH WM 1970, 184, 186; OLG Hamburg MDR 1954, 486.

²²⁹ Vgl. BGH WM 1972, 282, 286, vgl. dazu auch Nr. 7 Abs. 2 AGB-Banken.

²³⁰ Ausführlich hierzu u.a. MünchKomm- Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 57; Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, § 4 Rdz. 27.

²³¹ Viertes Finanzmarktförderungsgesetz vom 21.06.2002, in Kraft getreten am 01.07.2002. Finanztermingeschäfte waren zuvor nach § 764 BGB, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, als unvollkommene Verbindlichkeiten eingeordnet. Durch das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz wurden diese Geschäfte aus dem Anwendungsbereich des § 762 BGB herausgenommen. Vgl. hierzu im einzelnen die Ausführungen im 4. Teil, C., II., 1., a), cc), (2).

C. Zusammenfassung zur Lehre vom Kontokorrent

Das Kontokorrent ist als ein Rechtsverhältnis des allgemeinen Schuldrechts einzuordnen, auf das die Regelungen und Wertungen des BGB Anwendung finden.

Die Vereinheitlichung und Vereinfachungsfunktion des Kontokorrents konnte bis zur Einführung eines abstrakten Verpflichtungsvertrages in das Zivilrecht lediglich durch die aus dem römischen Recht rezipierte Konstruktion eines novierenden Vertrages zwischen den Beteiligten erreicht werden. Dieser rechtliche Hintergrund ist mit Aufnahme des § 781 BGB und ergänzend hierzu des § 782 BGB entfallen.

Der mit der Novation zwingend verbundene Untergang akzessorischer Sicherheiten, die für die ursprünglichen Verbindlichkeiten bestellt waren, stand mit den kaufmännischen Interessen in Widerspruch. Daher wurde § 356 HGB in das HGB aufgenommen und der Fortbestand der Sicherheiten gesetzlich bestimmt. Hiermit steht die Novationslehre nicht mehr in Einklang, weil sie den Übergang der Sicherheiten auf den abstrakten Saldo nicht zu begründen vermag. Insbesondere läßt sich eine gesetzliche Forderungsauswechslung dogmatisch nicht erklären.

Eine Sicherheit, die für eine einzelne kontokorrentgebundene Forderung bestellt worden ist, besteht nicht nur über die Saldofeststellung hinaus fort. Durch die Lehre von der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo besteht die Sicherheit zudem auch unabhängig davon fort, daß die gesicherte Forderung bereits durch die Verrechnung getilgt sein könnte. Folglich wendet die Rechtsprechung die Vorschrift des § 356 HGB auf die Verrechnung und die Saldofeststellung, und mithin zweimal, an. Da die Einzelposten durch die Novation und nicht infolge der Verrechnung untergehen, ist die Rechtsprechung gezwungen, die Höhe der Haftung der Sicherheiten mit einer weiteren Konstruktion, und zwar der Lehre von der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo, zu bestimmen.

Die Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo und die doppelte Anwendung des § 356 HGB haben zur Folge, daß die Haftung der Sicherheiten zwar auf die Höhe der ursprünglich zugrunde liegenden Forderung begrenzt ist. Der Sicherheit werden aber der Summe nach eine Mehrzahl anderer, nachträglich durch Rechtsgeschäft zwischen Gläubiger und Hauptschuldner begründete Verbindlichkeiten unterlegt. Dies stellt in rechtlicher Hinsicht eine rechtsgeschäftliche Forderungsauswechslung dar, die mit einem Verstoß gegen das Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter verbunden ist. In tatsächlicher Hinsicht wird das Haftungsrisiko gesteigert, da die erfaßten Forderungen für den Bürgen nicht mehr beeinflußbar sind, die Haftungsdauer auf unbestimmte Zeit verlängert wird und die Gefahr eines Mißbrauches durch kollusives Zusammenwirken zwischen Gläubiger und Hauptschuldner eröffnet ist.

Diese Folgen können durch den Erhalt des kausalen Saldos, als unmittelbares Ergebnis der Verrechnung, gemäß § 364 Abs. 2 BGB vermieden werden. Die Sicherheit haftet nur für die ursprünglich gesicherte und dem Bürgen bekannte Forderung und wird nach dem Akzessorietätsprinzip in dem Umfang frei, in dem die Forderung durch Tilgung erlischt.

3. Teil: Neuere Rechtsprechung zur Bürgschaft

A. Allgemeine Begriffsdefinitionen

I. Kontokorrentkredit, Ratenkredit- und Kontokorrentratenkreditvertrag

1. Kontokorrentkredit

Der Kontokorrentkredit ist diejenige Form des Kredits bei dem die Kreditbürgschaft am häufigsten vorkommt.²³² Sie ist ein Barkredit, den Banken und Sparkassen auf einem laufenden Konto zur Verfügung stellen und den der Kreditnehmer im Rahmen der abgesprochenen Kreditlinie in Anspruch nehmen kann.²³³ Er setzt einen Krediteröffnungs- und einen Girovertrag voraus.²³⁴ Der Überziehungskredit geht von dem Grundsatz aus, daß das Kontokorrentkonto grundsätzlich als Habenkonto geführt wird. Reichen die Zahlungseingänge nicht aus, kann die Bank dem Kontoinhaber einen Kredit einräumen, der in der Regel nicht durch Einbuchung der Darlehensvaluta auf dem Kontokorrentkonto bei gleichzeitiger Belastung eines Darlehenssonderkontos gewährt wird²³⁵, sondern über das "laufende Konto" in Anspruch genommen werden kann.²³⁶ ²³⁷ Er dient dazu, die Liquiditätslücke zwischen den Eingängen auf einem Kontokorrentkreditkonto und den Abverfügungen zu Lasten eines Kontokorrentkontos auszugleichen²³⁸. Insoweit schützt er auch die Aufrechterhaltung eines ungestörten Zahlungsverkehrs. Der Kreditnehmer kann jederzeit das eingeräumte Darlehen in Anspruch nehmen, der Rückzahlungsanspruch der Bank entsteht erst nach der Kündigung des Kontokorrentkredits, d.h. es ist weder eine Laufzeit noch eine bestimmte Ratenhöhe festgelegt. Der Kontokorrentkredit ist somit ein revolvingender Kredit, wobei der Kreditnehmer nur Zinsen auf den ausgenutzten Kreditbetrag zahlt.²³⁹ Als Unterfälle des Kontokorrentkredits sind vor allem

²³² Schmitz in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, § 91, RdNr 139.

²³³ Vgl. Gabler, Bank Lexikon.

²³⁴ Vgl. Palandt/Putzo, BGB, § 488 Rdz. 21.

²³⁵ Sog. Zweikontenbuchung.

²³⁶ Sog. Einkontenbuchung.

²³⁷ Lwowski in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, § 75 RdNr 12.

²³⁸ Schönle, Bank-u. Börsenrecht, S. 126.

²³⁹ Claussen, Bank- u. Börsenrecht, S. 337.

im gewerblichen Bereich die an Unternehmen vergebenen Betriebsmittelkredite sowie die gegenüber Privatpersonen eingeräumten standardisierten Dispositionskredite zu nennen.²⁴⁰ Letztere dienen vorrangig der Konsumfinanzierung.²⁴¹ Es handelt sich also um die in § 491 BGB bezeichneten Kredite zwischen einem Kreditinstitut als Darlehensgeber und einer natürlichen Person als Darlehensnehmer, wobei die Kredite weder in Zusammenhang mit einer gewerblichen oder selbständigen Berufsausübung des Darlehensnehmer stehen. Damit stellen sie einen typischen Fall des Verbraucherkredits dar, auf den seit dem 01.01.2002 die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eingeführten §§ 491 – 498 BGB grundsätzlich Anwendung finden. Für den Kontokorrentkredit sind insbesondere die in der Vorschrift § 493 BGB niedergelegten besonderen Informations- und Unterrichtungspflichten des Kreditinstituts zu beachten. Andererseits sind Dispositionskredite nach § 493 Abs. 1 BGB von dem für Verbraucherdarlehen gemäß § 492 BGB geltenden Schriftformzwang ausgenommen, wodurch die in der Praxis häufig genutzte Möglichkeit kurzfristiger Überziehung ermöglicht wird.

2. Ratenkreditvertrag

Das Kennzeichen des Ratenkredits ist, daß die Valuta in einer Summe zur Verfügung gestellt wird. Dagegen erfolgt die Rückzahlung in gleichbleibenden, im Voraus festgelegten und in der Regel monatlichen Raten.²⁴² Wird der Kredit trotz zur Verfügungstellung nicht in Anspruch genommen, können Bereitstellungszinsen berechnet werden.²⁴³ Im Unterschied zum Kontokorrentkredit erfolgt die Abwicklung über Darlehenskonten.²⁴⁴ Der Ratenkredit wird im besonderen als Konsumentenkredit an private Haushalte vergeben, daneben dient er aber auch als Produktivkredit an Selbständige und Gewerbetreibende zur Finanzierung von Investitionen.²⁴⁵

3. Kontokorrentratenkreditvertrag

Andere Kreditformen in der Praxis des Konsumentenkreditgeschäftes verbinden Elemente des Kontokorrent- und des Ratenkredites miteinander. Bei

²⁴⁰ Demgegenüber liegt kein Dispositionskredit vor, wenn ein Darlehen in von vornherein feststehender Höhe gewährt wird und in festen monatlichen Raten zurückzuzahlen ist, wobei eine erneute Inanspruchnahme der Kreditlinie eine besondere Zustimmung der Bank erfordert. In einem solchen Fall handelt es sich um einen verschleierte Ratenkredit.

²⁴¹ Vgl. Gabler, Bank Lexikon.

²⁴² Palandt/Putzo, BGB, Vorbem v § 488 Rdz. 23.

²⁴³ Lwowski in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, § 75 RdNr 11.

²⁴⁴ Vgl. Gabler, Bank Lexikon.

²⁴⁵ Vgl. Gabler, Bank Lexikon.

dieser als Kontokorrentatenkredit bezeichneten Verbindung kann der Darlehensnehmer innerhalb eines bestimmten Rahmens jederzeit ganz oder teilweise den Kredit nehmen,²⁴⁶ während gleichzeitig zur Rückzahlung eine monatliche Mindestrate vorgegeben wird. Es handelt sich dabei um einen revolvingenden Kredit aufgrund einer Parteivereinbarung.²⁴⁷

II. Die Bürgschaft als Gegenstand kautelarischer Kreditsicherungspraxis

In der Praxis der Kreditsicherungsrechte ist die Bürgschaft neben dem Garantievertrag die gebräuchlichste Form der persönlichen Sicherung einer Schuld im Unterschied zu den Realsicherheiten.²⁴⁸ Trotz des Vordringens der dinglichen Sicherungsmittel, so vor allem der Sicherungsgrundschuld, spielt die Bürgschaft nach wie vor eine wichtige Rolle, wenn Banken nach Sicherheiten für die von ihnen zu gewährenden Kredite suchen. Dies gilt sowohl für den Bereich der Konsumentenkredite, bei denen die Bank häufig die Bürgschaft des Ehegatten oder eines Angehörigen verlangt, als auch für den Bereich der an kleine und mittelständische Unternehmen gewährten Kredite, bei denen Bürgschaften der nicht persönlich haftenden Gesellschafter oder von Familienangehörigen üblich sind.²⁴⁹

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Bankpraxis - Ausgestaltung des Bürgschaftsvertrages durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

Für die Ausgestaltung der Kreditsicherungsverträge, wie der privatrechtlichen Beziehungen der Banken zu ihren Kunden im allgemeinen, kommt den Allgemeinen Geschäftsbedingungen überragende Bedeutung zu.²⁵⁰ Der Zweck der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken liegt in der rationalisierten und standardisierten Abwicklung der hierbei anfallenden Massenvorgänge, wodurch der rechtliche Inhalt der Bankgeschäfte unabhängig vom Einzelfall festgelegt wird.²⁵¹ Wie in fast allen Sparten der Bankgeschäfte wiederholen sich insbesondere auch im Bereich der Kreditvergabe die einzelnen Geschäftsvorfälle zum Teil millionenfach und erhalten damit den Charakter des Mengengeschäftes. Für die Kreditwirtschaft kommt daher ein individuelles Aushandeln der Vertragsbedingungen nur im Einzelfall

²⁴⁶ Vgl. dazu ausführlich Canaris WM Sonderbeilage 4/1987.

²⁴⁷ Lwowski in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, § 75, RdNr 7.

²⁴⁸ Staudinger/Horn (1997) Vorbem. 2 zu §§ 765 ff. Rdz. 39; Schmitz in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, § 91 RdNr 1.

²⁴⁹ Berninghaus BB 1986, 206.

²⁵⁰ Vgl. Bunte in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch I, § 4 RdNr 14.

²⁵¹ Vgl. Bunte in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch I, § 4 RdNr 21.

und nur ausnahmsweise in Betracht.²⁵² Hinzu tritt das Bestreben der Banken, als Verwender im Rahmen des gegenseitigen Interessenausgleichs die eigene Rechtsposition zu stärken²⁵³ und eine Kalkulierbarkeit der Risiken durch deren Verteilung zu erreichen.²⁵⁴

Als Vorläufer der heutigen Bankbedingungen²⁵⁵ haben die "Regulative" der Großbanken ihren wesentlichen Entstehungsgrund im Beginn des Massengeschäftsverkehrs, der durch die technische und wirtschaftliche Expansion in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ausgelöst worden ist.²⁵⁶ Auch in der heutigen Bankpraxis wird der Inhalt des Sicherungsvertrages in aller Regel durch die von den Kreditinstituten vorformulierten Klauseln ausgestaltet²⁵⁷ Hieran schließt sich die stete Überprüfung dieser Klauselwerke im Lichte der Wertungen des geltenden Privatrechts und seit dem Jahre 1977²⁵⁸ der Vorschriften der gesetzlichen Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen²⁵⁹ durch Rechtswissenschaft und Jurisdiktion an. Die Sicherungsabrede, also die Bezeichnung der gesicherten Forderung des Gläubigers, gestaltet als Kernstück des Sicherungsvertrages die Rechtsstellung der Beteiligten. Für die Sicherungsabrede sind verschiedene Termini in Gebrauch. Sie wird als Zweckerklärung, Zweckbestimmungserklärung oder Zweckabrede bezeichnet.²⁶⁰

2. Kontokorrentkredit- und Höchstbetragsbürgschaft

a) Kontokorrentkreditbürgschaft

Die Kontokorrentkreditbürgschaft sichert die aus einer laufenden Rechnung resultierende Darlehensforderung des Gläubigers, die je nach Inanspruchnahme des Kredits wechselnden Umfang hat und sich im Rahmen des Kontokorrents aus einer Vielzahl einzelner Geschäftsvorfälle zusammensetzt. Die Bürgschaft gilt für die gesamte Dauer des Kontokorrentverhältnisses und erledigt sich insbesondere nicht durch eine vorübergehende Rückfüh-

²⁵² Bunte in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch I, § 5 RdNr 4, 5.

²⁵³ Vgl. dazu allgemein BT-Drucks 7/3919, S. 9.

²⁵⁴ Vgl. Bunte in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch I, § 4 RdNr 24.

²⁵⁵ Vgl. Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 27.

²⁵⁶ Vgl. Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., Rdz. 2.36.

²⁵⁷ Vgl. Ganter in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, § 90 RdNr 162.

²⁵⁸ Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen a.F. trat am 01.04.1977 in Kraft.

²⁵⁹ Seit 01.01.2001 in den Vorschriften §§ 305 – 310 BGB enthalten.

²⁶⁰ Vgl. Clemente ZIP 1990, 969; Ganter in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, § 90 RdNr 14.

zung des Kredits, wobei die Übernahme zudem häufig ohne feste zeitliche Grenze erfolgt.²⁶¹

b) Höchstbetragsbürgschaft

Bei einer Kontokorrentkreditbürgschaft kann die Beschränkung der Bürgschaft in zweierlei Weise erfolgen. Es kann vereinbart werden, daß die Bürgschaftsverpflichtung, nicht aber der einzuräumende Kredit bis zu einem Höchstbetrag beschränkt ist, oder es kann festgelegt werden, daß der Kredit und die Bürgschaft den vereinbarten Höchstbetrag nicht übersteigen dürfen.^{262 263} Im zweiten Fall handelt es sich um eine Teil-, nicht um eine Höchstbetragsbürgschaft.²⁶⁴ Ist der Kredit in der vereinbarten Höhe gewährt, so ist damit die verbürgte Forderung bestimmt. Sinkt der Kredit in der Folgezeit ab, so erlischt insoweit die Bürgschaft, so daß in diesem Fall stets der niedrigste, im Wege der Abrechnung festgestellte Zwischensaldo für die Höhe der Bürgschaft maßgebend ist.²⁶⁵ Im Zweifel ist die erste Form der Bürgschaft anzunehmen. Dann bildet die Gesamtheit der dem Gläubiger aus dem Kontokorrentverhältnis zustehenden Forderungen die Hauptschuld. Die Bürgschaft erlischt also nicht, wenn die Hauptschuld zeitweilig getilgt sein sollte, und der jeweilige Schlußsaldo ist stets bis zum vereinbarten Höchstbetrag die verbürgte Schuld. Der Bürge haftet bei der Höchstbetragsbürgschaft zwar für die gesamte Hauptschuld, d.h. solange diese nicht vollständig getilgt ist, er kann aber nur bis zu dem vereinbarten Höchstbetrag in Anspruch genommen werden.²⁶⁶ In der Regel sichert die Höchstbetragsbürgschaft einen Sockelbetrag der wechselnden, sich stets verändernden Hauptschuld ab.²⁶⁷ Oft wird allerdings vereinbart, daß sich der Betrag der übernommenen Bürgschaft um die Beträge erhöht, die als Zinsen, Provisionen, Spesen und Kosten jeder Art auf den verbürgten Höchstbetrag anfallen und daß dies auch dann gilt, wenn diese Beträge durch Saldofeststellung jeweils Kapitalschuld geworden sind und so der verbürgte Höchstbetrag überschritten wird.²⁶⁸ Als Folge der Vereinbarung wird der Haftungsrahmen des Bürgen in der Regel erheblich erweitert.²⁶⁹

²⁶¹ BGH NJW 1994, 1656.

²⁶² BGH WM 1987, 1430; vgl. dazu noch grundlegend RGZ 76, 195 ff.

²⁶³ Denkbar ist schließlich auch eine indirekte Beschränkung der ohne Höchstbetrag vereinbarten Bürgschaft durch eine limitierte Hauptschuld. Darin liegt aber lediglich de facto, nicht aber im Rechtssinne eine Höchstbetragsbürgschaft.

²⁶⁴ Vgl. Lambsdorff/Skora, Handbuch des Bürgschaftsrechts, Rdz. 35.

²⁶⁵ RGZ 76, 195; 136, 181.

²⁶⁶ Vgl. Lambsdorff/Skora, Handbuch des Bürgschaftsrechts, Rdz. 35.

²⁶⁷ BGH WM 1976, 108.

²⁶⁸ Vgl. Schmitz in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, § 91 RdNr 136.

²⁶⁹ Lambsdorff/Skora, Handbuch des Bürgschaftsrechts, Rdz. 35.

B. Darstellung und Diskussion einer Begrenzung der Haftung des Bürgen aus vorformulierten weitgefaßten Sicherungszweckerklärungen

I. Einleitung

Um eine flexible, vielseitig verwendbare Sicherheit für ausgereichte Kredite und andere Forderungen gegen den Bankkunden zu erhalten, waren bis zur Änderung der Rechtsprechung mit Urteil vom 18.05.1995 Formularverträge fester Bestandteil der Kreditsicherungspraxis, durch die der Bürge die Haftung für alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten aus der Geschäftsverbindung zwischen Bank und Hauptschuldner übernahm.²⁷⁰ Demgemäß diente die Bürgschaft „zur Sicherung aller bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen der Bank ... gegen den Hauptschuldner ... aus ihrer Geschäftsverbindung (insbesondere aus laufender Rechnung, Krediten oder Darlehen jeder Art und Wechseln)“.²⁷¹ Es kam nicht darauf an, ob der Anlaß für die Bürgschaftsübernahme eine einzelne, nach Betrag und Dauer konkretisierte Hauptschuld war. Die tatsächlich übernommene Bürgschaft war also hinsichtlich der erfaßten Hauptschuld oftmals erheblich gegenüber derjenigen Hauptschuld erweitert, die sich der Bürge vorgestellt und die er ursprünglich zu sichern beabsichtigt hatte.

Dies war insbesondere im Schrifttum immer wieder Anlaß, eine Unwirksamkeit bzw. Unzulässigkeit solcher Klauseln zu begründen, wobei den Ansichten verschiedene dogmatische Erklärungen zugrunde lagen. Durch die Judikatur zum Bürgschaftsrecht wurden dieser Vertragspraxis der Kreditinstitute, nach einer Entscheidung im Jahre 1957,²⁷² keine weiteren Grenzen gesetzt. Erst im Jahre 1995²⁷³ begründete der für das Bürgschaftsrecht zuständige IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes dann eine umfassende Änderung der Rechtsprechung. Im folgenden werden die verschiedenen rechtlichen Theorien einer Begrenzung weitgefaßter Zweckvereinbarungen unter Einschluß der gegenwärtigen Rechtsprechung dargestellt und diskutiert

²⁷⁰ Staudinger/Horn (1997) § 765 Rn. 44; ders. in FS Merz, 217.

²⁷¹ Für den ausführlichen Wortlaut vgl. 1. Teil, A.

²⁷² BGHZ 25, 318 ff.

²⁷³ WM 1995, 1397 ff.

II. Darstellung der bis zum Urteil des Bundesgerichtshofes am 18.05.1995 im Schrifttum vertretenen Rechtsauffassungen und Stellungnahme

1. Rechtsansichten im Schrifttum

a) Bestimmtheit der Hauptschuld in der Bürgschaftszweckerklärung

Bis zur grundlegenden Änderung der Rechtsprechung durch das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 18.05.1995 wurde die Problematik vornehmlich bei der Frage nach der Bestimmtheit der Bürgschaftszweckerklärung erörtert. Im Bürgschaftsrecht soll danach zwischen verschiedenen Formen der Bestimmtheit unterschieden werden. Zu dem für die Sicherungsübereignung geltenden Bestimmtheiterfordernis sowie dem allgemeinen Grundsatz, daß jede Schuld hinreichend bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein muß, tritt nach dieser Ansicht eine weitere Fallgruppe der Bestimmtheit hinzu.²⁷⁴ Hierbei sollen die Bürgschaftsverpflichtungen zum Schutz des Bürgen vor unabsehbarer Belastung dann unbestimmt sein, wenn sie unübersehbar sind. Dieser Fall liege insbesondere dann vor, wenn der Bürge sich für alle Verbindlichkeiten des Hauptschuldners aus dessen Geschäftsbeziehung zum Sicherungsnehmer verpflichtete.²⁷⁵ Eine Vielzahl von Hauptforderungen müsse nach Grund und maximalem Umfang bezeichnet werden, während bei einer Bürgschaft für lediglich eine oder mehrere einzelne Forderungen eine betragsmäßige Begrenzung entbehrlich sei.²⁷⁶ Danach soll eine unbestimmte Bürgschaft unwirksam sein, woran überwiegend die Rechtsfolge einer Teilunwirksamkeit des Bürgschaftsvertrages geknüpft wird. Stellte ein einzelnes Darlehen bei der Übernahme der weitgefaßten Bürgschaft den Anlaß der Haftungsübernahme dar, soll die Bürgschaft nur bzgl. der darüber hinaus erfassten unbestimmten Hauptschulden unwirksam sein.²⁷⁷ In anderen Fällen soll auf das zum Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme bestehende Kreditlimit oder auf die Summen abzustellen sein, die sich der Bürge bei dem Abschluß des Vertrages als wahrscheinlich vorgestellt habe.²⁷⁸ Kann die Hauptschuld nicht ermittelt werden, bestehe die Bürgschaft nicht.²⁷⁹

²⁷⁴ Im wesentlichen werden zwei -teilweise sogar drei Formen oder Fallgruppen der Bestimmtheit gegeneinander abgegrenzt, vgl. Horn ZIP 1997, 525, 528; ders. in Staudinger (1997) § 765 Rdz. 144; Reinicke/Tiedtke DB 1995, 2301 ff. Nach a. A. ist terminologisch zwischen Bestimmtheit und Überschaubarkeit oder Übersehbarkeit zu differenzieren, so vor allem Bydlinski WM 1992, 1301, 1304 unter Verweis auf Rimmelspacher WuB I F 1 a. 9.90.

²⁷⁵ Reinicke/Tiedtke DB 1995, 2301, 2302.

²⁷⁶ Vgl. Staudinger/Horn (1997), § 765 Rdz. 35; ders. in Horn FS Merz S. 217, 222; Bydlinski WM 1992, 1301, 1304.

²⁷⁷ Vgl. Staudinger/Horn (1997), § 765 Rdz. 52.

²⁷⁸ Vgl. Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, 1995, S. 12; Bydlinski WM 1992, 1301, 1306.

²⁷⁹ Vgl. Staudinger/Horn (1997), § 765 Rdz. 13.

In der dogmatischen Ableitung des Bestimmtheitsgrundsatzes zum Schutze des Bürgen vor unübersehbarer Haftung bestehen unterschiedliche Ansätze.

aa) Summe aller bürgenschützenden Normen

Das Erfordernis einer Übersehbarkeit der verbürgten Verbindlichkeiten als zweite Fallgruppe der Bestimmtheit soll einer Ansicht zufolge aus der Summe aller bürgenschützenden Normen abzuleiten sein.²⁸⁰ Diese Ausprägung des Bestimmtheitserfordernisses lasse sich zwar keiner einzelnen gesetzlichen Vorschrift entnehmen. Das Bürgschaftsrecht weise jedoch auch ohne ausdrückliche Bestimmung wegen des erhöhten Risikos dieses Sicherungsmittels darauf hin, daß der Bürge besonders geschützt und im Verhältnis zu anderen Sicherungsgebern privilegiert sei. Systematisch wird diese Argumentation aus dem Zusammenwirken einer Zahl von Einzelregelungen festgemacht: dem Schriftformerfordernis nach § 766 BGB, der Möglichkeit des Bürgen, sich im Gegensatz zu anderen Sicherungsgebern auf die Verjährung der Verbindlichkeit zu berufen (§ 768 BGB), der Einrede der Aufrechenbarkeit sowie der Einrede der Vorausklage gem. §§ 770, 771 BGB.²⁸¹

bb) Ableitung aus einzelnen bürgschaftsrechtlichen Bestimmungen

Neben der älteren Rechtsprechung²⁸² finden sich auch im Schrifttum Stimmen, die aufgrund der Vorschrift in § 765 Abs. 2 BGB zu einem Bestimmtheitserfordernis gelangen. Ausweislich des im Wortlaut von § 765 Abs. 2 BGB verwendeten Singulars für die Bezeichnung der künftigen Verbindlichkeit habe der Gesetzgeber bei der Abfassung von § 765 Abs. 2 BGB den Modellfall einer einzigen künftigen Verbindlichkeit vor Augen gehabt.²⁸³ An eine unbegrenzte Bürgenhaftung für ein unabsehbares und ohne Zutun des Bürgen veränderbares Geschäftsvolumen habe die Legislative dagegen nicht gedacht.²⁸⁴ Ergänzend wird der durch das Schriftformerfordernis in § 766 BGB statuierte Schutz des Bürgen zur Begründung des Bestimmtheitsgrundsatzes hinzugezogen.²⁸⁵ Darin finde ein wesentlicher Grundgedanke

²⁸⁰Vgl. Reinicke/Tiedtke DB 1995, 2301, 2302; Tiedtke DNotZ 1993, 291.

²⁸¹ Vgl. Reinicke/Tiedtke JZ 1986, 426, 430.

²⁸² Das Reichsgericht gelangte im Ergebnis aber lediglich zu einer Beschränkung auf die Geschäftsverbindung, vgl. RGZ 97, 162 ff.; bestätigt durch BGHZ 25, 318, 320 f.; ähnlich noch BGH NJW 1990, 1909, 1910; OLG Stuttgart WM 1991, 1255, 1256.

²⁸³ Horn ZIP 1997, 525; ders. in EWiR § 765 BGB 3/86; ebenso Derleder NJW 1986, 97, 100; ähnlich Reinicke/Tiedtke JZ 1986, 426, 429.

²⁸⁴ Horn EWiR § 765 BGB 3/86, jedoch mit der Wertung, daß § 765 Abs. 2 BGB eine Begrenzung bereits voraussetze.

²⁸⁵ So auch bereits RGZ 97, 162 f.

des Bürgschaftsrechtes Ausdruck, der eine Ausdehnung der Bürgenhaftung auf sämtliche künftige Verbindlichkeiten des Gläubigers ausschließe.²⁸⁶ Der Formzwang des § 766 BGB spreche für das Überschaubarkeitsprinzip, weil hieraus folge, daß der Bürge schon bei Vertragsabschluß möglichst genau wissen solle, worauf er sich einlasse. Wenig folgerichtig ist es indes, wenn behauptet wird, diese Erwägungen sollten "wohl auch für formfreie Bürgschaften gelten".²⁸⁷

Berninghaus²⁸⁸ und Horn²⁸⁹ haben die Ansicht vertreten, daß infolge des durch die weiten Sicherungserklärungen eröffneten Haftungsrahmens von dem in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB konkretisierten Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter abgewichen werde.²⁹⁰ § 767 Abs. 1 S. 3 BGB stelle den wesentlichsten Baustein des Überschaubarkeitsprinzips dar.²⁹¹ Eine potentielle Verpflichtbarkeit durch rechtsgeschäftliches Handeln anderer komme sonst nur bei Generalvollmacht und in Gesellschaftsverhältnissen vor. Dort bestünden freilich jeweils Kontrollmöglichkeiten, die im Bürgschaftsrecht fehlten.²⁹² So kann der Vertretene, im Unterschied zum Bürgen, die Vollmacht nach § 168 S. 2 BGB grundsätzlich jederzeit widerrufen. Ein vertraglicher Ausschluß des Widerrufsrechtes ist bei der Generalvollmacht unwirksam.²⁹³ Im Recht der Personengesellschaften besteht beispielsweise die Möglichkeit, die Vertretungsmacht des Geschäftsführers entziehen zu lassen.²⁹⁴

b) Höchstbetrag als Korrektiv weiter Sicherungszweckerklärungen

Vor der Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Jahr 1995 unterbreiteten Teile der Rechtslehre vielfach die Empfehlung, die Haftungserweiterung aufgrund weiter Zweckerklärungen durch die Angabe eines Haftungshöchstbetrages einzuschränken.²⁹⁵ Selbst jene Autoren, die weite Zweckerklärungen für wirksam hielten, bewerteten die Aufnahme eines

²⁸⁶ Vgl. u.a. Thelen DB 1991, 741, 743; Bydlinski WM 1992, 1301 f.

²⁸⁷ Vgl. Bydlinski WM 1992, 1301, 1304 f.

²⁸⁸ Berninghaus BB 1986, S. 206 - 213.

²⁸⁹ Staudinger/Horn, 12. Aufl. (1986), Kommentierung zu § 765 sowie § 767; ders. in FS Merz 217, 225.

²⁹⁰ Vgl. Berninghaus BB 1986, 206, 211; ebenso Staudinger/Horn, 12. Aufl. (1986), § 765 Rdz. 15, 48 sowie § 767 Rdz. 39; ders. in FS Merz 217, 225.

²⁹¹ Vgl. Bydlinski WM 1992, 1301, 1305.

²⁹² Horn EWiR § 765 BGB 3/86.

²⁹³ Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 168 Rdz. 6

²⁹⁴ Vgl. u.a. § 712 BGB, § 117 HGB

²⁹⁵ Vgl. u.a. Horn FS Merz 217, 222; Bydlinski WM 1992, 1301, 1304; Thelen DB 1991, 741; Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 3. Aufl., § 9 Rdz. B 212; Derleder NJW 1986, 97, der zur Begrenzung auf die bei Vertragsabschluß bestehende Kreditlinie abstellt.

Höchstbetrages wenn nicht als gesetzlich zwingende, so doch als sinnvolle Begrenzung. Der Höchstbetrag stelle einen wesentlichen Eckwert einer zukünftig auszugestaltenden Verbraucherbürgschaft dar.²⁹⁶ Und auch noch nach Änderung der Rechtsprechung im Jahre 1995 findet sich im Schrifttum die Forderung, anstelle der vom Bundesgerichtshof gewählten Problemlösung eine Haftungsbegrenzung in Form eines Höchstbetrages als interessengerechten Ausgleich gegen eine leistungsmäßige Überforderung des Bürgen bei Global- und Ehegattenbürgschaften aufzuerlegen. Die Bestimmung des Höchstbetrages habe sich danach -entsprechend der Freigabeklausel bei den Realsicherheiten- an objektiven Bezugsgrößen zu orientieren.²⁹⁷

c) Übernahme des Gedankens der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit in das Bürgschaftsrecht - Anwendung von § 307 Abs. 1 und 2 BGB, § 138 BGB ohne gesetzliches Leitbild

In Abgrenzung zur ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist auch in neuerer Zeit vorgeschlagen worden, in Anlehnung an die Übersicherungsproblematik und den erweiterten Eigentumsvorbehalt allein auf § 307 Abs. 1 und 2 BGB sowie bei einer Individualbürgschaft auf § 138 BGB abzustellen. Die Wirksamkeit von Globalbürgschaften und deren Zulässigkeit solle von der Aufnahme eines Höchstbetrages abhängig gemacht werden. Dies müsse jedenfalls dann gelten, wenn kein objektiver Anlaß für die Verbürgung vorlag. In beiden Fällen würden eine oder eben auch mehrere Forderungen besichert, woraus jeweils die Gefahr resultiere, daß der Umfang der zu sichernden Forderungen unüberschaubar werde. Gerade den Gedanken der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Argument gegen die Übersicherungen²⁹⁸ soll auch bei der Globalbürgschaft zum Tragen kommen können. Denn ein Bürge, der sich für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen verbürgt habe, werde bei einer Eigenkreditaufnahme den Umfang seiner Bürgenverpflichtung nicht angeben können, wodurch die Darlehensaufnahme unter Umständen scheitern könne.²⁹⁹

d) Verletzung des Transparenzgebotes in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB

Einer Meinung zufolge³⁰⁰ soll sich aus der EG-Richtlinie 93/13/EWG vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen ein

²⁹⁶ Vgl. Klanten WM 1993, 2196, 2198.

²⁹⁷ Vgl. Schröder, Interessengegensätze beim Personalkredit in der Bankenpraxis, S. 134 f., 140.

²⁹⁸ Vgl. u.a. BGH WM 1977, 480; BGH NJW 1994, 861, 863.

²⁹⁹ Vgl. Schröder, Interessengegensätze beim Personalkredit in der Bankenpraxis, S. 132 ff.

³⁰⁰ Vgl. Reich NJW 1995, 1857, 1859 f.

Schutz des Bürgen vor unübersehbarer Haftungserweiterung ergeben. Artikel 5 der vorgenannten Richtlinie bestimmt, daß der Verwender verpflichtet ist, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen klar und durchschaubar darzustellen.³⁰¹ Diese Verpflichtung besteht jedoch nur im Rahmen des Möglichen.³⁰² Das Transparenzgebot, das bereits ein fester Bestandteil der Rechtsprechung zum AGB-Gesetz war,³⁰³ ist durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in den Gesetzestext aufgenommen worden. Nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, daß die vorformulierte Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Diese Anforderung an Allgemeine Geschäftsbedingungen beinhaltet als Einzelausprägung das Verständlichkeits- und das Bestimmtheitsgebot sowie das Täuschungsverbot.³⁰⁴ Es wird vertreten, daß infolge des Transparenzgebotes unbestimmte Globalhaftungsklauseln in Privatbürgschaften nur noch dann zulässig seien, wenn sie Höhe und Dauer der Bürgenverpflichtung eindeutig erkennen ließen.³⁰⁵ Ein über das schutzwürdige Sicherheitsbedürfnis der Bank hinausgehendes Ansinnen zur Übernahme einer unbeschränkten und somit unkalkulierbaren Haftung mit dem gesamten Vermögen sei zu ungewöhnlich, als daß ein Bürge damit rechnen müsse. Eine solche Haftungsübernahme stehe unter Hinweis auf die eingangs genannte EG-Richtlinie mit dem Klarheitsgrundsatz in Widerspruch, nach welchem dem Bürgen sein Haftungsrisiko der Höhe und der Dauer nach transparent gemacht werden müsse.³⁰⁶

e) Schutz des Bürgen durch 87/102/EWG vom 22.12.1986

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte³⁰⁷ und im Schrifttum³⁰⁸ wurde ausgehend von der EG-Richtlinie 87/102/EWG teilweise angenommen, daß das Verbraucherkreditgesetz, als Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht,³⁰⁹ auf Bürgschaften zumindest analog anwendbar sei. Danach gälten die, seit 01.01.2002 in der Vorschrift des § 492 BGB geregelten,³¹⁰ besonderen Anforderungen an Verbraucherdarlehensverträge. So müssten nach die-

³⁰¹ Vgl. BGHZ 106, 49; BGH NJW 2000, 651; BGH NJW 2001, 2014, 2016:

³⁰² BGH NJW 1993, 2054; BGH NJW 1998, 3114, 3116; Staudinger/Coester, 13. Aufl. (1998), § 9 Rdz. 139.

³⁰³ Vgl. BGHZ 106, 42 sowie 259; BGH NJW 1993, 2052; BGH NJW 1995, 254.

³⁰⁴ Vgl. Heinrichs FS Trinkner, S. 157, 166 f.

³⁰⁵ Vgl. Reich NJW 1995, 1857.

³⁰⁶ Vgl. Reich NJW 1995, 1857, 1859 f.

³⁰⁷ Vgl. LG Neubrandenburg NJW 1997, 2836; LG Köln WM 1998, 172.

³⁰⁸ Vgl. u.a. Bülow NJW 1996, 2889, 2892.

³⁰⁹ Mit dem am 01.01.1991 in Kraft getretenen Verbraucherkreditgesetz wurde die Richtlinie 87/102/EWG des Rates über Verbraucherkredite vom 22.12.1986 in nationales Recht umgesetzt.

³¹⁰ Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde die Materie des Verbraucherkreditgesetzes in das BGB integriert.

ser Ansicht, neben anderen den Darlehensnehmer schützenden Regelungen in den §§ 491- 498 BGB, der Nettodarlehensbetrag sowie der Gesamtbetrag der zur Tilgung des Darlehens zu entrichtenden Teilzahlungen schriftlich im Bürgschaftsvertrag aufgeführt werden.

Diese Auffassung ist jedoch spätestens durch ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 23.03.2000³¹¹ gegenstandslos geworden. Die EG-Richtlinie 87/102/EWG nennt zum einen in Art. 4 Abs. 3 in Verbindung mit Nr. 1 Ziffer 4 des Anhangs die Sicherheiten als wesentliche Bestimmungen des Kreditvertrages und enthält zum anderen keine ausdrückliche Bestimmung zur Regelung der Bürgschaft oder einer anderen Form der Sicherheitsleistung. Daraus hat der Europäische Gerichtshof geschlossen, daß der Bürgschaftsvertrag aus dem Geltungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen bleiben sollte und die Sicherheiten, die die Rückzahlung des Kredits absichern sollen, nur unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes berücksichtigt werden sollten. Bereits zuvor hatte der Bundesgerichtshof jedenfalls solche Bürgschaften aus dem Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes ausgeschlossen, die als Sicherheit für Forderungen bestellt werden, die kein Verbraucherkredit im Sinne des Gesetzes sind.³¹² Demgemäß fällt ein Bürgschaftsvertrag, der zur Sicherung der Rückzahlung eines Kredites geschlossen wird, auch dann nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie, wenn weder der Bürge noch der Kreditnehmer im Rahmen ihrer Erwerbstätigkeit gehandelt haben. Diese Rechtsauffassung hat der Europäische Gerichtshof in der vorgenannten Entscheidung für Bürgschaften im allgemeinen bestätigt. Im übrigen fehlt es bei der Bürgschaft für die Anwendung der Vorschrift des § 491 BGB an dem Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit.³¹³

2. Stellungnahme

a) Das Bestimmtheitsmerkmal im Bürgschaftsrecht im Schrifttum und in der älteren Rechtsprechung

aa) Verletzung allgemeiner privatrechtlicher Anforderungen an die Bestimmtheit vertraglicher Vereinbarungen

Grundsätzlich ist ein Bestimmtheitsgrundsatz nur im Sachenrecht bzw. im Schuldrecht bei den abstrakten Verfügungen, wie beispielsweise bei der Sicherungszession, anerkannt. So setzt insbesondere auch eine Sicherungs-

³¹¹ EuGH ZIP 2000, 574.

³¹² Vgl. BGH WM 1998, 1120, 1121.

³¹³ Vgl. Palandt/Putzo, BGB, § 491 Rdz. 12.

übereignung die Bezeichnung der übereigneten Sachen im Vertrag voraus. Bloße Bestimmbarkeit ist insoweit nicht ausreichend.³¹⁴ Dieses Bestimmtheiterfordernis dient der Rechtsklarheit und damit der Sicherheit im Rechtsverkehr³¹⁵ und folglich dem Schutz dritter Personen. So soll bei der Sicherungsübereignung der Umfang des Sicherungsgutes für den Konfliktfall, also insbesondere in der Insolvenz und beim Vollstreckungszugriff anderer Gläubiger, möglichst klar gekennzeichnet sein.³¹⁶ Im Bürgschaftsrecht werden hingegen durch eine weniger genaue Bezeichnung der Hauptforderung des Bürgschaftsvertrages weder die Rechte Dritter noch die Sicherheit des Rechtsverkehrs im übrigen beeinträchtigt.³¹⁷ Vor allem ist der Bürge im Rahmen des Bürgschaftsvertrages nicht Dritter. Der Bestimmtheitsgrundsatz zum Schutz des Bürgen ist somit etwas anderes als derjenige im Sachenrecht.

Ein anderes Bestimmtheiterfordernis findet sich bei vertraglichen Schuldverhältnissen, deren Leistungsinhalt bestimmt oder zumindest bestimmbar sein muß.³¹⁸ Auch die Bedeutung dieser Voraussetzung liegt in den Erfordernissen des Rechtsverkehrs, da unter anderem der Schuldner bei der prozessualen Durchsetzung weder zu einer unbestimmten Leistung verurteilt werden kann, noch dieses Urteil im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzbar ist.³¹⁹ Auch hiermit hat der im Zusammenhang mit weiten Sicherungszweckerklärungen diskutierte Bestimmtheitsgrundsatz nichts zu tun. Denn selbst eine Bürgschaft für alle nur irgendwie erdenklichen Forderungen genügt den allgemeinen privatrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit des Leistungsinhaltes eines Schuldverhältnisses.³²⁰ Dies stellte der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 10.10.1957 fest, wonach die Leistung bestimmbar und mithin nicht unübersehbar ist, wenn sich die Bürgschaft auf Forderungen aus der Geschäftsbeziehung begrenzen läßt.³²¹

bb) Bestimmtheit der weitgefaßten Bürgschaftszweckerklärung im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB

Im Anschluß an die vorangehenden Ausführungen³²² ermangelt es weiten Zweckerklärungen auch nicht an der erforderlichen Bestimmtheit oder Ver-

³¹⁴ Vgl. RGZ 132, 183, 187; BGHZ 28, 16, 19; BGH NJW 1984, 803.

³¹⁵ Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 4 III 1; BGHZ 21, 52, 56.

³¹⁶ Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 57 II 2. b) bb) (2).

³¹⁷ So schon BGHZ 25, 318, 320.

³¹⁸ Zu diesem Grundsatz Esser/Schmidt, Schuldrecht I, AT, § 14 I.

³¹⁹ Brox, Allg. Schuldrecht, § 5 I.

³²⁰ Rimmelpacher WuB I F 1a-9.90; Graf Lambsdorff/Skora, Handbuch des Bürgschaftsrechts, Rdz. 126; BGHZ 130, 19, 22; Bydlinski WM 1992, 1301, 1304.

³²¹ BGH WM 1976, 248 f.; BGH WM 1977, 917; Graf v. Westphalen WM 1980, 1406, 1421; RGZ 97, 162 f.

³²² Vgl. 2., a), aa).

ständigkeit im Sinne des in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB geregelten Transparenzgebotes. Vorab ist festzustellen, daß die Formulierung weitgefaßter Zweckerklärungen weder unverständlich ist noch einen Anhaltspunkt für eine Täuschungsabsicht bietet. Die früher verbreitete Formulierung „die Bürgschaft wird zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Forderungen der Bank gegen den Hauptschuldner übernommen“ ist klar, verständlich und eindeutig. Dagegen wird das Transparenzgebot durch die Befürworter einer Anwendung auf weite Bürgschaftszweckerklärungen zu weit ausgelegt. In der Argumentation werden die Grenzen zwischen Missbräuchlichkeit, Transparenz und Überrumpelungseffekt nicht auseinander gehalten. Bereits die Annahme, daß eine weite Zweckerklärung stets über das schutzwürdige Sicherungsinteresse der Bank hinausgehen soll, kann nicht geteilt werden. Das Kreditinstitut kann bei einer auf Dauer mit dem Hauptschuldner angelegten Geschäftsverbindung grundsätzlich auch ein schutzwürdiges Interesse an der Sicherung künftiger Forderungen haben. Im weiteren bedarf es auch keiner weiteren Konkretisierung der Hauptforderungen, für die die Haftung übernommen wird. Durch die Formulierung „alle ... Forderungen“ werden der Umfang und die Grenzen der einbezogenen Hauptschulden unmissverständlich bezeichnet.³²³ Eine darüber hinaus gehende Einzelaufstellung der erfassten Hauptschulden wäre bereits hinsichtlich der künftigen Verbindlichkeiten aus der Geschäftsbeziehung des Schuldners zur Bank nicht durchführbar. Hierdurch würde der Rahmen des für den Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Möglichen, als Grenze des Transparenzgebotes, überschritten. Das Transparenzgebot hat jedoch nicht zum Ziel, die Übernahme künftiger Verbindlichkeiten, und damit auch deren Absicherung, grundsätzlich zu verbieten.

Da sich das im Bürgschaftsrecht befürwortete Bestimmtheitsprinzip somit nicht an die allgemeinen Bestimmtheitserfordernisse anlehnt, kann es nur aus den speziellen Vorschriften des Bürgschaftsrechts hergeleitet werden.

cc) Ableitung eines Bestimmtheitsgebotes aus den Vorschriften der §§ 765, 766 BGB

(1) Ableitung aus dem Wortlaut der Vorschrift in § 765 BGB

Nach dem Wortlaut von § 765 Abs. 2 BGB kann eine Bürgschaft auch für eine künftige oder bedingte Verbindlichkeit übernommen werden. Daraus folgt zunächst nur die Zulässigkeit der Bürgschaftsübernahme für Hauptschulden, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages noch nicht entstanden sind.³²⁴ Dagegen läßt sich der Vorschrift das vom Bundes-

³²³ A.A. Heinrichs FS Trinkner, S. 157, 167.

³²⁴ In diesem Sinne auch Horn FS Merz 217, 222.

gerichtshof in seiner älteren Rechtsprechung erkannte Bestimmtheitsgebot nicht ohne weitere Erklärung entnehmen. Es kommen nur zwei Möglichkeiten in Betracht. Entweder der Gesetzgeber beabsichtigte mit der Formulierung "eine künftige Verbindlichkeit" die Beschränkung des Umfangs der künftigen Verbindlichkeiten. Dann müßte es sich bei der Formulierung "eine" im Wortlaut der Vorschrift § 765 BGB³²⁵ um ein Zahlwort handeln. Wäre dies der Fall gäbe der Gesetzestext folgerichtig auch bereits die Anzahl der zulässigen künftigen Forderungen vor, nämlich "eine". Es ist in Literatur und Rechtsprechung jedoch seit jeher unbestritten, daß § 765 Abs. 2 BGB die Bürgschaft für mehrere, zukünftige Einzelverbindlichkeiten grundsätzlich nicht verbietet.³²⁶ Die im Wortlaut der Vorschrift verwendete Einzahl ist somit lediglich Ausdruck eines abstrahierenden Gesetzesstils.³²⁷ Bei anderen Vorschriften, die den Leistungsinhalt schuldrechtlicher Vertragsarten beschreiben, findet sich dieser Stil in gleicher Weise.³²⁸ Beispielsweise ist der Abschluß eines Kaufvertrages über mehrere Sachen oder Rechte selbstverständlich möglich, obwohl auch der Wortlaut von § 433 BGB hinsichtlich des Kaufgegenstandes ausschließlich den Singular aufweist. Die besseren Argumente sprechen somit für die Annahme, daß es sich bei der Formulierung in § 765 BGB lediglich um einen unbestimmten Artikel handelt, der keine Aussage über die zulässige Anzahl der zukünftigen Forderungen zuläßt.³²⁹

(2) Ableitung aus dem Wortlaut der Vorschrift in § 766 BGB

Einen gesetzlichen Hinweis auf das schützenswerte Interesse des Bürgen an einer bestimmbareren Konkretisierung des Haftungsrahmens vermag auch das Schriftformerfordernis in § 766 BGB³³⁰ nicht zu geben. Der Sinn und Zweck der Schriftform ist neben der Klarstellungs- und Beweisfunktion die Warnfunktion. Der Bürge soll das, was er erklärt, unterschreiben, damit er Gelegenheit hat, das, was über seiner Unterschrift steht, zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen. Hierin erschöpfen sich Sinn und Zweck dieser Vorschrift.³³¹ Für eine darüber hinausgehende Klarstellungsfunktion im Sinne einer besonderen Bestimmtheitsqualifikation finden sich weder im Wortlaut der Regelung selbst noch in den Gesetzesmaterialien Anhaltspunkte. Insbesondere unter Berücksichtigung von § 350 HGB wird offenkundig,

³²⁵ Vgl. ebenso § 1204 BGB für das Pfandrecht, § 1113 BGB für die Hypothek sowie über die Verweisung des § 1192 Abs. 1 BGB für die Grundschuld.

³²⁶ So auch Reinicke/Tiedtke JZ 1986, 426, 428.

³²⁷ Bruchner WuB I F 1a.-6.86.

³²⁸ Klanten WM 1993, 2196, 2198.

³²⁹ Vgl. auch Rehbein in FS Heinsius, S. 659, 662.

³³⁰ So aber BGHZ 25, 318, 320 f.; BGH NJW 1990, 1909, 1910; OLG Stuttgart WM 1991, 1255, 1256; ebenso Bydlinski WM 1992, 1301, 1304 f., der dieses Argument allerdings im weiteren selbst entkräftet.

³³¹ Vgl. auch noch in der 1. Auflage Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, Rdz. 11 f.

daß es sich dabei um zwei voneinander zu trennende Risiken handelt. Danach findet die Formvorschrift des § 766 S. 1 BGB auf eine Bürgschaft, die auf der Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, keine Anwendung. Das Bestimmtheitsgebot wird von allen Vertretern abstrakt verstanden, so daß von den Erwägungen auch Kaufleute nicht ausgenommen sein sollen.³³² Dann müßte das Gebot aber auch eine von den in § 766 BGB geregelten schützenswerten Interessen unabhängige Grundlage haben.

dd) Ableitung eines Bestimmtheitsgrundsatzes aus der Gesamtheit aller bürgenschützenden Vorschriften

Die These von der Ableitung des Bestimmtheitsgrundsatzes aus der Summe aller bürgenschützenden Regelungen setzt voraus, daß dieser Grundsatz weder ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, noch einer einzelnen Vorschrift durch Auslegung entnommen werden kann. Stattdessen handelt es sich um eine von dem begehrten Ergebnis einer Haftungsbeschränkung hergeleitete Ergänzung der bürgenschützenden Bestimmungen.³³³ Die mangelnde rechtliche Grundlage dieser Ansicht wird auch in neuerer Zeit deutlich, da die Autoren zwar die Vorschrift in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB als Anknüpfungspunkt ablehnen, jedoch ohne eingehende Erklärung jedenfalls die Anwendung des § 307 Abs. 1 und 2 BGB mit folgender Begründung befürworten: "Die Rechtsordnung kann nicht hinnehmen, daß Kreditinstitute die Bürgen, die oft aus altruistischen Erwägungen handeln und durch die Übernahme der Bürgschaft ohnehin ein erhebliches Risiko eingehen, formularmäßig mit einem Risiko belastet werden, das uferlos, nicht übersehbar und nicht kalkulierbar ist..."³³⁴ Die Argumentation ist zwar nachvollziehbar, ersetzt indes nicht eine rechtliche Begründung.

Gegen diesen Ansatz spricht somit vor allem, daß er im Gesetz letztlich keinen Rückhalt findet. Es wird weder geprüft, aus welchen Gründen der Gesetzgeber einen Bestimmtheitsgrundsatz in der fraglichen Form nicht ausdrücklich normiert hat, noch ob dies in Kenntnis oder aber in Unkenntnis der Möglichkeit einer haftungserweiternden Bürgschaftsabrede geschah. Soweit die Autoren das Leitbild des Gesetzes in der Übernahme der Bürgschaft für eine bestimmte Forderung sehen,³³⁵ handelt es sich um eine nicht näher belegte Unterstellung. Dieser ist entgegenzuhalten, daß die Gesetzesmaterialien ebenso den Schluß zulassen, daß die Verfasser des Gesetzes bei der Abfassung der Regelungen zum Bürgschaftsrecht auch die Möglichkeit der Sicherung einer Mehrzahl künftiger Ansprüche vor Augen hatten.³³⁶ Vor

³³² Vgl. im weiteren Bydlinski WM 1992, 1301, 1304 f.

³³³ Vgl. Reinicke/Tiedtke JZ 1986, 426, 430.

³³⁴ Vgl. Reinicke/Tiedtke; Kreditsicherung durch Schuldbeitritt, Bürgschaft u.a., Rdz. 412 sowie zuvor 410 ff.

³³⁵ Vgl. Reinicke/Tiedtke JZ 1986, 426, 430.

³³⁶ Vgl. Mugdan, Bd. 2, 681.

einem Rückgriff auf allgemeine Erwägungen müßte diese Annahme zuerst widerlegt werden. Dies ist bisher nicht geschehen.

b) Keine Übertragbarkeit des Gedankens der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit auf das Bürgschaftsrecht

Eine Übertragung der Grundgedanken in der Rechtsprechung zum erweiterten Eigentumsvorbehalt auf die Globalbürgschaft³³⁷ ist aus mehreren Gründen nicht überzeugend.

Zum einen fehlt es an der Vergleichbarkeit von fiduziarischen Realsicherheiten mit dem Sicherungsmittel der Bürgschaft. Beide Sicherungsformen sind durch das Gesetz grundsätzlich verschieden angelegt. Die Realsicherheit gewährt dem Gläubiger ein dingliches Recht an einem bestimmbareren Vermögensgegenstand des Schuldners oder eines anderen Sicherungsgebers. Gegenstand der Sicherheit ist eine Sache oder ein Recht.³³⁸ Der Haftungsgegenstand ist somit auf eine Sache oder ein Recht begrenzt. Dagegen erfaßt die unbeschränkte Haftung der Personalsicherheit Bürgschaft von vornherein das gesamte Vermögen des Sicherungsgebers, soweit es der Zwangsvollstreckung unterworfen ist. Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Sicherungsgebers wird folglich bei der Bürgschaft bereits ex legem nur im Rahmen der Vollstreckungsgrenzen und -verbote geschützt. Der Erhalt der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Anlaß der Rechtsprechung zum erweiterten Eigentumsvorbehalt läßt sich daher nicht, jedenfalls nicht ohne weitere Begründung, auf die Globalbürgschaft übertragen. Die Bürgschaft ist im Gesetz ohne Hinzutreten erweiternder Haftungsvereinbarungen als risikoreiche und in die wirtschaftliche Situation des Sicherungsgebers weitgehend unbeschränkt einschneidende Sicherheit konzipiert. Es führt daher zu einer Aushöhlung des Sicherungsmittels Bürgschaft, so wie sie im Gesetz angelegt ist, wenn regelmäßig die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Bürgen als gesetzesimmanente Grenze hinzutrate.

Ferner sind die in Bezug genommene wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Bürgen in Form eigener Kreditwürdigkeit einerseits und die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit im Rahmen der Sicherungszession andererseits nicht identisch. Der Eigentumsvorbehalt ist das Sicherungsmittel der Warenkreditgeber.³³⁹ Infolgedessen ist auch gerade der erweiterte Eigentumsvorbehalt ein typisches Sicherungsmittel des gewerblichen Bereichs. Der Schutz der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Sicherungsgebers spielt in diesem Rahmen somit vor allem auch für das Funktionieren des Handels im allge-

³³⁷ Vgl. hierzu die im 3. Teil, B., II., 1., c) dargelegte Theorie von Schröder, Interessengegensätze beim Personalkredit in der Bankenpraxis, S. 132 ff.

³³⁸ Weber, Kreditsicherheiten, Recht der Sicherungsgeschäfte, § 2 II.

³³⁹ Weber, Kreditsicherheiten, Recht der Sicherungsgeschäfte, § 9.

meinen eine Rolle. Der zumeist privaten wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Bürgen fehlt hingegen eine vergleichbare übergeordnete Bedeutung.

Schließlich bezweckte die ältere Rechtsprechung zur Übersicherungsproblematik einen Schutz des Sicherungsgebers vor Gefahren, die bei der Bürgschaft aufgrund der gemäß § 767 Abs. 1 S. 1 BGB streng akzessorischen Ausgestaltung erst gar nicht auftreten. Die Bürgschaft richtet sich nach dem Bestand der Hauptforderung. Sie kann also, bezogen auf den Zeitpunkt der Inanspruchnahme, im Gegensatz zu dinglichen Sicherheiten deren Wert nicht übersteigen.³⁴⁰ Denn während die nicht akzessorischen Realsicherheiten nicht automatisch mit Erlöschen der zu sichernden Verbindlichkeiten an den Sicherungsgeber zurückfallen, sondern eines weiteren Übertragungsaktes bedürfen,³⁴¹ besteht diese Problematik bei der Bürgschaft nicht. Der Bürge wird automatisch in dem Umfang frei, in dem die zu sichernde Hauptschuld nicht mehr besteht.

III. Entwicklung und Inhalt der mit Urteil vom 18.05.1995 – IX ZR 108/94 begründeten Rechtsprechung

1. Annahme einer Überrumpelungswirkung im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB im Grundschuldrecht

Die Kreditinstitute hatten auch im Geschäftsbereich der Sicherung von Krediten durch Eintragung einer Grundschuld Formularverträge verwendet, die hinsichtlich des weitgefaßten Sicherungsgegenstandes nahezu wortgleich mit den bei Bürgschaften verwendeten Verträgen waren. Für die Änderung der Rechtsprechung zu weitgefaßten Zweckklauseln im Bürgschaftsrecht wurden die Grundlagen im Grundschuldrecht in Form der durch den V. Zivilsenat im Jahr 1982³⁴² begründeten sogenannten Anlaßrechtsprechung gelegt. Danach soll eine formularmäßige Zweckerklärung im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB³⁴³ überraschend sein, wenn sie den Sicherungsbereich über den durch den Anlaß des Geschäftes bestimmten Rahmen hinaus in einem nicht zu erwartenden Umfang erweitere.³⁴⁴ Derjenige, der eine Grundschuld zur Sicherung einer bestimmten Forderung bestelle, müsse nicht damit rechnen, daß die Grundschuld auch für ungewisse, seiner

³⁴⁰ Vgl. auch BGH NJW 1994, 1796, 1798.

³⁴¹ Allerdings verneint der BGH seit 1996 selbst in diesen Fällen ein erweitertes Schutzbedürfnis des Sicherungsgebers, da die Pflicht zur Rückübertragung vertragsimmanent ist und keiner gesonderten vertraglichen Regelung bedarf, BGH NJW 1998, 671 ff.

³⁴² Vgl. BGHZ 83, 56 ff.

³⁴³ Für die noch aus dem Jahre 1966 stammende Grundschuldvereinbarung zog das Gericht § 242 BGB heran, bis zum Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 01.01.2002 war sodann § 3 AGBG einschlägig.

³⁴⁴ Vgl. BGHZ 83, 56 ff.

Kenntnis und Einflußnahme entzogenen Schulden eines Dritten haften sollte.³⁴⁵ Nur die Hauptschuld, die Anlaß für die Bestellung der Grundsschuld war, könne ohne weiteres durch ein Formular in die Sicherungsabrede einbezogen werden und bestimme deren Rahmen.³⁴⁶ Hingegen liegt nach dieser Rechtsprechung dann kein Überrumpelungseffekt vor, wenn Sicherungsgeber und persönlicher Schuldner identisch³⁴⁷ oder wenn beide persönlich und wirtschaftlich eng verbunden sind³⁴⁸. Auch die Voraussetzungen von § 307 Abs. 1 und 2 BGB werden abgelehnt. Art und Umfang der schuldrechtlichen Zweckbindung einer Grundsschuld sind nicht gesetzlich geregelt, sondern unterliegen, in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB, freier Vereinbarung. Aus diesem Grund könne sich keine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ergeben.³⁴⁹ Schließlich wurde in der Folgezeit die Sicherung von Kontokorrentkrediten aufgrund der spezifischen Anlage der gegenständlichen Kredite von den Leitsätzen der Anlaßrechtsprechung ausgenommen.³⁵⁰

2. Übernahme der Anlaßrechtsprechung für den Bereich der Ratenkredite

Nachdem die Anlaßrechtsprechung Einzug in das Grundsschuldrecht gehalten hatte, finden sich zunächst nur in den Entscheidungen der Oberlandesgerichte Versuche, diese Grundsätze auf das Bürgschaftsrecht zu übertragen.³⁵¹ Erst im Jahre 1994 übernahm der XI. Senat des Bundesgerichtshofes dann die Anlaßrechtsprechung zur Grundsschuld nebst der hierzu entwickelten Ausschlußtatbestände, für vorformulierte Bürgschaftsvereinbarungen, die zur Sicherung eines Ratentilgungsdarlehens bestellt werden. Um eine Divergenz zur Rechtsprechung des IX. Zivilsenats zu vermeiden, beschränkte der Senat seine Rechtsprechung auf die Sachverhalte, in denen ein bestimmtes Tilgungsdarlehen gewährt worden war.^{352 353} Zur Begründung führte das Gericht in dem Urteil aus, daß ein Bürge nicht weniger schutzwürdig sei, als der Besteller einer Sicherungsgrundsschuld, zumal der Bürge

³⁴⁵ Vgl. BGH NJW 1992, 1822, 1823.

³⁴⁶ Vgl. BGHZ 83, 56, 59.

³⁴⁷ Vgl. BGHZ 83, 56, 59; fortgeführt durch den XI. Zivilsenat, vgl. neben anderen WM 1997, 1280 ff.

³⁴⁸ BGH WM 1987, 802.

³⁴⁹ Vgl. BGHZ 100, 82, 84; abweichend OLG Karlsruhe NJW 1986, 136 f.; BGH WM 1991, 1748, 1750; BGH NJW 1987, 2228 f.

³⁵⁰ Vgl. BGH NJW 1987, 946.

³⁵¹ Vgl. OLG Hamm WM 1985, 1221, 1222; OLG Düsseldorf WM 1984, 82, aufgehoben durch BGH NJW 1985, 848; OLG Karlsruhe WM 1993, 787, 788; OLG Stuttgart EWiR § 766 BGB 1/85, 155; OLG Nürnberg WM 1991, 985.

³⁵² Vgl. BGH WM 1994, 1242 ff.; der Senat hatte zuvor bereits die Anlaßrechtsprechung bei der Beurteilung weiter Sicherungszweckerklärungen im Grundsschuldrecht fortgeführt, vgl. u.a. BGH WM 1991, 1748 ff.; BGH NJW 1992, 1822 ff.

³⁵³ Vgl. dazu auch Reinicke/Tiedtke, BürgschaftsR, Rdz. 374; Tiedtke ZIP 1995, 521, 531.

mit seinem ganzen Vermögen hafte. Der Überraschungseffekt liege in einem solchen Fall ebenso wie bei der Bestellung einer Grundschuld mit formulärmäßig weiter Zweckerklärung in dem Widerspruch zwischen der durch den besonderen Anlaß der Bürgschaftsübernahme zutage getretenen Zweckvorstellung des Bürgen und der davon in einem nicht zu erwartenden Ausmaß abweichenden Reichweite der vorformulierten Bürgschaftserklärung.

3. Kehrtwende in der Rechtsprechung zu Bürgschaften für Kontokorrentkredite seit BGH, Urteil vom 18.05.1995 - IX ZR 108/94

Mit seiner Grundsatzentscheidung vom 18.05.1995³⁵⁴ hat sich der für das Bürgschaftsrecht zuständige IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes der Anlaßrechtsprechung zu § 305 c Abs. 1 BGB angeschlossen und darüber hinaus gehend auch § 307 Abs. 1 und 2 BGB für anwendbar erklärt. Dies hat in Anwendung von § 306 Abs. 1 BGB zur Folge, daß der Vertrag trotz unwirksamer Klausel erhalten bleibt. An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt eine Abrede, die die Haftung des Bürgen nach dem mit seiner Erklärung verbundenen Anlaß eingrenzt. Dieser richtet sich nach dem erkennbar gewordenen Sicherungsbedürfnis des Gläubigers im Zeitpunkt der Haftungsübernahme³⁵⁵ Die mit diesem Urteil begründete Jurisdiktion wurde in der Folgezeit weiterentwickelt und zur ständigen Rechtsprechung gemacht.³⁵⁶

a) Gesetzliches Leitbild der Vorschrift des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB

Grundlage der neuen Rechtsprechung ist die Annahme, daß § 767 Abs. 1 S. 3 BGB für das Bürgschaftsrecht ein gesetzliches Leitbild enthält. Der Senat entnimmt der Norm, wonach die Bürgenverpflichtung nicht durch ein nachträgliches Rechtsgeschäft des Hauptschuldners erweitert wird, die zum Bestimmtheitserfordernis hinzutretende Voraussetzung einer summenmäßigen Begrenzung der Bürgschaft. Das in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB normierte Verbot der Fremddisposition bezwecke den elementaren Schutz der Privatautonomie des Bürgen. Aus diesem Grund solle § 767 Abs. 1 S. 3 BGB den Bürgen davor bewahren, ohne sein Einverständnis durch unkontrollierbare, eigenmächtige Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners und des Gläubigers,

³⁵⁴ BGH WM 1995, 1397 ff.

³⁵⁵ Vgl. BGH WM 1995, 1397, 1402; BGH BB 1998, 238.

³⁵⁶ Vgl. BGH ZIP 1995, 1888 ff.; BGH ZIP 1996, 222 ff.; BGH ZIP 1996, 702 ff.; BGH ZIP 1996, 1289 ff.; BGH WM 1996, 1391 ff.; BGH WM 1996, 436 ff.; BGH ZIP 1996, 457 ff.; BGH NJW 1996, 1470 ff.; BGH NJW 1997, 3230 ff.; BGH ZIP 1998, 1349 ff.; BGH ZIP 1998, 1868 ff.; BGH WM 1998, 67 ff.; vgl. auch OLG Rostock WM 1995, 1533; OLG Köln WM 1996, 1676; OLG Stuttgart ZIP 1996, 1508 ff.; OLG Düsseldorf WuB I F 1a. - 8.97; OLG München WuB I F 1a. - 7.97; OLG Hamm WM 1997, 1375 ff.; BGH NJW 1998, 450 ff.; OLG München WM 1998, 1966 ff.

als Dritte, in eine unübersehbare Haftung zu geraten.³⁵⁷ Denn gerade die durch die vorbeschriebene Haftungserweiterung für den Bürgen entstehenden unkalkulierbaren Haftungsrisiken widersprächen der Privatautonomie.³⁵⁸

b) Überrumpelungswirkung im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB bei Kontokorrentkrediten

Ausgehend von § 767 Abs. 1 S. 3 BGB als gesetzliches Leitbild, greift das Urteil die Kritik im Schrifttum an der bis dahin vertretenen Rechtsprechung sowie die Grundsätze der Anlaßrechtsprechung auf. Es bestätigt demgemäß die Möglichkeit, daß eine Klausel, durch die ein Bürge alle bestehenden und künftigen Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung gegen den Schuldner absichert, grundsätzlich überraschend im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB sein könne.³⁵⁹ Und zwar dann, wenn der Anlaß für die Bürgschaftsübernahme nur ein bestimmter Anspruch des Kreditinstituts gegenüber dem Hauptschuldner sei und die Haftungserweiterung über diesen Anlaß hinausgehe oder der Bürgschaft durch die Klausel ohne jede betragsmäßige Beschränkung sämtliche Verbindlichkeiten aus der Geschäftsverbindung unterlegt würden. Mit einer derartigen Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB rechne der Bürge im allgemeinen nicht und brauche dies auch nicht.³⁶⁰ Gegenstand der Haftungserweiterung sollen dabei Erweiterungen der Haftung durch Überschreitungen des Kreditlimits, Umschuldung und Begründung weiterer, von der Bürgschaft erfaßter, Verbindlichkeiten sein. Es liege zwar in der Natur eines Kontokorrentkredites, daß die künftige Höhe der Hauptschuld jeweils erst durch die Rechnungsabschlüsse bestimmt werde. Der Bürge müsse jedoch nicht damit rechnen, daß er über die im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme bestehende Kreditlinie hinaus für die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners einzustehen habe. Denn durch die Kreditlinie habe die kreditgebende Bank ihr Risiko auf einen bestimmten Betrag begrenzt. Darüber hinaus bestehe kein Kreditgewährungsanspruch des Schuldners.³⁶¹ Dulde der Kreditgeber eine Überschreitung dieses Rahmens liege darin ein neuer Kredit außerhalb des Anlasses. Der überraschende Charakter entfalle aufgrund der subjektiven Wertung des § 305 c Abs. 1 BGB nur dann, wenn sich der Bürge bei Übernahme der Bürgschaft über die Höhe der übernommenen Schulden keine Vorstellungen mache und somit die Bürgschaftsübernahme nicht anlaßbezogen erfolge.³⁶² Ferner lägen die Voraussetzungen von § 305 c Abs. 1 BGB nicht vor, wenn es sich bei dem Bürgen um eine mit der Bankpraxis vertraute Person handele.³⁶³

³⁵⁷ BGH WM 1995, 1397, 1401.

³⁵⁸ BGH WM 1995, 1397, 1401.

³⁵⁹ Obwohl der Senat das Eingreifen des § 3 AGBG im konkreten Fall letztlich offen ließ, vgl. BGH WM 1995, 1397, 1401.

³⁶⁰ Vgl. BGH WM 1995, 1397, 1399 f.

³⁶¹ BGH WM 1995, 1397, 1399 f.

³⁶² BGH WM 1996, 436.

³⁶³ BGH WM 1995, 1397, 1400.

c) Unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB

aa) Teilbarkeit der Zweckerklärung in Haupt- und Nebenleistungspflicht

Nach § 307 Abs. 3 BGB können die Absätze 1 und 2 der Vorschrift nur dann herangezogen werden, wenn durch die zu prüfende Vertragsklausel von Rechtsvorschriften abgewichen wird oder aber diese ergänzt werden. Bis zu der Entscheidung vom 18. Mai 1995 hatte das Gericht die Anwendbarkeit der Generalklausel in § 307 Abs. 1 BGB noch an Abs. 3 scheitern lassen, da der Inhalt weitgefaßter Bürgschaftserklärungen nicht von den Rechtsvorschriften der §§ 765, 767 f. BGB abweiche.³⁶⁴ Nunmehr nahm das Gericht indes einen Widerspruch zu dem in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB erkannten Leitbild an, wenn sich jemand ohne Beschränkung für die künftigen Verbindlichkeiten eines anderen verbürgt. Die weite Bürgschaftsverpflichtung beschreibe nämlich nicht lediglich die Hauptleistungspflicht, deren Ausgestaltung einer Überprüfung der §§ 305 ff. BGB entzogen wäre. Vielmehr sei die weitgefaßte Vereinbarung teilbar. Die Hauptleistung des Bürgen bestehe in der Übernahme der Bürgschaft für die Forderung, deren Sicherung den Anlaß für die Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung gebildet habe. Dagegen stelle die Abrede, daß sich die Bürgschaft auch auf andere bereits bestehende und künftig noch entstehende Verbindlichkeiten des Hauptschuldners erstrecke, eine Nebenabrede dar.³⁶⁵

bb) Unangemessene Benachteiligung des Bürgen

Die beschriebene³⁶⁶ Hauptleistung werde durch die Erstreckung auf andere, gegenwärtige oder künftige Verbindlichkeiten unter Abweichung von der Vorschrift des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB erweitert und der Bürge hierdurch unangemessen benachteiligt.³⁶⁷ Die in der Vorschrift von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB beschriebene Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ergebe sich bei der zu beurteilenden Klausel aus dem Verbot der Fremddisposition in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB. Gleichzeitig würden durch diese Vereinbarung wesentliche Rechte des Bürgen so eingeschränkt, daß, wie durch § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB vorausgesetzt, die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet sei. Zur Begründung wird ausgeführt, daß dem Bürgen durch die weite Zweckerklärung ein unkalkulierbares Risiko zugemutet werde, da er die Entstehung und ordnungsgemäße Tilgung neuer Schulden nicht beeinflussen könne. Seine Haftung könne sich folglich auf ein Vielfaches dessen belaufen, womit er gerechnet habe und wodurch ihm

³⁶⁴ Vgl. z.B. BGH WM 1985, 155, 156; BGH WM 1986, 95, 96; BGH WM 1987, 924.

³⁶⁵ BGH WM 1995, 1397, 1401.

³⁶⁶ Vgl. im vorausfolgenden 3. Teil, B, III., 3., c), aa).

³⁶⁷ Vgl. BGH WM 1995, 1397, 1401.

unter Umständen der Ruin drohen könne. Demgemäß würde das bei der Bürgschaft wegen § 767 Abs. 1 S. 3 BGB vertragswesentliche Verbot der Fremddisposition ausgehöhlt.³⁶⁸

d) Anlaß der Bürgschaftsübernahme als Haftungsobergrenze, Höchstbetragsbürgschaften

Für die Ermittlung der Obergrenze der Bürgschaftsverbindlichkeit soll es bei einem Kredit in laufender Rechnung auf das Kreditlimit im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme als objektiven Sicherungsanlaß ankommen. Müsse der Bürge aufgrund formularmäßiger Haftungserweiterung für neue Kredite eintreten, die der Kreditgeber unter Überschreitung der im Zeitpunkt der Verbürgung abgesprochenen Kreditlinie ohne Zutun des Bürgen ausgereicht hat, sei dies weder mit dem gesetzlichen Leitbild des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB noch mit dem Vertragszweck der Bürgschaft zu vereinbaren.³⁶⁹

War der Kontokorrentkredit, in einem für die Praxis allerdings untypischen Fall,³⁷⁰ nicht mit einer Kreditlinie versehen, sondern liegt ein betragsmäßig offener Kredit vor, soll auf den Saldo der Hauptschuld am Tage der Bürgschaftserklärung als Anlaß des Sicherungsbegehrens des Gläubigers abzustellen sein. Der Anlaß richte sich prinzipiell nach dem erkennbar gewordenen Sicherungsbedürfnis des Gläubigers im Zeitpunkt der Haftungsübernahme unter Wahrung des Verbots der Fremddisposition. Ein nachfolgender gegenüber dem Tagessaldo niedrigerer Rechnungsabschluß verringere die Bürgschaftsschuld hingegen nicht mehr.^{371 372}

Die vorgenannten Grundsätze wurden in der weiteren Rechtsprechung auf Bürgschaften erstreckt, die auf einen Höchstbetrag begrenzt sind.³⁷³ Auch bei Höchstbetragsbürgschaften bilde das aktuelle Sicherungsbedürfnis des Gläubigers die Obergrenze. Vertragswesentliche Rechte des Bürgen würden nämlich nicht nur dadurch ausgehöhlt, daß er für einen höheren Betrag hafte, als es dem Anlaß seiner Bürgschaftsübernahme entspreche, sondern auch aus dem Grund, daß er für andere als die veranlaßten Verbindlichkeiten eintreten müsse. Denn deren Tilgungsdauer oder zusätzliche Besicherung könne ebenso abweichen wie der Zweck einschließlich des damit verbundenen

³⁶⁸ Vgl. BGH WM 1995, 1397, 1401.

³⁶⁹ Vgl. BGH WM 1995, 1397, 1402.

³⁷⁰ Vgl. Wagenknecht Anm. zu OLG Düss, Urt. vom 14.11.1996 (6 U 246/95) und OLG Schleswig, Beschl. vom 2.10.1996 in WuB I F 1 a. - 8.97.

³⁷¹ Vgl. BGH WM 1998, 67, 68.

³⁷² Der BGH hob dadurch ein Urteil des OLG Düsseldorf auf. Das OLG ging aufgrund der von Anfang an fehlenden betragsmäßigen Beschränkung der Hauptschuld von der Unteilbarkeit der unwirksamen Klausel aus und gelangte folglich zur Unwirksamkeit des gesamten Bürgschaftsvertrages, vgl. OLG Düss WuB I F 1 a. - 8.97.

³⁷³ Vgl. n.a. BGH NJW 1996, 1470 ff., BGH WuB I F 1 a. - 18.96.

Ausfallrisikos. Zudem könne sich die Bonität des Hauptschuldners in der Zeit nach der Übernahme der Bürgschaft verschlechtern.³⁷⁴

e) Sachverhalte, die von der Rechtsprechung zu weitgefaßten Bürgschaftszweckerklärungen ausgenommen sind

aa) Kurzfristige Erhöhung der Hauptschuld und summenmäßige Begrenzung

Nach der Rechtsprechung soll es unschädlich sein, wenn das Kreditlimit zwischenzeitlich über die im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme bestehende Grenze heraufgesetzt wurde. In diesem Fall einer summenmäßig begrenzten Bürgschaft, sei der Kontokorrentkredit ungeachtet der Erhöhung des Limits als einheitliche Hauptschuld anzusehen. Gegenstand und Umfang der künftigen Forderungen seien in diesem Fall bereits hinreichend bestimmt gewesen. Der Bürge habe also dennoch für die bei Eintritt des Sicherungsfalls noch bestehende Restschuld zu haften, soweit diese den Betrag des ursprünglichen Kreditlimits nicht überschreite.³⁷⁵

bb) Wirksame individualvertragliche Haftungserweiterung

Der IX. Zivilsenat hat den Anwendungsbereich seiner Rechtsprechung ausdrücklich auf Haftungserweiterungen in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen beschränkt. Werde eine gleichlautende Sicherungszweckerklärung individualvertraglich vereinbart, genüge sie den Erfordernissen der Bestimmtheit und könne folglich nicht beanstandet werden.³⁷⁶

cc) Personen, die auf die Entstehung der Hauptverbindlichkeiten Einfluß nehmen können

Die formularmäßige Erweiterung der Haftung auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten soll einen für die Hauptschuld der Gesellschaft bürgenden Geschäftsführer, Allein- oder Mehrheitsgesellschafter der Hauptschuldnerin nicht überraschen. Er könne Art und Höhe ihrer Verbindlichkeiten bestimmen, so daß er des Schutzes der Vorschrift des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB nicht bedürfe.^{377 378} Ferner seien auch die Kaufleute des Banken- und

³⁷⁴ BGH NJW 1996, 1470, 1472.

³⁷⁵ Vgl. BGH NJW 1996, 1470, 1472.

³⁷⁶ Vgl. BGH WM 1995, 1397, 1398.

³⁷⁷ BGH WM 1995, 1397, 1399 f.; BGH ZIP 1997, 449.

Versicherungsgewerbes von dem Schutzbereich des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB ausgenommen.³⁷⁹

IV. Diskussion der Beschränkung weitgefaßter Bürgschaftszweckvereinbarungen nach der gegenwärtigen Rechtsprechung

1. Übertragbarkeit der Anlaßrechtsprechung auf die Bürgschaft - Ausnahmen von dem Leitbild in der geänderten Rechtsprechung

a) Übertragbarkeit der Anlaßrechtsprechung zur Grundsuld auf das Bürgschaftsrecht

Der Bundesgerichtshof hat mit seiner Entscheidung vom 18.05.1995 die im Grundschuldrecht entwickelte Anlaßrechtsprechung, die sich allein auf § 305 c Abs. 1 BGB stützt, in das Bürgschaftsrecht übernommen. Wegen der zwischen den beiden Sicherungsmitteln Grundschuld und Bürgschaft bestehenden Unterschiede stellt sich jedoch die Frage, ob der darin liegende Ansatz der neueren Rechtsprechung nachvollziehbar ist oder ob die Judikatur bereits an dieser Stelle rechtlichen Bedenken unterliegt.^{380 381}

³⁷⁸ Dieser Ausschluß greift offenbar das im Grundschuldrecht herangezogene Kriterium der engen persönlichen und wirtschaftlichen Verbundenheit auf, vgl. hierzu 3. Teil, B., III., 1.

³⁷⁹ So aber BGH ZIP 1998, 1868, 1870.

³⁸⁰ Nach ständiger Rechtsprechung soll die formularmäßig vereinbarte Erstreckung des Sicherungszwecks einer Grundschuld auf alle künftigen Forderungen des Gläubigers gegen einen mit dem Sicherungsgeber nicht identischen Kreditnehmer der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB entzogen sein, vgl. noch vor dem Grundsatzurteil vom 18.05.1995: BGH, Urteil vom 28.03.1995 in WM 1995, 790 ff.; nach Änderung der Rechtsprechung zur Bürgschaft bestätigt durch BGH WM 1996, 2233, 2234; BGH WM 1997, 1615 f.; im Schrifttum wird dagegen von einigen Autoren eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB auch für die Grundschuld befürwortet, vgl. u.a. Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-G, Anh. §§ 9-11 Rdz. 663; Schmitz-Valckenberg DNotZ 1996, 492, 496 f. Aus diesem Grund beschränkt sich die Untersuchung der Rechtsprechung zum Bürgschaftsrecht in diesem Gliederungspunkt zunächst noch auf § 305 c Abs. 1 BGB.

³⁸¹ Vgl. noch vor dem Grundsatzurteil vom 18.05.1995: BGH, Urteil vom 28.03.1995 in WM 1995, 790 ff.; nach Änderung der Rechtsprechung zur Bürgschaft bestätigt durch BGH WM 1996, 2233, 2234; BGH WM 1997, 1615 f.; im Schrifttum wird dagegen von einigen Autoren eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB auch für die Grundschuld befürwortet, vgl. u.a. Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-G, Anh. §§ 9-11 Rdz. 663; Schmitz-Valckenberg DNotZ 1996, 492, 496 f.

aa) Allgemeine rechtliche Einordnung von Grundschuld und Bürgschaft

Nach § 1191 Abs. 1 BGB kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Die vom Gesetzgeber zugrunde gelegte Konzeption geht also von der isolierten Grundschuld³⁸² aus, so daß die aus dem Grundstück zu leistende Zahlung nicht zur Befriedigung einer Forderung erfolgen muß.³⁸³ In der Praxis ist die isolierte Grundschuld allerdings selten.³⁸⁴ Dagegen hat sich im Kreditgeschäft die gesetzlich nicht geregelte Sicherungsgrundschuld durchgesetzt.³⁸⁵ Dabei handelt es sich um eine Fremdgrundschuld, die den Erwerber oder einen Dritten wegen einer Forderung gegen den Eigentümer oder einen Dritten sichert, indem sie bei Nichterfüllung zu deren Befriedigung verwertet werden darf.³⁸⁶ Die Voraussetzung der schuldrechtlichen³⁸⁷ Verknüpfung der Grundschuld mit einer Forderung ist eine entsprechende Vereinbarung in der Sicherungsabrede oder Zweckbestimmungserklärung. Der Sicherungszweck bzw. der Sicherungsvertrag, die formfrei und sogar stillschweigend geschlossen werden können,³⁸⁸ oder die Forderung sind im Grundbuch nicht eintragbar.³⁸⁹

Zwischen der Realsicherheit Grundschuld und der Personalsicherheit Bürgschaft bestehen wesentliche Unterschiede. Zu nennen sind dabei insbesondere das nur für die Bürgschaft geltende Akzessorietätsprinzip. Des weiteren haftet bei der Grundschuld als dinglich beschränktem Verwertungsrecht allein das belastete Grundstück. Demgegenüber unterliegt bei der Bürgschaft das gesamte gegenwärtige und zukünftige Vermögen des Bürgen dem gegebenenfalls unbeschränkten Vollstreckungszugriff des Gläubigers.³⁹⁰ Für die hier zu untersuchende Frage einer Übertragbarkeit von Rechtsgrundsätzen ist schließlich die Ausgestaltung der Bürgschaft als per se fremdnützi-

³⁸² Vgl. u.a. Baur/Stürner, Sachenrecht, § 44 I 2.

³⁸³ Im Gegensatz zur Hypothek, bei der nach § 1113 BGB eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer dem Sicherungsnehmer zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist.

³⁸⁴ Baur/Stürner, Sachenrecht, § 44 I 2; Weber, Kreditsicherheiten, Recht der Sicherungsgeschäfte, § 13.

³⁸⁵ Hadding in FS Frotz, S. 495, 500; Claussen, Bank- und Börsenrecht, Rdz. 189; Hauptanwendungsfälle sind die Bereiche Baufinanzierung und investive Unternehmenskredite, vgl. Merkel in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, § 94 Rdnr. 23.

³⁸⁶ Vgl. Palandt/ Bassenge, BGB, § 1191 Rdz. 13.

³⁸⁷ Im Unterschied zur dinglich- akzessorischen Verbindung bei der Hypothek.

³⁸⁸ BGH NJW-RR 1991, 305.

³⁸⁹ Vgl. BGH NJW 1986, 53, 54.

³⁹⁰ Demzufolge stuft Rehbein beide Kreditsicherheiten als verschiedenartige, teils entgegengesetzte Sicherungsinstrumente ein, vgl. in FS Heinsius, S. 659 f.

ges³⁹¹ Sicherungsmittel erheblich. Der Bürge muß vom Hauptschuldner stets verschieden sein.³⁹² Im Unterschied hierzu kann die Grundschuld dazu dienen, Verbindlichkeiten des Grundstückseigentümers abzusichern. Allerdings kommt auch bei der Grundschuld Personenverschiedenheit von Schuldner und Besteller der Grundschuld vor.

bb) Übereinstimmende Bewertung weiter Zweckklauseln bei Grundschuld und Bürgschaft in Schrifttum und Rechtsprechung

Trotz der genannten Unterschiede zwischen beiden Sicherungsmitteln wird eine Übertragung der Anlaßrechtsprechung auf das Recht der Bürgschaft vorgeschlagen.³⁹³ So wird die Vergleichbarkeit der Bewertung einer formularmäßigen Haftungsausweitung mit dem identischen Wortlaut der Vorschrift in § 765 Abs. 2 BGB und der Bestimmung in § 1113 Abs. 2 BGB belegt, die nach § 1191 Abs. 2 BGB auf die Grundschuld Anwendung findet. Ferner sei der Gesetzestext ambivalent, weil die Vorschriften zur Grundschuld keine Unterscheidung zwischen einer Grundschuld zur Absicherung eigener Schulden oder aber Verbindlichkeiten eines Dritten trafen. Allerdings habe der Gesetzgeber durch den Hinweis in § 1192 BGB auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Hypothek zum Ausdruck gebracht, daß die Regelungen der §§ 1113 – 1190 BGB, die im einzelnen zwischen der Eigentümer- und der Fremdhypothek differenzieren, auf die Grundschuld Anwendung fänden.³⁹⁴ Vor allem stellen die Befürworter einer übergreifenden Unwirksamkeit weiter Zweckerklärungen ebenso wie die Rechtsprechung³⁹⁵ auf die größere Schutzwürdigkeit des Bürgen gegenüber dem Grundschuldbesteller ab. Wegen der sich entsprechenden Interessenlagen bestehe kein Grund, den Bürgen generell schlechter zu behandeln als den Besteller einer Grundschuld.³⁹⁶ Im Gegenteil sei der Bürge, insbesondere weil er mit seinem ganzen Vermögen hafte³⁹⁷, einem höheren Risiko bei geringerem Schutz ausgesetzt. Als Beispiel für den geringeren Schutz wird im Schrifttum zum einen die nur bei der Sicherungsgrundschuld regelmäßig vorgenommene Verlesung der Grundschuldbestellungs-urkunde durch den Notar gemäß § 13 Abs. 1 BeurkG angeführt. Dagegen unterzeichne der Bürge die Bürgschaftsurkunde oftmals, ohne überhaupt mit

³⁹¹ Die für die Bürgschaft auch verwendete Bezeichnung altruistisch, vgl. u.a. Thelen DB 1991, 742, trifft im strengen Wortsinn indes nur einen Teil der Fälle; so handelt z.B. der für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einsetzende Geschäftsführer oder Mehrheitsgesellschafter keineswegs altruistisch.

³⁹² Vgl. Palandt/Sprau, BGB § 765 Rdz. 3.

³⁹³ Thelen DB 1991, 741 ff.; Tiedtke ZIP 1995, 521, 532.

³⁹⁴ Vgl. Thelen DB 1991, 741, 742.

³⁹⁵ Vgl. BGH WM 1994, 1242 f.

³⁹⁶ Vgl. Thelen DB 1991, 742; Tiedtke ZIP 1995, 521, 532.

³⁹⁷ Vgl. BGH WM 1994, 1242 f.

dem Kreditgeber in Kontakt getreten zu sein.³⁹⁸ Ferner könne der Besteller einer Sicherungsgrundschuld Einreden u.a. wegen Nichtbeachtung des Sicherungszwecks durch unberechtigte Verwertung erheben. Der Bürge einer formularmäßig begründeten selbstschuldnerischen Bürgschaft bei der die Einwendungen aus §§ 770 Abs. 1 und 2, 772 Abs. 2 S. 1, 776 BGB ausgeschlossen seien, könne seine Inanspruchnahme hingegen kaum verhindern, weil aus dem Bürgschaftsvertrag selbst regelmäßig keine Einreden in Betracht kämen.

cc) Stellungnahme gegen eine Übertragung

Die Argumentation der Autoren, die sich für eine Übernahme der Anlaßrechtsprechung in das Bürgschaftsrecht ausgesprochen haben, stützt sich überwiegend auf das höhere Risiko, das mit dem Sicherungsmittel Bürgschaft verbunden ist. Daraus wird im Weg des Erst-Recht-Schlusses ein identisches bzw. höheres Schutzbedürfnis des Bürgen gefolgert.

Diese Ansicht setzt sich darüber hinweg, daß die Abweichung beider Sicherungsmittel hinsichtlich der Risiken durch den Gesetzgeber bewußt so angelegt wurde und durch das Gesetz intendiert ist.³⁹⁹ Ein Vergleich der Schutzwürdigkeit würde somit eine umfassendere und eingehendere Prüfung voraussetzen. So kann nur dann eine Identität der Sachlage festgestellt werden, wenn auch die Interessen des Gläubigers berücksichtigt werden. Die Position des Gläubigers einer Realsicherheit ist jedoch in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht günstiger als die eines Gläubigers, dessen Forderung durch eine Personalsicherheit gesichert ist, weil letztere nur eine eingeschränkt geschützte Rechtsstellung gewährt. Rechtlich erlangt der Gläubiger bei der Realsicherheit ein dingliches und zugleich absolutes Recht an einem individuell bestimmten Vermögensgegenstand des Schuldners oder eines anderen Sicherungsgebers. Der Vermögensgegenstand wird der rechtlichen Herrschaft des Gläubigers zumindest in beschränktem Umfang unterworfen. Demgegenüber erlangt der Gläubiger durch die Bürgschaft lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch. Der Sicherungswert der Bürgschaft hängt entscheidend von den Vermögensverhältnissen des Bürgen ab. Dabei besteht immer das Risiko, daß sich sein Vermögen im Zeitpunkt der Inanspruchnahme als nicht ausreichend erweist. Dann kann es zu einem "Wettlauf" mit anderen Gläubigern des Bürgen kommen, bei denen z.B. die kreditgebende Bank als Bürgschaftsgläubigerin leer ausgehen kann.⁴⁰⁰ Der wirtschaftliche Vorteil der Realsicherheit liegt für den Gläubiger darin, daß er gegenüber anderen Gläubigern des Sicherungsgebers innerhalb und außerhalb der In-

³⁹⁸ Vgl. Thelen DB 1991, 742 f.

³⁹⁹ Rehbein in FS Heinsius, S. 659 f. stuft Grundschuld und Bürgschaft als "verschiedenartige, teils diametral entgegengesetzte Sicherungsinstrumente" ein.

⁴⁰⁰ Vgl. Kumpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., Rdz. 6.96.

solvenz ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Sicherungsgegenstand hat⁴⁰¹

Das unterschiedliche wirtschaftliche Risiko des Sicherungsgebers bei einer Inanspruchnahme korrespondiert somit mit einer geringeren Sicherheit des Sicherungsnehmers. Der ursprünglichen Position des Bundesgerichtshofes,⁴⁰² wonach die Überlegungen zur Grundsuld auf die Bürgschaft keine Anwendung finden können, ist daher der Vorzug zu geben. Dagegen bleibt unklar, aus welchen Gründen sich aus der fehlenden gesetzlichen Unterscheidung zwischen fremd- und eigennütziger Grundsuld⁴⁰³ in den §§ 1113 ff. BGB i.V.m. dem Verweis in § 1192 BGB ein anderes Ergebnis ableiten soll. Da eine Differenzierung im Hypothekenrecht vorhanden ist, wäre eine nochmalige Regelung im Grundsuldrecht eine unnötige Wiederholung. Darüber hinaus liegt die Bedeutung der Grundsuld jedenfalls in der Praxis in der Sicherung eigener Verbindlichkeiten.⁴⁰⁴

Auch die pauschale Bezugnahme auf die Beurkundung der Sicherungsgrundsuld sowie die unterschiedliche Gefahr einer Inanspruchnahme aufgrund Einredeausschlusses, stellen keine ausreichende Begründung dar. Eine Beurkundung des Sicherungsvertrages selbst ist nämlich bei der Grundsuld nicht erforderlich. Die Zweckabrede kann daher formfrei und sogar stillschweigend Vertragsbestandteil werden.⁴⁰⁵ Auch die Bestellung des Grundpfandrechts selbst erfolgt durch nicht formgebundene dingliche Einigung gemäß § 873 BGB und Grundbucheintragung. Die Eintragung im Grundbuch kann zwar nur erfolgen, wenn eine durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden gemäß § 29 GBO nachgewiesene Eintragungsbewilligung vorliegt. Bringt der Grundstückseigentümer aber selbst den Entwurf der Eintragungsbewilligung mit, so beglaubigt der Notar lediglich die Unterschrift. Eine Belehrung findet nicht statt.⁴⁰⁶ Auf die Beurkundung der Sicherungsgrundsuld allein läßt sich eine Übertragung der Anlaßrechtsprechung jedenfalls nicht gründen. Diese Aussage trifft schließlich auch auf die möglicherweise abweichende Ausgestaltung der gegen eine Inanspruchnahme eröffneten Einwendungen zu. Führt der durch Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbarte Einwendungsausschluß zu einem Risiko, mit dem der Sicherungsgeber nicht zu rechnen brauchte, müßte eine Diskussion von § 305 c Abs. 1 BGB auch an diesem Punkt ansetzen, anstelle einer Korrektur über die Zulässigkeit weiterer Zweckerklärungen. Richtig ist allerdings, daß ein Überrumpelungseffekt im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB dann in Betracht kommen kann, wenn die Bürgschaftsurkunde unterzeichnet wird, ohne daß es zu einem Kontakt zwischen dem Bürgen und dem Kredit-

⁴⁰¹ Vgl. Weber, *Kreditsicherheiten*, *Recht der Sicherungsgeschäfte*, § 2 II.

⁴⁰² Vgl. BGH ZIP 1986, 85, 87.

⁴⁰³ Bzw. den Verweis auf die entsprechenden Regelungen des Hypothekenrechts

⁴⁰⁴ Vgl. nur die Baufinanzierung als einen der Hauptanwendungsfälle.

⁴⁰⁵ Vgl. BGH NJW-RR 1991, 305.

⁴⁰⁶ Darauf weist auch Reithmann hin, vgl. WM 1985, 441, 447.

institut gekommen ist. Dabei handelt es sich indes nicht um die typische Gestaltung, so daß nicht ohne weiteres auf die Bürgschaftszweckerklärung im allgemeinen geschlossen werden kann. In den angeführten Fällen kommt es zusätzlich auf die weiteren Umstände, so beispielsweise auf die drucktechnische Ausgestaltung der Sicherungserklärung, an.

Im Ergebnis ist eine Übertragung der Anlaßrechtsprechung des V. Zivilsenats auf die Bürgschaft jedenfalls nicht ohne weitere Prüfung der Besonderheiten des Bürgschaftsrechts und der besonderen Umstände des Abschlusses der Sicherungsverträge möglich. Dagegen ist der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zuzustimmen, nach der zwischen der Sicherung durch eine Grundschuld und der Sicherung durch eine Bürgschaft ein grundlegender Unterschied besteht. Denn es stellt eine Ausnahme dar, daß das Grundstück einem Dritten gehört und dieser sein Grundstück zur Sicherung einer Forderung des Gläubigers gegen den Darlehensnehmer belastet, wohingegen der Bürge die Bürgschaft immer für eine fremde Verbindlichkeit leistet.⁴⁰⁷

b) Diskussion der von der Anlaßrechtsprechung ausgenommenen Sachverhalte

aa) Personen, die auf die Entstehung der Hauptverbindlichkeiten Einfluß nehmen können

(1) Ausschluß aus dem Schutzbereich von § 307 Abs. 1 und 2 BGB

Der Ausschluß von Personen, die mit dem Hauptschuldner persönlich und wirtschaftlich so eng verbunden sind, daß das Risiko künftiger, von der Sicherheit erfaßter Verbindlichkeiten für sie berechenbar und vermeidbar ist, aus dem Anwendungsbereich des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB, ist auf Kritik gestoßen. So habe der Bundesgerichtshof dadurch, daß er nicht näher definierten Personengruppen, nämlich Geschäftsführern sowie Allein- und Mehrheitsgesellschaftern, den Schutz des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB versage, den objektiven Rahmen des § 307 Abs. 1 und 2 BGB verlassen.⁴⁰⁸ Dagegen läßt sich zwar einwenden, daß mit § 307 Abs. 1 und 2 BGB in erster Linie ein genereller Maßstab für die verkehrstypischen Verhältnisse bereitstehen soll. Dieser läßt aber auch, soweit dies nach Treu und Glauben geboten ist, Raum für die Berücksichtigung des konkreten Vertrags und seiner Beteiligten.⁴⁰⁹ Werden Allgemeine Geschäftsbedingungen daher einheitlich

⁴⁰⁷ BGH WM 1986, 95, 96 f.

⁴⁰⁸ Vgl. Schröder, Interessengegensätze beim Personalkredit in der Bankenpraxis, S. 118.

⁴⁰⁹ BT Drucks 7/3919, S. 22.

Werden Allgemeine Geschäftsbedingungen daher einheitlich gegenüber verschiedenen Verkehrskreisen benutzt, so ist ihre Wirksamkeit für jede Kundengruppe gesondert zu prüfen.⁴¹⁰ Im Ansatz ist eine Differenzierung also möglich. Fraglich ist jedoch bereits die unreflektierte Übernahme der zu § 305 c Abs. 1 BGB⁴¹¹ aufgestellten Begründung für den Bereich des § 307 Abs. 1 und 2 BGB. Denn der Regelungsinhalt und auch die Schutzrichtung beider Vorschriften ist unterschiedlich, so daß die Übertragbarkeit zumindest einer Erklärung bedarf. Darüber hinaus stellt der in Bezug genommene Personenkreis im Rahmen der bürgschaftsrechtlichen Regelungen kein sachgerechtes Abgrenzungskriterium dar. Das Gesetz hat mit § 350 HGB zum Ausdruck gebracht, für welchen Personenkreis ein vermindertes Schutzbedürfnis anzunehmen ist. Von dieser gesetzlichen Wertung hat sich der Bundesgerichtshof vollständig entfernt, indem er gänzlich andere, dem Bürgschaftsrecht fremde Maßstäbe anlegt. Es ist indes wenig einsichtig, daß im Handelsverkehr erfahrene Personen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes Bürgschaften mit weiten Sicherungszweckerklärungen zwar sogar mündlich abschließen können,⁴¹² schriftlich abgegebene Willenserklärungen dieses Personenkreises hingegen, wenn es sich um eine vorformulierte Zweckvereinbarung handelt, zum Nachteil des Gläubigers teilweise unwirksam sein sollen.

(2) Ausschluß von Geschäftsführern und anderen Personen aus dem Anwendungsbereich von § 305 c Abs. 1 BGB

Auch die dogmatische Begründung des Bundesgerichtshofes für den Ausschluß des genannten Personenkreises aus dem Schutzbereich des § 305 c Abs. 1 BGB ist wenig überzeugend. Die Schutzbedürftigkeit des Bürgen ist für die Frage, ob der Klausel ein Überraschungseffekt innewohnt, ohne Belang.⁴¹³ § 305 c Abs. 1 BGB setzt an der Arglosigkeit des Vertragspartners des Verwenders an, während die §§ 307 – 309 BGB auf seine Machtlosigkeit zugeschnitten sind.⁴¹⁴ Der Bundesgerichtshof stellt in seiner neueren Rechtsprechung jedoch nicht auf den Erfahrungshorizont des Bürgen ab, sondern zieht dessen Fähigkeit zur praktischen Kontrolle der Hauptschuld in der Zukunft heran. Ansatzpunkt ist somit nicht die Überraschungswirkung der Klausel selbst, sondern ein Überrumpelungseffekt, der erst als Folge der Klausel auftritt, nämlich in Form der Haftungserweiterung.⁴¹⁵ Dies wird

⁴¹⁰ BGH NJW 1990, 1601, 1602.

⁴¹¹ die Grundschild betreffend.

⁴¹² Aus der Mündlichkeit ergibt sich zugleich die individualvertragliche Vereinbarung.

⁴¹³ Ebbing WuB I F 1 a. - 14.97, Anm. zu OLG Hamm, Urt vom 29.01.1997; Trapp ZIP 1997, 1279, 1280.

⁴¹⁴ Vgl. Staudinger/Schlosser, 13. Aufl. (1998), § 3 Rdz. 14.

⁴¹⁵ Zwar wird auch eine teleologische Reduktion von § 305 c Abs. 1 BGB vertreten. Danach ist es ausreichend, wenn der Klausel die überraschende Wirkung genommen wird, bevor sie sich zu Lasten des Verwenders auswirkt, vgl. dazu Staudinger/Schlosser, 13.

insbesondere im Grundschuldrecht deutlich. Dort ist es nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund nur der Dritteigentümer⁴¹⁶ von einer weiten Sicherungszweckklausel überrumpelt sein kann. Auch bei einer Personenidentität zwischen Hauptschuldner und Eigentümer kann nicht ausgeschlossen werden, daß der Eigentümer dadurch überrascht wird, daß sich die Haftung seines Grundstückes anläßlich einer bestimmten Darlehensschuld auch auf alle anderen künftigen Verbindlichkeiten beziehen soll. Auch wenn er das Ausmaß der Folgen aus der Klausel später kontrollieren kann, weil er gleichzeitig persönlicher Schuldner ist, wird hierdurch nicht der Überrumpelungseffekt im Zeitpunkt der Grundschuldbestellung beseitigt. Gleiches gilt für den Bereich der Bürgschaft. Auch bei einem Mehrheitsgesellschafter oder einem Geschäftsführer kann ein Überrumpelungseffekt nicht allein deshalb ausgeschlossen werden, weil er anschließend die Folgen der Klausel kontrolliert. Überrumpelung einerseits sowie die Einflußnahme auf die Schuldenentwicklung andererseits sind zeitlich und sachlich unterschiedliche Kriterien. Inkonsequent ist auch der isolierte Ausschluß von Kaufleuten des Banken- und Versicherungsgewerbes.⁴¹⁷ Wenn es auf die Geschäftserfahrung des Bürgen im Umgang mit dem Bankenverkehr ankommen kann, müßte eine entsprechende Überprüfung der Wirksamkeit weiter Zweckerklärungen auch für Kaufleute anderer Gewerbebezüge in Betracht kommen.

bb) Zulässigkeit individualvertraglicher Globalbürgschaften, § 138 BGB

Im Schrifttum wird die Ansicht vertreten, die Ausführungen des Bundesgerichtshofes zur Anwendbarkeit der Vorschrift des § 307 BGB sprächen dafür, daß auch bei Abschluß eines Individualvertrages der Tatbestand des § 138 BGB erfüllt sei.⁴¹⁸ Wenn das Gesetz in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB eine summenmäßige Begrenzung bei Globalbürgschaften voraussetze, sei nicht ersichtlich, warum diese Voraussetzung auf Verträge beschränkt sein solle, die im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen abgeschlossen worden seien.⁴¹⁹ Es kann jedoch nicht ohne weiteres von § 307 Abs. 1 und 2 BGB, als *lex specialis*, auf § 138 BGB geschlossen werden. § 138 BGB ist vielmehr nur dann anwendbar, wenn die Individualvereinbarung sittenwidrig ist oder gegen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bedenken bestehen, die nicht in den Schutzbereich der §§ 305 ff. BGB fallen.⁴²⁰ Ansatzpunkt der Befürworter einer auch Individualverträge erfassenden Unwirksamkeit ist ein direkter Verstoß gegen das in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB enthal-

Aufl. (1998), § 3 Rdz. 32. Mit dieser Frage hat sich der Bundesgerichtshof jedoch nicht auseinandergesetzt.

⁴¹⁶ Vgl. u.a. BGH WM 1989, 88, 90; BGHZ 101, 29, 33

⁴¹⁷ So aber BGH ZIP 1998, 1868, 1870

⁴¹⁸ Vgl. dafür neben anderen Reinicke/Tiedtke DB 1995, 2301, 2307; dies. JZ 1986, 426, 427; Staudinger/Horn, BGB, (1997), § 765 Rdz. 54 f.; Thelen DB 1991, 741; Bydlinski WM 1992, 1301, 1306; i.E. auch Schröder, Interessengegensätze beim Personalkredit in der Bankenpraxis, S., 133 f.

⁴¹⁹ Vgl. Reich/Schmitz NJW 1995, 2533.

⁴²⁰ Palandt/Heinrichs, BGB, § 138 Rdz. 16.

tene Verbot der Fremddisposition.⁴²¹ Die Diskussion ist letztlich das Ergebnis einer dogmatisch ungenauen Rechtsprechung, die den Schutz der Privatautonomie der Vorschrift des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB nicht unmittelbar entnimmt, sondern sich auf ein Leitbild beruft. Hierdurch wird das deduzierte Verbot abgeschwächt. Das Verbot der Fremddisposition ist jedoch ein elementarer Rechtsgrundsatz, der sich nicht auf einen Kreis von Geschäften beschränken läßt, sondern der auch im Rahmen eines individuell ausgehandelten Vertrages nicht belanglos sein kann.

Eine Übertragung der Anlaßrechtsprechung auf individuell vereinbarte weite Zweckerklärungen hätte jedoch zur Konsequenz, daß der Bürge nicht mehr wie bisher⁴²² einer Erweiterung der Bürgenhaftung durch nachträgliches Rechtsgeschäft zwischen Hauptschuldner und Gläubiger zustimmen könnte. Eine umfassende Unzulässigerklärung formularvertraglicher, ebenso wie individualvertraglicher weite Zweckerklärungen ist aber weder wirtschaftlich vertretbar noch durch die Rechtsprechung, die offenbar zu derselben Einschätzung gelangt, beabsichtigt. Dagegen spricht zum einen das Interesse des Gläubigers, der mit den typischen Risiken einer Personalsicherheit belastet ist. Des weiteren würde die Attraktivität dieses Sicherungsmittels infolge gesetzesüberschießender Schutztendenzen zusätzlich herabgesetzt. Hierdurch würden außerdem die Interessen eines Schuldners, Kredite zu erhalten, beeinträchtigt. Zum anderen setzt § 765 Abs. 2 BGB die Vereinbarung eines Höchstbetrages nicht voraus. § 138 BGB kann daher nach der hier vertretenen Ansicht nicht schematisch zur Anwendung gelangen. Auch dann, wenn kein Höchstbetrag vereinbart wurde, liegen nicht ohne weiteres die strengen Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit vor. Es können nicht Sachverhalte ausgeschlossen werden, in denen eine Bürgschaftsübernahme für eine laufende Rechnung ohne Höchstbetrag wirtschaftlich angezeigt ist und von Schuldner, Gläubiger und dem Bürgen⁴²³ gemeinsam gewünscht wird. Eine rechtliche Prüfung muß daher den Einzelfall gewichten. In diesen Grenzen ist eine Prüfung des Vertrages im Rahmen des § 138 BGB indes ohnehin immer möglich. Ein generelles Instrument zur Haftungsbegrenzung kann darin also nicht gesehen werden.

Im Ergebnis wird aber durch die Diskussion über die Anwendbarkeit von § 138 BGB die weitere Frage aufgeworfen, ob das vom Bundesgerichtshof angenommene Verbot der Fremddisposition lediglich ein Leitbild sein kann und damit überhaupt eine Regelungsmaterie der §§ 305 ff. BGB ist.⁴²⁴ Dagegen läßt sich insbesondere einwenden, daß grundsätzlich der Inhalt eines Vertrages entweder gegen das Verbot verstößt oder aber die hierdurch gezogenen Grenzen einhält. Dagegen ist das Verbot der Fremddisposition als bloßes Leitbild, daß durch denselben Vertragsinhalt in einem Teil der Sach-

⁴²¹ Vgl. Staudinger/Horn, BGB, (1997), § 765 Rdz. 54; Bydlinski WM 1992, 1301, 1306.

⁴²² Eine Zustimmung zur nachträglichen Haftungserweiterung kann unter Beachtung der Formvorschrift des § 766 BGB wirksam erfolgen, Vgl. RGZ 96, 133 ff.

⁴²³ Der Bürge hat in der Praxis oftmals ein Eigeninteresse an der Kreditgewährung.

⁴²⁴ Vgl. dazu auch weiter unten 3. Teil, B., IV., 3., a), c).

verhalte verletzt, und zwar bei Formularverträgen, und in einem anderen Teil von Sachverhalten, nämlich bei Individualverträgen, nicht verletzt sein soll, abzulehnen. Eine Verletzung des Verbotes resultiert aus dem Inhalt des Vertrages, also dem Umfang, in dem einem Vertragsteil die Privatautonomie entzogen wird und lässt sich demzufolge nur grundsätzlich, nicht aber beschränkt auf Formularverträge feststellen.

cc) Haftungserhalt trotz nachträglicher Erhöhung der Kreditlinie im Kontokorrent als summenmäßige Erweiterung der Bürgschaft

In seinem Urteil vom 07.03.1996 bekräftigte der Bundesgerichtshof, daß eine Gefährdung des gesetzlichen Leitbildes der Bürgschaft auch aus dem Grund eintrete, daß für andere als die veranlassenden Forderungen gehaftet werde. Gleichzeitig geht das Urteil von dem Erhalt der Haftung begrenzt auf das ursprüngliche Kreditlimit aus, wenn das Kreditlimit nachträglich über die zunächst vereinbarte Kreditlinie hinaus erhöht wurde.⁴²⁵

Diese Feststellungen sind bei genauerer Betrachtung gegensätzlich. Denn der Bürge haftet infolge der Erhöhung letztlich doch für andere als die veranlassenden Schulden. Lediglich der Haftungsbetrag entspricht noch der ursprünglichen Hauptschuld. Denn die Einzahlungen in das Kontokorrent, die zur Minderung der Hauptschuld führen, kommen nicht mehr allein der ursprünglichen Schuld zugute, sondern werden nach der regelmäßig angewandten verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung pro rata auch auf die nachträglich eingestellten Verbindlichkeiten angerechnet. Der Bürge haftet also selbst dann, wenn –bei hypothetischer Betrachtung- ohne die nachträgliche Erhöhung der Kontokorrentkredit schon vollständig zurückgezahlt wäre.⁴²⁶ Demgemäß treten auch die vom Bundesgerichtshof aufgezeigten Risikoerhöhungen zu Lasten des Bürgen ein. Die Tilgungsdauer wird gegenüber dem ursprünglich niedrigeren Kreditrahmen unter Umständen verlängert. Demzufolge erhöht sich aber auch das Risiko, daß der Hauptschuldner insolvent wird. Darüberhinaus wird dem Bürgen die Prognose der Bonität des Hauptschuldners durch die zeitliche Verlängerung erschwert. Dem Bundesgerichtshof ist zwar im Ergebnis darin zuzustimmen, daß es der offenkundige Zweck eines Kontokorrentkredits ist, durch ständige teilweise Rückführung und erneute Inanspruchnahme immer wieder verändert zu werden. Dieser Dynamik muß somit auch die hierfür bestellte Sicherheit folgen. Das setzt dann aber voraus, daß eine Bürgschaft für eine Vielzahl von auch künftig entstehenden Forderungen begründet werden kann.

⁴²⁵ Vgl. BGH NJW 1996, 1470 ff.

⁴²⁶ Seidel/Brink DB 1997, 1961, 1963.

2. Fehlen eines entsprechenden Leitbildes in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB und Widerspruch der neueren Rechtsprechung zur ratio legis der §§ 765 Abs. 2, 767 Abs. 1 S. 3 BGB nach teleologischer Auslegung

a) Einleitung

Die Auslegung des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB, wie sie seit dem Urteil vom 18.05.1995 durch den Bundesgerichtshof vertreten wird, ist mit der ratio legis des § 765 Abs. 2 BGB nicht vereinbar. Denn es kann nachgewiesen werden, daß der Bürgschaft nicht das gesetzliche Leitbild einer einzelnen Verbindlichkeit oder eines individualisierten Kreises künftiger Hauptschulden zugrunde liegt. Daraus ergibt sich als systematisch zwingende Folge, daß auch aus § 767 Abs. 1 S. 3 BGB kein entsprechender Leitgedanke entnommen werden kann, wenn ein Widerspruch zwischen § 767 Abs. 1 S. 3 BGB und § 765 Abs. 2 BGB vermieden werden soll.

b) Ratio legis des § 765 Abs. 2 BGB

Aus dem reinen Wortlaut des § 765 Abs. 2 BGB ergibt sich zunächst kein Anhaltspunkt, daß eine Bürgschaft lediglich für eine begrenzte Schuld übernommen werden kann. Die Formulierungen in den §§ 765 ff. BGB gehen weder von einer summenmäßigen noch von einer betragsmäßigen Beschränkung künftiger Hauptschulden aus. Es könnte daher eine Lücke im Gesetz vorliegen, die der richterlichen Rechtsfortbildung zugänglich ist. Dies setzt allerdings voraus, daß es sich um eine planwidrige Unvollständigkeit handelt. Der Gesetzgeber könnte also bei der Abfassung des BGB lediglich Bürgschaften vor Augen gehabt haben, deren Hauptforderung im Zeitpunkt der Haftungsübernahme wenigstens dem Grunde und dem Umfang nach bestimmbar, mithin individualisierbar ist. Eine Lücke kann andererseits auch darauf zurückzuführen sein, daß das Erfordernis einer Beschränkung im Bürgschaftsrecht wissentlich nicht kodifiziert wurde. Entweder, weil der Gesetzgeber diese Materie der Entscheidung von Rechtsprechung und Lehre überlassen wollte⁴²⁷ oder aber eine entsprechende Begrenzung nicht wollte, um diese Formen der Zweckerklärung dem Anwendungsbereich der Bürgschaft nicht zu entziehen. Werden die Materialien und der rechtsgeschichtliche Hintergrund zur Abfassung der Norm herangezogen, läßt sich feststellen, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Mehrzahl künftiger Verbindlichkeiten, wie sie aus einer Geschäftsbeziehung entspringen können, gesehen hat.

⁴²⁷ Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, Einl. Rdnr. 47.

aa) Die fidejussio des usus modernus Pandectarum

Das Vertragsrecht des BGB verdankt seine dogmatische Durchbildung der Pandektistik des 19. Jahrhunderts.⁴²⁸ Pandektenwissenschaft ist die im 19. Jahrhundert praktizierte Rechtsstrukturierung anhand der Heranziehung der römischen Rechtsgrundsätze, die insbesondere in der Sammlung des Corpus iuris civilis niedergelegt sind. Für die Verfasser des BGB waren die wissenschaftliche Arbeitsmethode und das wissenschaftliche System der Pandektenwissenschaft und die in ihm implizierten sozialen und wirtschaftlichen Wertvorstellungen maßgeblich.⁴²⁹ Vor allem die ersten beiden Bücher des BGB werden hinsichtlich der aufgestellten Rechtsgrundsätze durch das römische Recht in Gestalt des usus modernus Pandectarum⁴³⁰ dominiert.⁴³¹ Dies gilt somit auch für die im Zweiten Buch enthaltenen bürgschaftsrechtlichen Normen. Diese Wurzeln des BGB sind vor allem dann von Bedeutung, wenn unklar ist, ob eine Rechtsfrage, wie die hier untersuchte Individualisierung künftiger Hauptverbindlichkeiten, Gegenstand der gesetzlichen Regelung ist und die Gesetzesmaterialien keine ausdrücklichen Erörterungen aufweisen. Zur Erforschung des in den Normen der §§ 765 ff. BGB objektivierten Willens des Gesetzgebers⁴³² ist daher auch die Bürgschaft nach römischen Rechtsgrundsätzen heranzuziehen.

Von den im römischen Recht unterschiedenen Formen einer persönlichen Interzession⁴³³, stellt die fidejussio den Vorläufer des im gemeinen Recht noch formlosen Bürgschaftsvertrages dar.⁴³⁴ Im Corpus iuris civilis finden sich zu dieser Form der Bürgschaft mehrere Falldarstellungen, in denen eine Bürgschaft für eine oder mehrere Hauptverbindlichkeiten übernommen wird. Danach setzte eine Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit lediglich voraus, daß "irgend eine wenigstens natürliche Verbindlichkeit künftig vorhanden sein wird."⁴³⁵ Eine Individualisierung der Hauptschuld hinsichtlich des Grundes oder des Umfanges war somit nicht Bedingung für die Wirksamkeit. Ein entsprechendes Leitbild der römischen Bürgschaft wird durch weitere Rechtsfälle der Pandekten bestätigt. So soll der Bürge auch

⁴²⁸ Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 17.

⁴²⁹ Vgl. MünchKomm.-Säcker, BGB, Einl. Rdz. 18.

⁴³⁰ Zeitgemäße Praxis des römischen Rechtes, vgl. Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, § 2.

⁴³¹ Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, Einleitung Rdnr. 8.

⁴³² Vgl. zur sog. objektiven Theorie BVerfGE 1, 299, 312; BGHZ 49, 221, 223.

⁴³³ Vgl. dazu Dernburg, Pandekten, II. Bd., § 76 1.

⁴³⁴ Vgl. Dernburg, Pandekten, II. Bd., § 78.

⁴³⁵ I. 6 § 2 D.h.t. 46,1 : Adhiberi autem fidejussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest, dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio. ("Es kann aber ein Bürge sowohl zu einer künftigen, als auch zu einer schon vorhandenen Verbindlichkeit genommen werden, wenn nur irgend eine wenigstens natürliche Verbindlichkeit künftig vorhanden sein wird." Übersetzung: Schneider in Schilling/Sintenis, Das Corpus juris civilis, S. 692 f.).

aus einem Bürgschaftsversprechen "für soviel Geld, als"..."dargeliehen" sein wird, wirksam und für "alle Summen verbindlich" verpflichtet sein.⁴³⁶

bb) Die künftige Hauptschuld in der Pandektenwissenschaft des ausgehenden 19. Jahrhunderts

Dieses Leitbild wurde durch die Rechtswissenschaft am Ende des 19. Jahrhunderts, die den Hintergrund der Kodifikation des BGB bildet, aufgegriffen und übernommen. Danach war eine Bürgschaft für "künftige Verbindlichkeiten" auch dann als gültig anzusehen, "wenn sie"⁴³⁷ "nur generell bezeichnet sind", so "z.B. für die aus einem bestimmten Geschäftsverkehr" ... "inskünftig sich entwickelnden Verbindlichkeiten".⁴³⁸ Bereits 1851 führte Girtanner aus, daß eine Bürgschaft "auch für eine noch ganz ungewisse Schuld" eingegangen werden könne.⁴³⁹ Eine weitere Fundstelle bei Dernburg⁴⁴⁰ belegt: "Es kann jedoch auch für künftige Forderungen Bürgschaft übernommen werden, dies auch generell für Forderungen, deren Inhalt und Umfang noch unbekannt ist; man verbürgt sich z.B. gültig für die aus einem Handelsgewerbe sich ergebenden Verbindlichkeiten, welche A. während eines Jahres gegenüber dem B. übernehmen wird."

Neben diesen kurzen Feststellungen finden sich dagegen keine ausführlicheren Diskussionen der Frage, abgesehen von der Eintragungsfähigkeit bei einer entsprechend formulierten Hypothek⁴⁴¹. Dies läßt darauf schließen, daß weite Zweckerklärungen zum Zeitpunkt der Abfassung der §§ 765 ff. BGB nicht in Frage gestellt wurden. Denn bereits in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts sind in der Praxis Bürgschaften nachweisbar, die "alle Ansprüche und Forderungen, welche" der Gläubiger gegen den Hauptschuldner "erworben hat und erwerben wird, ohne Unterschied des Entstehungsgrundes," ... "aus irgendwelchen Rechtsgeschäften oder aus sonstigem Rechtsgrunde" in die Bürgschaft einbeziehen.⁴⁴² Des weiteren zogen die Geschäftsbedingungen der Berliner Handelsgesellschaft aus dem Jahr 1900 alle in ihren Besitz gelangenden Wertpapiere, Wechsel und sonstigen Wertstücke als Pfand für nahezu den gesamten Kreis möglicher Vorfälle einer Ge-

⁴³⁶ Vgl. I. 47 § 1 D. h. t. 46,1 sowie I. 55 D. h. t. 46,1.

⁴³⁷ die künftigen Verbindlichkeiten.

⁴³⁸ Vgl. Dernburg, Pandekten, II. Band, § 78 II.; ähnlich Prager, Lehrbuch des gesamten Privatrechtes in geschichtlicher, dogmatischer und wirtschaftlicher Beziehung mit Rücksicht auf die einschlägigen Materien des öffentlichen Rechtes, Bd. II, V. B.

⁴³⁹ Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, § 16.

⁴⁴⁰ Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, II. Bd., § 241, 1.

⁴⁴¹ Vgl. Gruchot in Gruchot's Beiträge, Bd. V, 1861, Nr. 15, S. 465.

⁴⁴² RGZ in Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, V. Bd., 1888, Nr. 717; vgl. zu weiten Bürgschaftszweckerklärungen außerdem RGZ in Schultze/Schultze, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. II, 1898, Nr. 2271; Gruchot's Beiträge 15, 1871, Nr. 10, S. 114 zu den §§ 202, 203 A.L.R. I 14.

schäftsverbindung zum Kunden heran.⁴⁴³ Ebenso waren sogenannte Amts- oder Kautionsbürgschaften verbreitet, die auf eine unbestimmte Reihe künftiger möglicher Verbindlichkeiten gerichtet sein konnten.⁴⁴⁴

cc) Materialien zu § 765 Abs. 2 BGB

Die zuvor aufgezeigte Rechtsauffassung des Schrifttums und der Rechtsprechung hinsichtlich der Übernahme einer Bürgschaft für künftige Verbindlichkeiten setzt sich in den Gesetzesmaterialien zum BGB fort. Auch von den Redaktoren des BGB wird die Frage des Umfangs und der Individualisierung künftiger Hauptschulden nicht problematisiert. Dies stellt bereits ein Indiz dafür dar, daß von dem im fraglichen Zeitpunkt vorherrschenden Begriff der Bürgschaft nicht Abstand genommen worden ist. Gleichzeitig wird die Existenz und das wirtschaftliche Bedürfnis weiter Bürgschaftszweckerklärungen für eine Mehrzahl künftiger Verbindlichkeiten, wie sie aus einer Geschäftsbeziehung entspringen können, gesehen. Art. 929 des Dresdner Entwurfs, der die Vorlage für § 765 Abs. 2 BGB bildete, wies folgenden Wortlaut auf: "Die Bürgschaft kann nur für eine" gültige "Verbindlichkeit übernommen werden. Diese kann eine künftige, bedingte oder unbestimmte sein." Hintergrund des zweiten Satzes war, daß die Redaktoren des BGB auf jeden Fall die Annahme verhindern wollten, "nur eine bereits bestehende bestimmte Verbindlichkeit könne Gegenstand der Verbürgung sein". Vielmehr sollte auch die Kreditbürgschaft von der Vorschrift erfaßt werden.⁴⁴⁵ Der Begriff "unbestimmte" wurde daher auch nur deshalb wieder gestrichen, weil es als selbstverständlich vorausgesetzt wurde, „daß der Umfang der Verbindlichkeit nicht von vornherein zahlenmäßig bestimmt“⁴⁴⁶ sein muß.

Insbesondere war den Redaktoren auch der Fall bewußt, daß sich die Hauptverbindlichkeit aus einer Summe von Forderungen, die bei dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages noch nicht entstanden sind, zusammensetzt. So wird zu Art. 929 des Dresdner Entwurfs ausgeführt: "Die Schuld, welche verbürgt werden soll, muß im Bürgschaftsvertrage so genau bezeichnet sein, daß über" die "Identität derselben kein Zweifel" besteht. "Dabei ist es indessen denkbar, daß für eine Schuld zwischen zwei Personen aus allen möglichen Entstehungsgründen" (...) "eingestanden werden sollte."⁴⁴⁷ Schließlich gingen auch die Redaktoren des BGB davon aus, daß die Haftung für eine "Schuld zwischen zwei Personen aus allen möglichen Entste-

⁴⁴³ So auch Lohmann, Rechtsprobleme bei der Globalzweckerklärung insbesondere in Formularverträgen, S. 1 unter Verweis auf Ziff. 11 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Berliner Handelsgesellschaft, abgedruckt bei Haupt, 12. Kap. I 1 a, S. 159.

⁴⁴⁴ Vgl. z.B. OAG Celle in Seufferts Archiv Bd. 5 (1852), Nr. 170.

⁴⁴⁵ Vgl. Prot I S. 2512 zu Art. 929 Dresdner Entwurf sowie Motive S. 659.

⁴⁴⁶ Vgl. Protokolle S. 2506 zu §§ 668, 669.

⁴⁴⁷ Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Teil 3, Besonderer Teil II, S. 15.

hungsgründen"⁴⁴⁸ übernommen werden kann. Obwohl also der Fall einer weiten Bürgschaftserklärung bekannt war, sahen die Verfasser des BGB keinen Regelungsbedarf hinsichtlich einer Beschränkung der Bürgschaft. Diese Rechtsauffassung ist mit den strengen Anforderungen der neueren Rechtsprechung, daß eine Beschränkung der Bürgschaft durch Höchstbetrag nicht ausreicht, sondern die Schranke der ursprünglichen Kreditlinie hinzutreten muß, nicht in Einklang zu bringen.

dd) Ratio legis des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB

In den Materialien zu § 767 Abs. 1 S. 3 BGB finden sich keine Bezugnahmen auf den Umfang der Sicherungsabrede selbst. Die Diskussionen betreffend Satz 3 der Norm setzen vielmehr nach dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages an. Sie unterstellen also eine wirksame Sicherungsabrede.

Auch im weiteren finden sich keine Anhaltspunkte für ein Leitbild im Sinne der Rechtsprechung. Unter gesetzessystematischer Betrachtung widersprechen bereits die vorangehenden Feststellungen zu § 765 Abs. 2 BGB der Auslegung von § 767 Abs. 1 S. 3 BGB durch die Rechtsprechung. Die Materialien zu § 765 Abs. 2 BGB geben darüber Aufschluß, daß der Gesetzgeber im Gegenteil von einer unbeschränkten Bürgschaft als gesetzlichem Regelfall ausging. Dann kann aber auch § 767 Abs. 1 S. 3 BGB kein gegen teiliges Leitbild zugrunde liegen. Richtig ist die Wertung der Judikatur, wonach § 767 Abs. 1 S. 3 BGB eine Konkretisierung des Verbotes von Verträgen zu Lasten Dritter zur Wahrung der Parteiautonomie darstellt.⁴⁴⁹ Der Regelungsgehalt ist allerdings in Zusammenhang mit den Sätzen 1 und 2 der Norm zu sehen, die die Abhängigkeit der Bürgschaft von dem jeweiligen Bestand der Hauptschuld als Folge der Akzessorietät beschreiben. Diese Verbindung zwischen Sicherheit und Forderung verstößt dann gegen das elementare zivilrechtliche Prinzip des Verbotes von Verträgen zu Lasten Dritter, wenn die Hauptschuld nachträglich ohne Zutun des Bürgen rechtsgeschäftlich erweitert wird. Dieser Sachverhalt liegt indes dann gerade nicht vor, wenn sich der Bürge von vornherein durch eine weite Sicherungszweckbestimmung hiermit einverstanden erklärt hat. Da der Bürge erklärt, er werde auch für die künftigen Forderungen des Gläubigers gegen den Hauptschuldner aus deren Geschäftsverbindung oder aber im speziellen aus einem limitierten oder unlimitierten Kontokorrentkredit eintreten, übernimmt er die Haftung auch für solche Forderungen, die durch Rechtsgeschäfte zwischen Gläubiger und Hauptschuldner nach Übernahme der Bürgschaft zur Entstehung gelangen. Durch das spätere Entstehen dieser Forderungen wird die Bürgschaftsverpflichtung nicht erweitert, sondern realisiert

⁴⁴⁸ Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Teil 3, Besonderer Teil II, S. 15.

⁴⁴⁹ So auch Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 4.

sich nur.⁴⁵⁰ Weder aus dem Wortlaut der Norm, noch aus den Materialien läßt sich ein Anhaltspunkt dafür entnehmen, daß § 767 Abs. 1 S. 3 BGB auch ein dahingehendes Einverständnis des Bürgen verhindern will. Der Umfang der Verbindlichkeiten, gegenwärtige und künftige, für die die Bürgschaft übernommen wird, unterliegt allein der Vereinbarung der Beteiligten. Dies gilt im weiteren auch für etwaige Beschränkungen der Bürgschaft. Ein Fall des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB liegt daher erst dann wieder vor, wenn das Einverständnis des Bürgen unwirksam ist. Die Frage, ob es unwirksam ist, wird aber nicht durch § 767 Abs. 1 S. 3 BGB entschieden, sondern ist die Voraussetzung für den Regelungsgehalt der Vorschrift. Die von den Beteiligten getroffene Sicherungsabrede weicht somit nicht von dem Leitbild dieser Vorschrift ab und kann nicht den Weg zur Anwendung von § 307 Abs. 1 und 2 BGB eröffnen.⁴⁵¹

c) Systematische Auslegung - Rückschluß auf die ratio des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB aus einem Vergleich mit den anderen akzessorischen Sicherheiten Pfandrecht und Hypothek

Die im vorangegangenen Kapitel erarbeitete gesetzgeberische Intention des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB wird durch eine systematische Auslegung in Zusammenhang mit den anderen akzessorischen Sicherheiten Pfandrecht und Hypothek bestätigt.

aa) Pfandrecht, § 1210 Abs. 1 BGB

(1) Allgemeines

Mit dem streng akzessorischen Pfandrecht stellt das Gesetz ein beschränktes, absolutes dingliches Verwertungsrecht an einer beweglichen Sache (§ 1204 BGB) oder an einem Recht (§ 1273 BGB) zur Verfügung. Gemäß der mit dem Wortlaut des § 765 Abs. 2 BGB identischen Vorschrift des § 1204 Abs. 2 BGB kann auch das Pfandrecht für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden. Während das Pfandrecht in diesen Fällen bereits im Zeitpunkt der Einigung und Besitzeinräumung zur Entstehung gelangt,

⁴⁵⁰ Zutreffend Schreiner, Die Kreditbürgschaft in der Formularpraxis der Banken und Sparkassen, S. 56.

⁴⁵¹ Tiedtke, Anm. zu BGH; Urt. V. 13.11.1997 – IX ZR 289/96 in JZ 1998, 732 ff., der allerdings dennoch über § 307 Abs. 3 BGB zu § 307 Abs. 1 und 2 BGB gelangt, indem er an die Stelle eines gesetzlichen Leitbildes in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB ein allgemeines gesetzliches Leitbild in Form der Privatautonomie setzt, von dem infolge der unkalkulierbaren und uferlosen Haftungsausweitung abgewichen werde.

setzt die Verwertung voraus, daß die künftige oder bedingte Forderung entstanden und fällig geworden ist. Grundsätzlich haftet das Pfand nach § 1210 Abs. 1 S. 1 BGB ebenso wie die Bürgschaft nach § 767 Abs. 1 S. 1 BGB für die Forderung in ihrem jeweiligen Bestand. Mit § 1210 Abs. 1 S. 2 BGB enthalten die Regelungen zum Pfandrecht im Anschluß an die in Satz 1 festgelegte Akzessorietät eine Parallelnorm zu § 767 Abs. 1 S. 3 BGB. Beide Vorschriften gehen davon aus, daß durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft bzw. der Verpfändung vornimmt, die Verpflichtung des Bürgen bzw. die Haftung des Verpfänders nicht erweitert wird.⁴⁵²

(2) Fehlendes Schutzbedürfnis des Verpfänders

Das Pfandrecht vereint Merkmale einer dinglich beschränkten und einer von dem Bestand der Schuld abhängigen Sicherheit in sich. Hinsichtlich der gesetzlichen Regelung weisen §§ 1210 Abs. 1 S. 2 BGB und 767 Abs. 1 S. 3 BGB einen nahezu übereinstimmenden Wortlaut auf. Auch die gesetzes-systematische Stellung stimmt überein. Sowohl die Regelung in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB als auch diejenige in § 1210 Abs. 1 S. 2 BGB stellt jeweils in Satz 1 die dauernde Abhängigkeit der Verpflichtung des Sicherheitenbestellers von der Hauptschuld, also den akzessorischen Charakter der Sicherheit, voran.⁴⁵³ Gleichzeitig sind Bürgschaft und Pfandrecht streng akzessorisch ausgestaltet. Aus dem in § 1210 Abs. 1 S. 2 BGB konkretisierten Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter müßte daher, entsprechend der Auslegung des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB, dogmatisch konsequent das Leitbild eines besonderen Schutzes der Parteidisposition abgeleitet werden. Andererseits fehlt es bei dem dinglich beschränkten Pfandrecht, ebenso wie bei der vom Schutz des § 307 Abs. 1 und 2 BGB ausgenommenen Grundsuld,⁴⁵⁴ an der Gefahr einer mit der Personalsicherheit Bürgschaft vergleichbaren uferlosen und ruinösen Haftungsausweitung. Insbesondere ist infolge der dinglichen Beschränkung eine Haftung mit zukünftigem Vermögen ausgeschlossen. Im Unterschied zur persönlichen Haftung mit dem gesamten Vermögen stellt der verpfändete Gegenstand in der Regel nur einen geringen Bruchteil des Vermögens des Sicherungsgebers dar. Aus diesen Gründen besteht beim Pfandrecht nicht das durch die Rechtsprechung in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB vorausgesetzte Schutzbedürfnis.⁴⁵⁵ Wenn der Gesetzgeber § 767 Abs. 1 S. 3 BGB jedoch im Hinblick auf die besonderen Gefahren der Bürgschaft ausgestaltet hat, ist es nicht nachvollziehbar, warum er sich derselben Normenkonstruktion und desselben Wortlautes auch dann bedient, wenn diese Ge-

⁴⁵² So auch Batereau, Anm. zu LG Bonn, Urt. V. 12.02.1996, WuB I F 2. – 2.96 allerdings ohne die Rechtsprechung zu § 767 Abs. 1 S. 3 BGB in Frage zu stellen.

⁴⁵³ Vgl. Batereau, Anm. zu LG Bonn, Urt. V. 12.02.1996, WuB I F 2. – 2.96.

⁴⁵⁴ Vgl. BGH WM 1997, 1615 f. unter Berufung auf BGH WM 1995, 790 ff. sowie BGH WM 1996, 2233, 2234.

⁴⁵⁵ Zu diesem Ergebnis gelangt daher auch Merkel in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, I, § 93 RdNr 190.

fahren nicht vorliegen. Die wesentlichen gesetzlichen Parallelen zur Haftungsausgestaltung im Pfandrecht in Verbindung mit dem dort fehlenden Schutzbedürfnis des Sicherungsgebers widersprechen daher der Annahme, § 767 Abs. 1 S. 3 BGB statuiere aufgrund der unkalkulierbaren Haftungsrisiken eine besondere Ausprägung des Prinzips der Parteiautonomie. Dagegen wird die Folgerung bestätigt, daß die Personalsicherheit Bürgschaft qua legem als risikoreicheres Sicherungsmittel angelegt ist.

bb) Hypothek, §§ 1115 und 1190, 1180 BGB

(1) Allgemeines

Neben Bürgschaft und Pfandrecht ist schließlich die Hypothek ein akzessorisch ausgestaltetes Verwertungsrecht, das gemäß §§ 1113 ff. BGB auf ein Grundstück, ein grundstücksgleiches Recht oder einen daran bestehenden ideellen Miteigentumsanteil dinglich beschränkt ist. Übereinstimmend mit den anderen akzessorischen Sicherungsrechten kann auch die Hypothek nach § 1113 Abs. 2 BGB für eine künftige oder bedingte Forderung sowie für einen Dritten als Schuldner der Forderung bestellt werden.

Im Unterschied zu Bürgschaft und Pfandrecht ist bei der Hypothek allerdings die Eintragungspflicht in das Grundbuch nach § 1115 BGB zu berücksichtigen, so daß neben den am Sicherungsvertrag und am Hauptschuldverhältnis beteiligten Interessen noch das öffentliche Interesse an der Richtigkeit des Grundbuches hinzutritt. Eine Abweichung zu den anderen akzessorischen Sicherheiten Bürgschaft und Pfandrecht liegt vor allem darin, daß sich die Einigung der Beteiligten über die künftige Forderung bei den Grundformen der Hypothek stets auf eine bestimmte Forderung beziehen muß.⁴⁵⁶ Nach § 1115 Abs. 1 S. 1. Halbs. BGB muß der Geldbetrag der Forderung bei der Eintragung angegeben werden. Dies gilt ebenso für eventuelle Nebenforderungen sowie den Zinssatz. Der konkrete Schuldgrund muß nach § 1115 Abs. 1 2. Halbs. BGB zumindest in der Eintragungsbewilligung aufgeführt sein. Gemäß § 1190 Abs. 1 BGB kann eine Hypothek aber auch in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt ist und im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Die Höchstbetragshypothek besteht nach § 1163 BGB nur in der Höhe, in der sich die Forderung des Gläubigers realisiert hat. In dem darüber hinausgehenden Teil ist sie Eigentümergrundschuld.⁴⁵⁷ Aber auch bei der Höchstbetragshypothek wird der bei der Bestellung der Sicherheit erkennbare Bestand der Hauptschuld durch § 1180 BGB

⁴⁵⁶ Baur/Stürmer, Sachenrecht, S. 456.

⁴⁵⁷ Vgl. RGZ 125, 133, 136.

geschützt.⁴⁵⁸ Danach ist ein Austausch der anfänglich zugrunde liegenden Forderung nur mit der Zustimmung des Eigentümers als Sicherungsgeber und der Eintragung im Grundbuch zulässig. Ferner fallen unter § 1180 BGB die Erweiterung des bisherigen Forderungskreises⁴⁵⁹ und dessen Austausch gegen einen anderen⁴⁶⁰.

(2) Umkehrschluß aus §§ 1115 Abs. 1, 1180, 1190 BGB

Auch durch die im Hypothekenrecht nach § 1115 Abs. 1 BGB erforderliche Individualisierung der gesicherten Schuld sowie die Mitwirkungspflicht des Eigentümers nach § 1180 BGB wird die neuere Auslegung des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB nicht bestätigt.

Die Hypothek unterscheidet sich von den Sicherungsmitteln Pfandrecht und Bürgschaft durch die Eintragungspflicht im Grundbuch. Das Grundbuch soll die Rechtslage an Grundstücken möglichst richtig und vollständig wiedergeben.⁴⁶¹ Mit diesem Ziel wäre eine grundbuchpflichtige Sicherheit mit dynamischem Forderungsbestand nicht vereinbar. Diese Prämisse liegt demgemäß den §§ 1115, 1180 BGB zugrunde. Darüber hinaus läßt auch die historische Entwicklung darauf schließen, daß die Eintragungspflichtigkeit des Institutes Hypothek selbst nicht in erster Linie dem Schutz des Eigentümers als Sicherungsgeber dient. Nach römischem Recht war die Hypothek nicht formgebunden.⁴⁶² Hierdurch war jedoch der dingliche Rechtszustand und damit der Wert der Sache für den Erwerber des Sicherungsgutes oder einen weiteren Sicherungsnehmer unklar.⁴⁶³ Der durch die Eintragung der Hypothek bewirkte öffentliche Glaube und die damit verbundenen Rechtsfolgen der §§ 891 ff. BGB bezwecken daher den Schutz des Sicherungsnehmers. Zudem hat der Gesetzgeber in Form der Höchstbetragshypothek nach § 1190 BGB sogar für das Hypothekenrecht das Bedürfnis anerkannt, eine juristische Form für die Fälle bereitzustellen, "in welchen der sicherzustellende Anspruch dem Grunde oder dem Betrage nach noch nicht feststeht"⁴⁶⁴. Aus den gesetzlich geregelten Anforderungen des Hypothekenrechts an die Spezifizierung künftiger Verbindlichkeiten läßt sich somit im Wege des Umkehrschlusses zum einen ableiten, daß diese Erfordernisse

⁴⁵⁸ Vgl. KGJ 32 A 269.

⁴⁵⁹ Vgl. KG HRR 29, Nr. 909.

⁴⁶⁰ Vgl. KGJ 45, 286.

⁴⁶¹ Baur/Stürmer, Sachenrecht, S. 142.

⁴⁶² Die Hypothek, als eine Unterart des Pfandrechtes, war an Immobilien ebenso wie an Mobilien zulässig. Von der weiteren Variante des Pfandrechtes, *pignus*, unterschied sie sich nur dadurch, daß keine sofortige Aushändigung der Pfandsache erfolgen mußte. Vgl. Dernburg, Pandekten, Erster Band, S. 636.

⁴⁶³ Vgl. dazu Dernburg, Pandekten, Erster Band, § 264 = S. 642 f.

⁴⁶⁴ Schubert/Johow, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Teil 2, Sachenrecht, S. 484 f., 755 des Nachdrucks von 1982.

dann nicht gelten, wenn sie, wie bei der Bürgschaft, nicht explizit aus dem Gesetz hervorgehen. Zum anderen läßt gerade die Erklärung der besonderen Voraussetzungen der §§ 1115, 1180 BGB in Verbindung mit der Grundbuchpflichtigkeit der Hypothek den Schluß zu, daß eine nähere Beschreibung der Hauptschuld außerhalb des Grundbuches durch den Gesetzgeber nicht beabsichtigt war.

cc) Ergebnis

Die Gesamtbetrachtung der gesetzlichen Ausgestaltung aller akzessorischen Sicherungsrechte läßt eine übereinstimmende Regelungssystematik für die Sicherung zukünftiger Forderungen erkennen. Bei der aufeinander abgestimmten gesetzlichen Dogmatik wurde das wirtschaftliche Bedürfnis für eine Sicherung künftiger, nicht nach Grund oder Höhe individualisierter Forderungen gesehen. Dennoch hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, haftungsbeschränkende Regelungen zum Schutz des Sicherungsgebers aufzunehmen. Mit dieser Gesetzssystematik ist die Auslegung des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB im Sinne des von der Rechtsprechung zugrunde gelegten Leitbildes unvereinbar.

d) Zusammenfassung und Bedeutung des Ergebnisses für das gesetzliche Leitbild

Bei der Anwendung der Auslegungsmethoden und den Folgerungen aus der ratio legis ist zu berücksichtigen, daß der Bundesgerichtshof der Norm des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB kein Verbot, sondern lediglich ein Leitbild entnimmt. Im Ergebnis ändert dies allerdings nichts daran, daß die neuere Rechtsprechung mit Sinn und Zweck der Norm unvereinbar ist. Denn das der Bürgschaft zugrundeliegende und für die Anwendung des § 307 Abs. 1 und 2 BGB relevante Leitbild ergibt sich eben gerade aus den Vorstellungen des Gesetzgebers darüber, was zulässig und wirtschaftlich erforderlich ist. Aber auch die Bürgschaft für alle aus einer Geschäftsverbindung entspringenden Verbindlichkeiten war danach ohne weiteres möglich. Hiernach stellt die Übernahme auch künftiger unbeschränkter Verbindlichkeiten einen gesetzlichen Regelfall einer Hauptschuld dar. Ein Rückgriff auf die anlaßbegründende Verbindlichkeit ist nur dann im Sinne des Gesetzes, wenn die Bürgschaftserklärung ausdrücklich auf diesen Anlaß beschränkt abgegeben wurde. Ebenso wie im Grundschuldrecht fehlt es folglich an einer Norm, die ein von den weiten Sicherungszweckerklärungen abweichendes Leitbild vorgibt.

3. Konsequenz des bürgschaftsrechtlichen Leitbildes für die Anwendbarkeit des Gesetzes über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen

a) Ausschluß der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB

aa) Abweichung von einer Vorschrift des Bürgschaftsrechts

Durch § 307 Abs. 3 S. 1 BGB wird der Bereich definiert, innerhalb dessen eine Inhaltskontrolle stattfinden kann.⁴⁶⁵ Nach dem Wortlaut der Norm ist eine Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Rahmen der §§ 307 – 309 BGB auf solche Bestimmungen beschränkt, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen getroffen werden. Eine Abweichung liegt vor, wenn die Allgemeine Geschäftsbedingung einen anderen Inhalt hat als die betreffenden Rechtsvorschriften, insbesondere, wenn Interessen durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen anders bewertet und gegeneinander abgewogen werden und hierdurch Rechte und Pflichten, Obliegenheiten, Lasten und Risiken anders als durch die einschlägigen Rechtsvorschriften verteilt oder von anderen Voraussetzungen abhängig gemacht werden.⁴⁶⁶ Demgegenüber liegt eine Ergänzung im Sinne von § 307 Abs. 3 S. 1, 2. Fall BGB vor, wenn die Interessenbewertung einer Rechtsvorschrift durch Allgemeine Geschäftsbedingungen konkretisiert oder sonst erweitert wird.⁴⁶⁷ Inhaltskontrolle als Rechtskontrolle kann daher nur dort stattfinden, wo objektive, staatliche Richtigkeitsmaßstäbe bestehen oder aus übergreifenden Prinzipien entwickelt werden können. Hingegen fehlen im allgemeinen dann rechtliche Maßstäbe, wenn es sich um die vertraglichen Hauptleistungen, also die vertragliche Bestimmung von Leistung und Gegenleistung, handelt.⁴⁶⁸ Somit setzt die von der Rechtsprechung befürwortete Anwendung des § 307 Abs. 1 und 2 BGB auf die in Frage stehenden Formulklauseln eine Abweichung von den gesetzlichen Regelungen oder von dem Grundgedanken des dispositiven Bürgschaftsrechts, also den §§ 765 ff. BGB oder deren Ergänzung, voraus. Eine solche Irregularität liegt jedoch, wie dargestellt, nicht vor.

⁴⁶⁵ Staudingers/Coester, BGB, (1998), § 8 AGBG Rn 1.

⁴⁶⁶ Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, § 8 Rdnr. 6.

⁴⁶⁷ Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, § 8 Rdnr. 7.

⁴⁶⁸ Coester in J.v. Staudingers, 13. Aufl., Einl zu §§ 8 ff. AGBG Rn 9 und § 8 AGBG Rn 2.

bb) Aufteilung in Haupt- und Nebenleistungspflicht im Sinne von § 307 Abs. 3 S. 1 BGB

Im weiteren unterliegt die Auffassung des Bundesgerichtshofes, daß die vertragliche Erweiterung der Bürgschaft auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners eine Nebenabrede sei, die die Hauptverpflichtung des Bürgen erweitere⁴⁶⁹, Bedenken. Infolge der fehlenden Abweichung von einem gesetzlichen Leitbild ist nämlich eine Aufteilung nach Haupt- und Nebenleistungspflicht nicht überzeugend. Hauptleistungspflichten prägen die Eigenart des jeweiligen Schuldverhältnisses und sind für die Zuordnung zu den verschiedenen Typen der Schuldverhältnisse entscheidend. Demgegenüber dienen Nebenleistungspflichten der Vorbereitung, Durchführung und Sicherung der Hauptleistung. Sie sind auf die Herbeiführung des Leistungserfolgs bezogen und ergänzen die Hauptleistungspflicht.⁴⁷⁰ Die Eigenart der Bürgschaft wird durch den Umstand, daß zwischen den Beteiligten ein weiter Sicherungszweck zugrunde gelegt wird, nicht tangiert. Auch ohne jede betrags- und summenmäßige Begrenzung bestehen keine Zweifel über die Zuordnung des Sicherungsvertrages zu den §§ 765 ff. BGB. Dementsprechend lassen sich die im Rahmen der Haftungserweiterung hinzukommenden künftigen Verbindlichkeiten auch nicht unter den Begriff einer Nebenleistungspflicht subsumieren.

Insbesondere läßt sich zwischen der Schuld, die den Anlaß der Haftungsübernahme darstellt, und den durch die formularmäßige Haftungsausdehnung hinzukommenden Verbindlichkeiten keine Hierarchie bilden, da alle Forderungen in gleicher Weise durch die Bürgschaft gesichert werden. Selbst wenn also die Haftungsübernahme für einen unbestimmten Kreis künftiger Forderungen als eine atypische Gestaltung bewertet wird, erscheint eine Unterteilung zwischen Haupt- und Nebenleistungspflicht konstruiert. Demzufolge kann aber § 307 Abs. 1 und 2 BGB auch nicht über das Umgehungsverbot des § 306 a BGB überzeugend begründet werden. Nach § 306 a BGB findet das AGB-Gesetz auch dann Anwendung, wenn durch die vertragliche Ausgestaltung die §§ 305 – 310 BGB umgangen werden soll. Der Verwender weitgefaßter Zweckerklärungen könnte also grundsätzlich eine Klauselkontrolle per Formulierung dadurch ausschließen, daß er die von ihm beabsichtigte Nebenleistungspflicht als Hauptleistung in den Vertrag mit aufnimmt. In diesem Fall wäre der Weg über § 307 Abs. 1 und 2 BGB versperrt, da § 307 Abs. 3 S. 1 BGB für die Überprüfbarkeit der Angemessenheit der Klausel voraussetzt, daß es sich nicht um eine Haupt- sondern um eine Nebenleistungspflicht handelt. Den weitgefaßten Bürgschaftszweckklauseln läßt sich ein entsprechender Umgehungswille indes nicht entnehmen. Es ist nicht ersichtlich, daß die Kreditinstitute die Voraussetzungen von § 307 Abs. 3 S. 1 BGB dadurch erschleichen, daß sie die Haftung über den Sicherungsanlaß hinaus durch geschickte Formulierung

⁴⁶⁹ BGH WM 1995, 1397, 1401

⁴⁷⁰ Vgl. MünchKomm-Kramer, BGB, § 241 Rdnr. 15.

zur Hauptleistungspflicht ausgestaltet haben.⁴⁷¹ Wie dargestellt, gründet die Zuordnung nicht auf der jeweiligen Formulierung der Zweckvereinbarung, sondern auf grundsätzlichen rechtlichen Erwägungen. Vor dem Hintergrund der hier vertretenen Ansicht scheidet eine Inhaltskontrolle weiter Sicherungszweckklauseln nach § 307 Abs. 1 und BGB in jedem Fall an Abs. 3 S. 1.

cc) Unzulässige Erweiterung des Anwendungsbereiches des Gesetzes über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen infolge klauselspezifischer teleologischer Reduktion einer bürgschaftsrechtlichen Norm

Die Anwendung des § 307 Abs. 1 und 2 BGB ist somit nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB ausgeschlossen. Eine Beschränkung des Forderungskreises künftiger Hauptschulden könnte folglich⁴⁷² nur über eine teleologische Reduktion einer bürgschaftsrechtlichen Norm selbst erreicht werden. Dabei kommt allerdings allein die Vorschrift in § 765 Abs. 2 BGB in Betracht, da der Regelungsgehalt des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB ein gänzlich anderer ist. Dies würde jedoch zwingend zur Unwirksamkeit auch individualvertraglicher Vereinbarungen führen.⁴⁷³ Denn gegen eine teleologische Reduktion von § 765 Abs. 2 BGB, die allein zur Unzulässigkeit vorformulierter Verträge führen könnte, bestehen grundsätzliche rechtssystematische Bedenken.^{474 475} Nach der abschließenden Regelungssystematik des Gesetzes über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind im Umkehrschluß alle diejenigen vorformulierten Klauseln wirksam, die nicht einem der in den §§ 305 c Abs. 1, 307 Abs. 1 und 2 BGB und §§ 308 – 309 BGB genannten Tatbestände unterfallen. Die Grenzen des Gesetzes über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden durch das geltende Recht gezogen. Dem durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verdrängten dispositiven Recht kommt eine Leitbildfunktion in dem Sinne zu, daß sich die Inhaltskontrolle an den gesetzlich vorgegebenen Wertungen zu orientieren hat.⁴⁷⁶ Eine allein für die Anwendbarkeit des Gesetzes über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgende teleologische Reduktion würde daher gleichzeitig eine unzulässige Umgehung des Anwendungsbereiches des Gesetzes bedeuten. Demgemäß kann eine nach § 765 Abs. 2 BGB ohne weiteres zulässige wirtschaftliche Belastung, die das Gesetz -als Leitbild der Vorschriften über All-

⁴⁷¹ So aber Fullenkamp, Die erweiterte Zweckerklärung bei Bürgschaft und Grundschild, Auslegung und Wirksamkeit unter besonderer Berücksichtigung von § 9 AGBG, S. 114 f.

⁴⁷² Sieht man von den speziellen Fallkonstruktionen ab, in denen § 305 c Abs. 1 BGB zur Anwendung gelangt.

⁴⁷³ Insoweit konsequent Schröder, Interessengegensätze beim Personalkredit in der Bankenpraxis, S. 131 ff., 134.

⁴⁷⁴ So aber Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, Rdz. 582.

⁴⁷⁵ Neben der Problematik des Ausschlusses von der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB.

⁴⁷⁶ BGH NJW 1964, 1132 f.; BGH NJW 1973, 1194; BGH NJW 1976, 2346.

gemeine Geschäftsbedingungen - zuläßt, nicht bei einem vorformulierten Vertragsabschluß unzulässig sein.⁴⁷⁷

b) Gleichbehandlung von Bürgschaften für Festkredite und solche für Kontokorrentkredite im Rahmen des § 305 c Abs. 1 BGB

aa) Problemstellung

Nach § 305 c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann nicht Vertragsbestandteil, wenn sie nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, daß der Vertragspartner des Verwenders nicht mit ihnen zu rechnen braucht. Soweit die Ungewöhnlichkeit der Klausel durch eine erhebliche Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht indiziert sein kann⁴⁷⁸, fehlt es an einem entsprechenden Leitbild im Bürgschaftsrecht.

Daher ist als Anhaltspunkt für eine Bewertung der Klauseln, durch die eine Haftung für alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten aus der Geschäftsverbindung zwischen Bank und Hauptschuldner übernommen wird, die Intention des § 305 c Abs. 1 BGB zugrunde zu legen. Hiernach soll der Vertragspartner des Verwenders darauf vertrauen dürfen, daß sich die einzelnen Regelungen im großen und ganzen im Rahmen dessen halten, was nach den Umständen bei Abschluß des Vertrages erwartet werden kann.⁴⁷⁹ Nach der Rechtsprechung sollen insoweit der Ratentilgungskredit und der Kontokorrentkredit gleichzustellen sein. In beiden Fällen überschreite die weite Bürgschaftszweckerklärung den Rahmen dessen, was der Bürge habe erwarten müssen. Auf diese Weise setzt sich die Rechtsprechung jedoch über die zwischen beiden Kreditformen bestehenden erheblichen Unterschiede hinweg. Bei der Prüfung der Schutzbedürftigkeit eines Bürgen, der für ein in laufender Rechnung gewährtes Darlehen einzutreten verspricht, muß vorausgesetzt werden, daß er von den Besonderheiten des Kontokorrents Kenntnis hat. Auf dieser Grundlage kann aber auch bei einer summen- oder betragsmäßigen Erweiterung des Haftungsrahmens nicht in gleicher Weise wie bei einem Festkredit ein Überrumpelungseffekt angenommen werden. Das Fehlen einer im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB erforderlichen überraschenden Wirkung der Klausel ergibt sich je nachdem, ob eine betragsmäßige oder aber eine summenmäßige Erweiterung vorliegt, aus verschiedenen Überlegungen.

⁴⁷⁷ Vgl. für eine andere Sachverhaltsgestaltung, Höchstbetragshypothek als Maßstab für die Angemessenheitskontrolle bei der Grundschuld: Volmer WM 1998, 914, 920.

⁴⁷⁸ Vgl. BGH NJW 1992, 1236 f.

⁴⁷⁹ BT-Drucks. 7/3919, S. 19; vgl. auch BGH DB 1975, 2366, 2367 f.

(1) Betragsmäßige Erweiterung

Eine Erweiterung der zahlenmäßigen Höhe des Haftungsbetrages ist in zweierlei Weise denkbar. Zum einen können Erhöhungen der Kreditlinie in größerem Umfang durch nachträgliche ausdrückliche Vereinbarung der Darlehensparteien in Betracht kommen. Zum anderen sind geringfügige Erhöhungen des ursprünglichen Kreditlimits in Form von geduldeten Überziehungen denkbar.

(a) Erhöhungen der Kreditlinie

Hinsichtlich der ersten Variante ist zu berücksichtigen, daß die Kreditinstitute bereits vor dem Wandel der Rechtsprechung von sich aus dazu übergegangen waren, bei Globalbürgschaften allgemein einen Höchstbetrag vorzusehen.⁴⁸⁰ Durch diese ziffernmäßige Begrenzung ist der Bürge hinreichend geschützt. Im übrigen werden die mit einer betragsmäßigen Erhöhung verbundenen Folgen, wie beispielsweise die Haftungsverlängerung, auch nach der neueren Rechtsprechung dem Bürgen auferlegt.⁴⁸¹ Im Ergebnis unterscheiden sich die ältere und die seit 1995 ständige Rechtsprechung in diesem Punkt lediglich darin, daß die Haftung des Bürgen zuvor durch den Höchstbetrag beschränkt wurde und nunmehr die ursprüngliche Kreditlinie als zusätzliche und, soweit diese unter dem Bürgschaftshöchstbetrag liegt, vorrangige Haftungsgrenze hinzutritt. In dem Umstand, daß der Bürge anstelle des ursprünglichen Kreditlimits bei einer Inanspruchnahme bis zum Höchstbetrag haftet, kann jedoch kein Überraschungseffekt liegen. Denn der Bürge ist aufgrund der betragsmäßigen Aufführung des Haftungshöchstbetrages in dem Bürgschaftsvertrag ausreichend gewarnt. Er kann nicht in dem Glauben geschützt werden, daß dieser für ihn erkennbar vom aktuellen Kreditlimit abweichende Haftungshöchstbetrag vollständig ohne Bedeutung ist. Dafür spricht auch die drucktechnische Ausgestaltung. Da der genaue Betrag der Bürgschaft bei jedem Vertrag individuell ist, kann davon ausgegangen werden, daß diese Ziffern regelmäßig nachträglich in den vorgedruckten Text eingesetzt werden, sich also von diesem auch optisch abheben.

Soweit abweichend von der Praxis ein Bürgschaftsversprechen ohne Höchstbetrag vorliegt, sind allerdings die Voraussetzungen des § 305 c Abs. 1 BGB dann gegeben, wenn die Bürgschaftsübernahme aus Anlaß eines bestimmten Kredites übernommen wurde. Vor dem Hintergrund, daß die

⁴⁸⁰ Staudinger/Horn, BGB, (1986), Vorbem. 42, 43 ff. zu §§ 765 ff.; Lwowski in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, Anh. zu § 91, S. 2166.

⁴⁸¹ Vgl. BGHZ NJW 1996, 1470 ff.

Bürgschaft durch die Kreditinstitute selbst in der Praxis bereits seit längerer Zeit regelmäßig durch einen Haftungshöchstbetrag begrenzt wird, muß der Bürge ohne weitere individuelle Vorgespräche nicht damit rechnen, daß seine Haftung über die veranlassende Verbindlichkeit hinaus betragsmäßig unbegrenzt ist. Die Haftungshöchstsumme muß dann durch Auslegung des Bürgschaftsvertrages gemäß §§ 133, 157 BGB ermittelt werden. Dabei sind die außerhalb des Erklärungsaktes liegenden Begleitumstände in die Auslegung einzubeziehen, soweit sie einen Schluß auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen.⁴⁸² In diesen Fällen läßt sodann nur das bei Abgabe der Bürgschaftserklärung in Betracht gezogene Kreditvolumen einen Rückschluß auf den Gegenstand der Bürgschaft zu, so daß auf die den Anlaß bildende Kreditlinie als Höchstbetrag zurückgegriffen werden muß. Dies gilt allerdings nicht schematisch, sondern nur in den Sachverhalten, die keine weiteren abweichenden auslegungsrelevanten Indizien aufweisen. So z.B. wenn der Bürge vor Unterzeichnung der Vertragsurkunde ausdrücklich und unwidersprochen darauf hinweist, daß er nur für eine bestimmte konkrete Verbindlichkeit eintreten will.⁴⁸³

(b) Geringfügige Überziehungen

Die zweite Variante einer "verhältnismäßigen" Überziehung oder "im Rahmen des Üblichen liegende Überschreitung der Kreditlinie"⁴⁸⁴ bietet ebenfalls keinen Ansatz für einen Überrumpelungseffekt, wenn ganz bewußt ein Kontokorrentkredit und/oder die gesamte Geschäftsverbindung abgesichert werden soll.⁴⁸⁵ Es stellt gerade den Beweggrund für die oftmals zur Finanzierung geschäftlicher Tätigkeit vergebenen Kontokorrentkredite dar, daß der genaue Finanzierungsbedarf nicht von vornherein abgesehen werden kann. Daher kommen Überziehungen und Erhöhungen der Kreditlinie in der Bankpraxis sehr häufig vor. Die Erhöhung von Kontokorrentlinien oder die Duldung von Überziehungen bei zusätzlichem Mittelbedarf werden von den Banken vielfach erwartet und können auch geboten sein.⁴⁸⁶ Es muß daher als bekannt vorausgesetzt werden, daß die vereinbarte Kreditlinie bei einem Kontokorrentkredit im Geschäftsverkehr keine absolute Obergrenze darstellt.⁴⁸⁷ Ein entsprechendes potentiell Wissen kann auch dem geschäftlich weniger erfahrenen Bürgen wegen der Parallelen zu dem ebenfalls in laufender Verrechnung geführten und allgemein verbreiteten Girokonto vorgehalten werden.⁴⁸⁸ Es kann als bekannt vorausgesetzt werden, daß auch in

⁴⁸² Vgl. BGH WM 1971, 40, 42.

⁴⁸³ zutreffend BGH WM 1994, 784 ff.

⁴⁸⁴ Dies wurde nach der älteren Rechtsprechung als zulässig angesehen, vgl. BGH WM 1987, 1430, 1431.

⁴⁸⁵ Ebenso Rehbein in FS Heinsius, S. 659, 672.

⁴⁸⁶ Rehbein in FS Heinsius, S. 659, 672.

⁴⁸⁷ Vgl. BGH WM 1987, 1430, 1431.

⁴⁸⁸ In diesem Sinne auch Lohmann, Rechtsprobleme bei der Globalzweckerklärung insbesondere in Formularverträgen, S. 63 ff.

diesem Bereich kurzfristige, geduldete Überziehungen zum Erhalt der Liquidität des Kontoinhabers üblich und wirtschaftlich geboten sind. So ist beispielsweise die Abbuchung eines Versicherungsbeitrages zum Erhalt des Versicherungsschutzes unmittelbar vor Eingang des Gehaltes auch dann geboten und entspricht kaufmännischer Sorgfalt, wenn das Girokonto hierdurch vorübergehend debitorisch wird. Eine entsprechende Verfahrensweise wird von den Kunden regelmäßig auch erwartet.

Dieses wirtschaftliche Bedürfnis besteht indes in gesteigertem Maße bei Kontokorrentkonten, die vor allem auch ein Instrument der Kreditgewährung im geschäftlichen Bereich sind. So löst eine Bank beispielsweise einen Kundenscheck oder –wechsel trotz voller Ausnutzung einer vereinbarten Kreditlinie doch noch ein, um den Scheck nicht "platzen" zu lassen und hierdurch den Lieferantenkredit ihres Kunden zu schädigen.⁴⁸⁹ Schließlich liegen entsprechende Verfahrensweisen im Interesse des Bürgen an dem Erhalt der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Hauptschuldners. Dagegen gehört der Umstand, daß sich mit Erhöhung der Kreditlinie auch das Insolvenzrisiko und damit die Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme erhöht, zum allgemeinen Bürgenrisiko. Demgemäß wird der Tatbestand des § 305 c Abs. 1 BGB durch eine Klausel, die eine solche Überschreitung der Kreditlinie eröffnet, nicht erfüllt.

(2) Erweiterung der Summe der Forderungen

Eine summenmäßige Erweiterung des Haftungsrahmens wird durch die Beschränkung auf die veranlassende Kreditlinie nicht zuverlässig verhindert. Es stellt vielmehr eine Frage der Verbuchung dar, ob der Haftung des Bürgen im Rahmen des Bürgschaftshöchstbetrages weitere Forderungen unterlegt werden. Die Haftung besteht selbst dann fort, wenn nach der Bürgschaftserklärung das Kreditlimit um einen höheren Betrag heraufgesetzt wurde, als die Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu dem Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Bürgen noch valuiert. Der Bürge haftet mit anderen Worten also selbst dann, wenn –bei hypothetischer Betrachtung– ohne die nachträgliche Erhöhung der Kontokorrentkredit schon vollständig zurückgezahlt worden wäre.⁴⁹⁰ Wird eine neue Verbindlichkeit beispielsweise durch Eröffnung eines zweiten Kontokorrentkredits zwischen Gläubiger und Hauptschuldner begründet, haftet der Bürge nach der neueren Rechtsprechung hierfür nicht, da diese Verbindlichkeit nicht wirksam durch eine weite Sicherungszweckerklärung einbezogen werden konnte. Wird dasselbe Darlehen dagegen auf den bereits bestehenden Kontokorrentkredit, der Anlaß der Bürgschaftsübernahme war, durch Erhöhung der Kreditlinie "aufgesattelt", wird die Haftung des Bürgen auch nach der aktuellen Rechtsprechung modifiziert. Es hängt nunmehr von dem Zeitpunkt der Inanspruch-

⁴⁸⁹ Beispiel nach Rehbein JR 1985, 506.

⁴⁹⁰ Seidel/Brink DB 1997, 1961, 1963.

nahme und dem Fortschritt der Teilzahlungen zur Tilgung ab, ob sich die Haftung letztlich auch auf die neue Verbindlichkeit erstreckt. Wird der Kredit zu einem frühen Zeitpunkt, in dem noch kaum eine Rückführung erfolgt ist, notleidend, erfaßt die auf die ursprüngliche Kreditlinie begrenzte Haftung tatsächlich nur den veranlassenden Kredit. Wird der Hauptschuldner jedoch erst im weiteren Verlauf der Geschäftsbeziehung illiquide⁴⁹¹ und wurde bereits ein erheblicher Teil des Gesamtkreditvolumens zurückgeführt, haftet der Bürge für einen Restbetrag, der ohne die Krediterhöhung bereits getilgt worden wäre. Denn Teilzahlungen in die laufende Rechnung, die ohne Erhöhung des Limits allein den veranlassenden Kredit vermindert hätten, wurden stattdessen auch auf die weitere Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner angerechnet.

Dies wird an einem Beispiel deutlich:

B hat eine Bürgschaft für den Saldoanspruch aus einem Kontokorrentverhältnis zwischen X und dem Kreditinstitut K übernommen, wobei die Kreditlinie im Zeitpunkt der Vertragsabschlusses bei 100.000,00 € lag. Dieser Kredit wurde in Höhe von 90.000,00 € getilgt, so daß noch eine Restschuld in Höhe von 10.000,00 € besteht. Sodann gewährt K dem X ein weiteres Darlehen in Höhe von 100.000,00 € für das ein anderer Kontokorrentvertrag abgeschlossen wird. Kurz darauf verschlechtert sich die Vermögenslage des X erheblich, so daß K die Rückzahlung begehrt und, mangels Zahlungsvermögens des X, den B in Anspruch nimmt. Nach der geänderten Rechtsprechung haftet B lediglich in Höhe von 100.000,00 € und somit für den aktuellen Kredit.

Ein anderes Ergebnis liegt indes dann vor, wenn das weitere Darlehen über 100.000,00 € in denselben Kontokorrentvertrag eingestellt wurde. Aufgrund der nachfolgenden Erhöhung der Kreditlinie um weitere 100.000,00 € haftet B weiterhin zwar für einen Betrag, der mit der Höhe des den Anlaß bildenden Darlehens identisch ist, also in Höhe von 100.000 €. Ohne Erhöhung des Kreditlimits könnte K den B jedoch nur noch in Höhe von 10.000,00 € in Anspruch nehmen. Es wird somit offenbar, daß B für einen anderen, weiteren Kredit haftet.⁴⁹²

Eine Begrenzung auf den ursprünglichen Haftungsrahmen stellt somit kein taugliches Instrument dar, den Bürgen vor der Erweiterung seiner Haftung auf andere künftige Verbindlichkeiten zu schützen. Daran anschließend läßt sich sodann aber auch kein Vertrauen des Bürgen auf eine entsprechende Haftungsgrenze ableiten, das durch § 305 c Abs. 1 BGB geschützt werden könnte.

⁴⁹¹ Dies dürfte nach dem üblichen Verlauf auf die Mehrzahl der Fälle zutreffen.

⁴⁹² Vgl. dazu vor allem BGH 1996, 1470 ff.

bb) Ergebnis

Bei eingehender Berücksichtigung der zwischen den Festkrediten einerseits sowie den Kontokorrentkrediten andererseits bestehenden grundlegenden Unterschiede ist eine Übertragung der Anlaßrechtsprechung auf die letztgenannten Kreditformen abzulehnen. Die Verbindlichkeit, die der Anlaß der Bürgschaftsübernahme war, ist im Bereich der laufenden Rechnung weder ein taugliches Instrument, den Bürgen vor einer Haftungserweiterung zu schützen, noch wird der angestrebte Schutz den rechtlichen und wirtschaftlichen Besonderheiten des Kontokorrents gerecht. Es ist gerade ein Merkmal des in laufender Rechnung gewährten Kredites, daß die künftige Verbindlichkeit zahlenmäßig nicht bestimmt ist und sich die Höhe der Haftung erst durch das Saldoanerkennnis beim Rechnungsabschluß ergibt. Wie im Rahmen der allgemeinen Begriffsbestimmung bereits dargestellt, dient der Kontokorrentkredit dazu, die Liquiditätslücke zwischen Eingängen auf einem Kontokorrentkreditkonto und den Abverfügungen zu Lasten eines Kontokorrentkontos auszugleichen und damit der Aufrechterhaltung eines ungestörten Zahlungsverkehrs. Daß der Bürge die künftige Forderung nicht kennt, ist folglich eine Besonderheit des Kontokorrents. Wenn der Bundesgerichtshof nunmehr aus dem Leitbild des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB das Interesse des Bürgen, den Grund und den Umfang der zukünftigen Verbindlichkeit zu kennen, ableitet,⁴⁹³ könnte sich der Bürge für eine Kontokorrentforderung nicht mehr wirksam verbürgen.⁴⁹⁴ Allen Versuchen im Schrifttum und in der Rechtsprechung, aus dem bestehenden Recht den sozialpolitisch begehrten Schutz des Bürgen vor den standardisierten weiten Sicherungszweckklauseln der Kreditinstitute zu erreichen, ist gemeinsam, daß das Ergebnis contra legem in Form einer Überinterpretation der bürgschaftsrechtlichen Vorschriften oder durch eine unzulässige Ausweitung der Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen erzielt wird. Deshalb kann nur der Gesetzgeber dieses Problem lösen.

⁴⁹³ Vgl. BGH ZIP 1996, 1289, 1291.

⁴⁹⁴ Ähnlich Graf v. Westphalen WM 1984, 1589, 1590.

C. Zusammenfassung zur neueren Rechtsprechung

Die neuere Rechtsprechung zu weiten Bürgschaftszweckerklärungen unterliegt wesentlichen rechtlichen Bedenken.

Bei einer unveränderten Übertragung der für die Grundschuld entwickelten Anlaßrechtsprechung auf die formularmäßige Haftungserweiterung einer Bürgschaft bleibt der unterschiedliche Wert beider Haftungsmassen für den Gläubiger, nämlich das Vermögen des Bürgen einerseits und das Grundstück andererseits, außer Betracht. Damit korrespondiert jedoch das zwingend voneinander abweichende Haftungsrisiko des Eigentümers und des Bürgen.

Der durch den Bundesgerichtshof angenommene Verlust der Privatautonomie infolge des weiten Sicherungszwecks kann auch im Rahmen individualvertraglicher Vereinbarung nicht ohne Belang sein. Hinsichtlich des von § 305 c Abs. 1 BGB ausgenommenen Adressatenkreises wird verkannt, daß ein Überrumpelungseffekt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unabhängig von der Möglichkeit einer späteren Einflußnahme zu beurteilen ist. Dieser unzutreffende Ansatzpunkt kann daher auch nicht unverändert für die Prüfung des § 307 Abs. 1 und 2 BGB übernommen werden. Insbesondere hat sich die Rechtsprechung mit der neu definierten Personengruppe der Geschäftsführer, Mehrheitsgesellschafter u.a. von der bürgschaftsspezifischen Bewertung verminderter Schutzbedürftigkeit, wie sie in § 350 HGB niedergelegt ist, vollständig entfernt.

Der Judikatur kann aber auch im Ausgangspunkt nicht gefolgt werden.

Den bürgschaftsrechtlichen Regelungen des BGB ist weder das bis zur Änderung der Rechtsprechung im Schrifttum angenommene Bestimmtheitsanfordernis im Sinne einer Überschaubarkeit des Haftungsumfanges künftiger Verbindlichkeiten zu entnehmen, noch findet das durch die Rechtsprechung erkannte Leitbild Bestätigung.

Weder eine teleologische Auslegung von § 765 Abs. 2 BGB, noch von § 767 Abs. 1 S. 3 BGB bestätigt die Annahme, daß eine entsprechende Begrenzung gesetzesimmanent ist. In der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts, auf deren Wertungen und Vorstellungen das Schuldrecht des BGB aufbaut, war die Übernahme einer Bürgschaft für einen nicht näher bestimmten Kreis künftiger Forderungen selbstverständlich und nicht Gegenstand rechtlicher Diskussionen. Hieran anschließend läßt sich den Gesetzesmaterialien zu § 765 Abs. 2 BGB, insbesondere dem Dresdner Entwurf, entnehmen, daß die Fälle weitgefaßter Bürgschaftsverpflichtungen

gesehen und wegen eines dahingehenden wirtschaftlichen Bedürfnisses gebilligt wurden.

Mit dieser Annahme steht ferner die gesetzssystematische Ausgestaltung der anderen akzessorischen Sicherungsrechte Pfandrecht und Hypothek in Einklang. § 1210 Abs. 1 S. 2 BGB ist in Wortlaut und Stellung im Gesetz mit § 767 Abs. 1 S. 3 BGB nahezu gleich, so daß nur eine einheitliche Auslegung in Betracht kommt. Andererseits fehlt es bei der dinglich beschränkten Realsicherheit des Pfandrechts an den Gefahren einer ruinösen und unübersehbaren Haftungsausweitung, vor denen der Bürge nach Auffassung des Bundesgerichtshofes durch § 767 Abs. 1 S. 3 BGB geschützt werden soll. Auch die im Hypothekenrecht nach § 1115 Abs. 1 BGB erforderliche Individualisierung der gesicherten Schuld und die gemäß § 1180 BGB erforderliche Zustimmung des Eigentümers zur Veränderung der Forderung haben ihren Ursprung nicht im Schutz des Eigentümers als Sicherungsgeber, sondern dienen der Aussagekraft des Grundbuchs und damit den Interessen potentieller weiterer Gläubiger oder Erwerber des Grundstückes. Dagegen läßt sich aus der ausdrücklichen Aufnahme der genannten Anforderungen an die Individualisierung der Hauptschuld im Hypothekenrecht im Wege des Umkehrschlusses ableiten, daß diese Erfordernisse dann nicht gelten sollen, wenn sie nicht explizit aus dem Gesetz hervorgehen. Für die wohlwollende Bewertung weiter Sicherungszweckvereinbarungen durch den Gesetzgeber läßt sich schließlich die Regelung des § 1190 BGB heranziehen, durch die selbst für das grundbuchpflichtige Sicherungsmittel der Hypothek einem entsprechenden praktischen Bedürfnis Raum gegeben wurde.

Hieran anschließend kann auch § 767 Abs. 1 S. 3 BGB keine andere ratio legis entnommen werden. Im übrigen unterfällt die einvernehmliche Vereinbarung eines weiten Sicherungszwecks bereits nicht dem Tatbestand der Norm.

Ausgangspunkt für die Überprüfung weitgefaßter Bürgschaftszweckerklärungen ist also die Ausgestaltung der für den Gläubiger mit größeren Risiken verbundenen Personalsicherheit der Bürgschaft. Im Gegensatz zur Immobiliarsicherheit besteht das Risiko, daß das Vermögen des Bürgen zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme nicht mehr vorhanden ist. Andererseits ist das Sicherungsmittel Bürgschaft auch für den Bürgen selbst eine ex legem risikoreiche und wirtschaftlich einschneidende vertragliche Verpflichtung. Somit scheidet die gesetzliche Inhaltskontrolle mangels einer Abweichung von Rechtsvorschriften an § 307 Abs. 3 BGB. Vor allem scheidet eine unangemessene Benachteiligung daran, daß sich im Ergebnis das von der Rechtsprechung angenommene Leitbild weder mit der Vorschrift des § 767 I 3 BGB begründen läßt noch ein entsprechendes Leitbild mittels einer restriktiven Auslegung des § 765 Abs. 2 BGB aufgestellt werden kann. Die Vorschriften zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen orientieren sich an den Leitbildern der bürgerlich-rechtlichen Regelungen, die umgekehrt nicht ausschließlich mit dem Ziel der Anwendbarkeit der §§ 305 - 310 BGB ausgelegt werden können.

Im Rahmen von § 305 c Abs. 1 BGB erkennt die Judikatur bereits im Ansatz an, daß bei Bürgschaften für Kontokorrentkredite gegenüber solchen für Festkredite andere Erwägungen zugrunde gelegt werden müssen. Wegen der Besonderheiten des Kontokorrents, deren Kenntnis bei dem Bürgen vorauszusetzen ist, sind an den Überraschungseffekt höhere Anforderungen zu stellen.

Im übrigen ist zwischen verschiedenen Formen der Haftungserweiterung zu differenzieren: Hinsichtlich einer betragsmäßigen Erweiterung der Haftung in Form nachträglicher Erhöhung der Kreditlinie ist der Bürge durch den in der Praxis bereits seit 1993 üblichen Höchstbetrag ausreichend geschützt und kann auch nicht darauf vertrauen, daß seine Haftung auf eine niedrigere ursprüngliche Kreditlinie begrenzt ist.

Verhältnismäßige Überziehungen ohne ausdrückliche Kreditvereinbarung als weitere Variante der betragsmäßigen Erhöhungen sind wegen der allgemeinen Verbreitung im Girokontenverkehr auch Privatleuten bekannt und werden auch vielfach erwartet.

Die ebenfalls nach der neueren Rechtsprechung unzulässige Erweiterung der Summe der gesicherten Forderungen schließlich läßt sich im Bereich der Kontokorrentkreditbürgschaften ohnehin nicht sinnvoll ausschließen. Ob der Kreis der Forderungen in unzulässiger Weise erweitert wird, hängt allein davon ab, ob die zusätzlichen Verbindlichkeiten neben der Kontokorrentverbindung geltend gemacht werden und damit dem Anwendungsbereich der Rechtsprechung unterfallen oder in die gesicherte laufende Rechnung eingestellt werden. Im letztgenannten Fall kann der Bürge hierfür bis zur Höhe der ursprünglichen Kreditlinie selbst dann in Anspruch genommen werden, wenn das Kontokorrent ohne die nachträgliche Einstellung des weiteren Kredites bereits getilgt wäre.

Ein Schutz des Bürgen vor einer solchermaßen summenmäßigen Ausweitung seiner Haftung durch standardisierte Sicherungsverträge der Kreditwirtschaft kann nur durch den Gesetzgeber erreicht werden.

4. Teil: Auswirkungen der neueren Rechtsprechung zu weiten Sicherungszweckerklärungen im Bürgschaftsrecht auf die Lehre vom Kontokorrent

A. Einleitung

Die von der Judikatur vertretene Novationslehre in Verbindung mit der Lehre von der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo bedingen, wie dargestellt,⁴⁹⁵ eine unmittelbare Änderung der ursprünglichen Haftung akzessorischer Sicherheiten. Deshalb finden sich im Schrifttum zur Lehre vom Kontokorrent bereits vor dem 18.05.1995 vereinzelte Bezugnahmen auf die Vorschrift in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB. Diese rechtliche Anknüpfung der Kritik an der Novationslehre wurde jedoch nicht vertieft.⁴⁹⁶ Eine Ursache hierfür besteht darin, daß bis zu der bezeichneten Änderung der Rechtsprechung ein Verstoß gegen § 767 Abs. 1 S. 3 BGB vorwiegend in den Fällen anerkannt war, in denen die Haftung entgegen dem Akzessorietätsprinzip über die Höhe der ursprünglich gesicherten Forderung hinaus ziffernmäßig erweitert wurde. Im Zuge der neueren Auslegung von § 767 Abs. 1 S. 3 BGB hat nunmehr auch die Identität zwischen der ursprünglich gesicherten Forderung und derjenigen, für die der Bürge schließlich bei Eintritt des Sicherungsfalls einzustehen hat, Bedeutung erlangt. Das Leitbild der Norm ist folglich auch bei der Einhaltung eines zahlenmäßigen Limits tangiert. Daran schließt der Bezug zu den wesentlichen Argumenten gegen die Lehre vom Kontokorrent an.

Im folgenden wird dargestellt, daß sich die geänderte Rechtsprechung auch auf die Saldotheorien auswirkt und welche Konsequenzen sich hieraus im einzelnen für die Novationslehre und den Verrechnungsmodus im Kontokorrent ergeben. Es kann dabei dahinstehen, ob der neueren Rechtsprechung im Ergebnis zugestimmt oder ob diese, wie in Teil 3 der Arbeit vertreten, abgelehnt wird. Entscheidend ist vielmehr, daß die praktizierte ständige höchstrichterliche Rechtsprechung den aktuellen rechtlichen Hintergrund bildet, vor dem die zugleich weiterhin vertretene Novationslehre zu prüfen ist. Die in diesem Kapitel vorgenommene Untersuchung der Auswirkungen der neueren Rechtsprechung auf die Lehre vom Kontokorrent setzt daher die Auslegung des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB als ständige Rechtsprechung voraus. Sie stellt die Doktrin dar, an der sich die Rechtsprechung zu den Rechtswirkungen der periodischen Saldoziehung im Kontokorrent messen lassen muß.

⁴⁹⁵ Vgl. Teil 2 der Arbeit.

⁴⁹⁶ Vgl. dazu Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 80 ff.; Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 4; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 24.

Ausgangspunkt der vergleichenden Betrachtung ist die Frage nach den rechtlichen und tatsächlichen Parallelen der Sachverhalte des § 356 HGB einerseits, sowie der neueren Rechtsprechung zu weiten Sicherungszweckerklärungen andererseits. Da beide Sicherungsgebiete durch die Judikatur unterschiedlich rechtlich bewertet werden, schließt sich die Frage an, ob sich eine differierende Beurteilung aus den zwischen den Fallgruppen bestehenden Unterschieden heraus erklärt. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Novationslehre in engem praktischen Zusammenhang mit der Annahme einer verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung als regelmäßigem Verrechnungsmodus im Kontokorrent steht. Aus diesem Grund sind die verhältnismäßige Gesamtaufrechnung sowie die zu dieser Theorie vertretenen Alternativen darzustellen und zu erörtern.

B. Vergleichende Betrachtung des Haftungsumfangs bei akzessorischen Sicherheiten nach der Novationslehre sowie bei vorformulierten weiten Sicherungszweckerklärungen

I. Parallelen zwischen beiden Fallgruppen

1. Erweiterung der Haftung auf nicht individualisierte andere künftige Verbindlichkeiten im Sinne von § 767 Abs. 1 S. 3 BGB

a) Erhöhung des Betrages der Haftung

In seiner Entscheidung vom 18.05.1995 richtete der Bundesgerichtshof den Blick zunächst noch vornehmlich auf eine Beschränkung der durch eine weite Sicherungszweckvereinbarung erweiterten Haftung dem Betrage nach. Der Schwerpunkt der Ausführungen liegt auf dem zugrunde liegenden Sachverhalt einer zeitlich und in der Höhe unbeschränkten Bürgschaft und der damit verbundenen Gefahr, daß sich die Haftung auf ein Vielfaches des ursprünglich gesicherten Betrages belaufen könne.⁴⁹⁷ Hierdurch werde das bei der Bürgschaft wegen § 767 Abs. 1 S. 3 BGB vertragswesentliche Verbot der Fremddisposition ausgehöhlt.⁴⁹⁸ Dieses Risiko stellt sich bei der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo nicht. Die Sicherheit kann in jedem Fall nur bis zur Höhe der ursprünglich gesicherten Einzelforderung in Anspruch genommen werden. Diese Haftungsobergrenze wird durch § 356 HGB sowie das Akzessorietätsprinzip vorgegeben, wonach die Sicherheit nur haftet, soweit das "Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken". Ein Verstoß gegen das Leitbild des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB durch eine betragsmäßige Erweiterung des Haftungsumfanges kann also im Ergebnis bei der Lehre vom Kontokorrent ausgeschlossen werden.

⁴⁹⁷ Vgl. BGH WM 1995, 1397 ff.

⁴⁹⁸ BGH WM 1995, 1397, 1401.

b) Erweiterung der Summe der gesicherten Forderungen - Identität zwischen veranlassender Hauptschuld und anderen Verbindlichkeiten in der neueren Rechtsprechung

Der IX. Senat hat bereits in seiner Leitentscheidung durch die Begriffe "summenmäßig" und "betragsmäßig" sprachlich zwischen einer lediglich die Höhe der Haftung betreffenden und andererseits einer auf die Anzahl der von der Haftung erfaßten Verbindlichkeiten bezogenen Beschränkung differenziert. Im Rahmen der Beurteilung einer Höchstbetragsbürgschaft führte das Gericht dann aus, daß vertragswesentliche Rechte des Bürgen nicht nur dadurch ausgehöhlt würden, daß er für einen höheren Betrag haftet, als es dem Anlaß seiner Bürgschaftsübernahme entspricht, sondern auch dadurch, daß er für andere als die veranlassenden Verbindlichkeiten eintreten müsse.⁴⁹⁹ Daher ist auch bei Höchstbetragsbürgschaften auf das aktuelle Sicherungsbedürfnis des Gläubigers im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme abzustellen.⁵⁰⁰ Hierdurch sowie durch die Forderung, daß künftige Verbindlichkeiten wenigstens dem Grunde und dem Umfang nach bestimmbar sein müssen, stellt der Bundesgerichtshof die Identität zwischen der den Anlaß bildenden Hauptschuld und derjenigen, für die der Bürge in Anspruch genommen wird, in den Vordergrund.

Die Identität der Hauptschuld ist aber auch Gegenstand und Unterscheidungskriterium der verschiedenen Saldotheorien, so daß darin der Anknüpfungspunkt zwischen den zu vergleichenden Fallgruppen liegt. Ein Wechsel in der Identität der Hauptschuld wird bei der Lehre vom Kontokorrent insbesondere im Rahmen der Diskussion, ob § 356 HGB eine Forderungsauswechslung voraussetzt, erkennbar. Überträgt man die Grundsätze der neueren Rechtsprechung auf die Lehre vom Kontokorrent, korrespondiert die Verbindlichkeit, die den Anlaß der Bürgschaftsübernahme gebildet hat, mit der gesicherten Einzelforderung, die später in eine laufende Rechnung eingestellt wird. In Teil 2 der Arbeit wurde bereits festgestellt, daß die Novationslehre in Verbindung mit der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo tatsächlich einen Wechsel der Hauptforderung erzeugt. An die Stelle der ursprünglichen Einzelforderung, die der Anlaß der Sicherungsübernahme war, tritt der nach § 781 BGB anerkannte Saldo. Die Novationslehre bewirkt folglich, daß sich die Identität der Hauptschuld ändert. Damit wird die Haftung auch wirtschaftlich von dem Bestand der ursprünglichen Einzelforderung getrennt. Zwar gehen die einzelnen Posten und Forderungen, die nach der Verrechnung noch bestehen, infolge der Novation unter. Unter wirtschaftlicher Betrachtung begründen sie jedoch den abstrakten Saldo und dessen Höhe. Für diese, wirtschaftlich im abstrakten Saldo noch enthaltenen anderen Forderungen, haftet die ursprünglich für eine einzelne Forderung bestellte akzessorische Sicherheit mit. Die Haftung wird daher infolge der Novation in Verbindung mit dem niedrigsten anerkannten Saldo dem Betra-

⁴⁹⁹ BGH NJW 1996, 1470, 1472.

⁵⁰⁰ Vgl. BGH WM 1996, 1391, 1392; BGH WM 1996, 766 ff.

ge nach nicht erhöht. Es erfolgt jedoch unter wirtschaftlicher Betrachtung eine Erweiterung um eine Vielzahl anderer Verbindlichkeiten.

Der von der Rechtsprechung vertretenen Lehre vom Kontokorrent sowie der Problematik weitgefaßter Zweckerklärungen ist somit eine Erweiterung der Haftung der Summe nach gemeinsam.

c) Mangelnde Bestimmtheit nach Gegenstand und Umfang künftiger Verbindlichkeiten

Bei der Saldoforderung handelt es sich in zweifacher Hinsicht um eine zukünftige Verbindlichkeit. Zum einen entsteht der anerkannte Saldo selbst zeitlich nach der Einstellung der veranlassenden Forderung in die laufende Rechnung. Aber auch unter wirtschaftlicher Betrachtung der Saldoforderung werden der Haftung der Sicherheit für die einzelne Forderung zukünftige Verbindlichkeiten unterlegt. Denn die Saldoforderung ist das Ergebnis der verhältnismäßigen Verrechnung aller weiteren im Kontokorrent eingestellten Positionen und setzt sich demnach inhaltlich aus den Bruchteilen sämtlicher Aktiva der debitorischen Seite zusammen. Ebenso wenig sind für den Sicherungsgeber der Grund und der Anlaß der weiteren Kontokorrentposten absehbar. Die zukünftigen Forderungen sind im Kontokorrent zum Zeitpunkt der Einstellung in die laufende Rechnung regelmäßig nicht individualisiert, so daß der Bürge auch nicht erkennen kann, welches Risiko er auf sich nimmt.⁵⁰¹

2. Vergleich der Risiken in der Praxis

Beiden Fallgruppen, sowohl den Globalbürgschaften, als auch den von § 356 HGB erfaßten Bürgschaften, ist gemeinsam, daß die Anzahl der Hauptschulden, die Dauer der Haftung sowie die Identität der Hauptschuld gegenüber dem veranlassenden Sicherheitsbedürfnis verändert werden. Hierdurch werden in der Praxis kongruente Risiken für den Bürgen geschaffen. So läßt sich die Argumentation des Bundesgerichtshofes gegen unbeschränkte Sicherungszweckklauseln bei Höchstbetragsbürgschaften ohne Einschränkungen auf die Lehre vom Kontokorrent übertragen. Vertragswesentliche Rechte des Bürgen werden nach der neueren Rechtsprechung auch dadurch ausgehöhlt, daß die Dauer der Tilgung der "anderen" Forderungen von derjenigen der veranlassenden Hauptschuld abweicht.⁵⁰² Überträgt man diese Feststellung auf die Sachverhalte des § 356 HGB, ist zu erkennen, daß auch die

⁵⁰¹ So aber die Anforderung des IX. Senats in BGH WM 1998, 1675 f. an zukünftige Forderungen, deren Übernahme im voraus formularmäßig wirksam vereinbart werden können.

⁵⁰² Vgl. BGH NJW 1996, 1470, 1472.

Lehre von der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo zu einer Verlängerung der Haftungsdauer führt. Denn der Bürge steht nach diesen Theorien nicht lediglich für den Teilbetrag des Saldos ein, der der veranlassenden Hauptschuld entspricht. Er kann darüber hinaus bis zur vollständigen Tilgung des sich unter Umständen auf ein Vielfaches belaufenden gesamten Saldos⁵⁰³ in Anspruch genommen werden. Hierdurch verlängert sich die Dauer seiner Haftung beträchtlich. Der Zeitraum, über den sich die Haftung erstreckt, ist jedoch für den Bürgen von wesentlicher Bedeutung. Zum einen wird mit steigender Haftungsdauer die Solvenz des Hauptschuldners und damit die Gefahr der Inanspruchnahme der Sicherheit immer weniger prognostizierbar. Dem entspricht die Argumentation des IX. Senats, der ausführt, daß sich die Bonität des Hauptschuldners in der Zeit nach der Übernahme der Bürgschaft verschlechtern kann.⁵⁰⁴ Zum anderen wirkt sich die erweiterte zeitliche Komponente der Haftung auf den eigenen wirtschaftlichen Spielraum des Bürgen aus. Zudem kann es sich bei den Forderungen, die zusätzlich zu der veranlassenden Schuld der Haftung unterfallen, aus der Sicht des Bürgen um riskantere Verbindlichkeiten handeln. Beispielsweise kann es sich bei der ursprünglich durch die Bürgschaft gesicherten Schuld um eine auf kurze Zeit angelegte Zwischenfinanzierung von Waren bis zu deren, bereits vertraglich vereinbarter, Weiterveräußerung handeln, während in das Kontokorrent auch langfristige Darlehen für die geschäftliche Tätigkeit des Schuldners im allgemeinen eingestellt sind. Auf diese Abweichung hinsichtlich Zweck oder auch zusätzlicher Besicherung, einschließlich des damit verbundenen Ausfallrisikos der Forderung, weist der Bundesgerichtshof jedoch auch zur Begründung seiner neueren Rechtsprechung zu Sicherungszweckerklärungen hin.⁵⁰⁵

Ferner führt der IX. Senat das Mißbrauchsargument an. Gläubiger und Hauptschuldner könnten nach der Erteilung der Bürgschaft in unbeschränktem Umfang neue Verbindlichkeiten begründen, die sodann alle in Höhe der vereinbarten Haftungssumme von der Bürgschaft gedeckt wären. In dieser Weise kann die Bürgschaft selbst bei zwischenzeitlicher Tilgung aller Gläubigeransprüche jederzeit wieder aufleben. Gerade darin liegt indes auch das Hauptargument der Gegner der Lehre von der Haftung für den niedrigsten Saldo. Dies wird insbesondere am Beispiel der in Teil 2 der Arbeit dargestellten Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, der für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich einzustehen hat, deutlich. Die Begründung neuer Verbindlichkeiten und der damit verbundene Erhalt des Debetsaldos sind dem Einfluß des Ausgeschiedenen vollständig entzogen.⁵⁰⁶ Hierdurch ist er der Gefahr ausgesetzt, daß Gesellschaft und Gläubiger kollusiv zusammenwirken und ihn dadurch, daß sie seiner Mithaftung immer

⁵⁰³ bis zur Höhe der Sicherheit.

⁵⁰⁴ BGH NJW 1996, 1470, 1472.

⁵⁰⁵ BGH NJW 1996, 1470, 1472.

⁵⁰⁶ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 20; Budde, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, S. 41.

wieder neue Forderungen unterlegen, zur zeitlich unbegrenzten Kreditgrundlage der Gesellschaft machen.⁵⁰⁷

Ein weiteres Problem liegt schließlich darin, daß der Sicherungsgeber nach der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo auch dann in voller Höhe weiter haftet, wenn der Hauptschuldner für den Gläubiger erkennbar auf die gesicherte Forderung geleistet hat. Auf den ersten Blick läßt sich diese Problematik nicht auf die Fälle der Haftungserweiterung mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen übertragen. Dort hat der Bürge von vornherein die Haftung für den Saldo übernommen. Gezielte Leistungen in die laufende Rechnung sind für den Bürgen insoweit unerheblich, als er ohnehin jeweils für den Saldo eintreten muß. Allerdings haftet der Bürge durch die Erstreckung der Haftung auch auf andere Verbindlichkeiten aus der Geschäftsverbindung für Forderungen, die nichts mehr mit dem Saldo der laufenden Rechnung zu tun haben. Wird also der Saldo durch gezielte Leistung ausgeglichen und die Kontokorrentverbindung, die den Anlaß der Sicherungsübernahme bildete, beendet, haftet der Bürge dennoch für andere Forderungen aus der Geschäftsverbindung weiter. Auch insoweit decken sich also die Risiken der verglichenen Fallgruppen.

3. Zusammenfassung

Beide Sachlagen zeigen einander entsprechende rechtliche Konstellationen auf, die nach der Ansicht der neueren Rechtsprechung nicht mit dem Leitbild der Bürgschaft übereinstimmen. Die wesentlichen rechtlichen Folgen der weiten Sicherungszweckerklärungen sind mit den Fällen des § 356 HGB in der durch die Rechtsprechung praktizierten Auslegung deckungsgleich. In beiden Bereichen werden nach vorgenannter Betrachtung nachträglich und ohne Mitwirkung des Bürgen weitere künftige Verbindlichkeiten in die Haftung aufgenommen. Hierdurch wird der Haftungsumfang hinsichtlich der Anzahl der gesicherten Forderungen erweitert. Auf der Grundlage der durch das Urteil vom 18.05.1995 begründeten Auslegung des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB wird gegen das Leitbild der Vorschrift verstoßen. Mit diesem Untersuchungsergebnis stimmt im weiteren überein, daß auch die daraus resultierenden praktischen Folgen identisch sind. Dennoch werden beide Fallgruppen durch den Bundesgerichtshof unterschiedlich beurteilt. Während die Rechtsprechung die Haftungsausweitung einer Einzelforderung infolge der Saldotheorien⁵⁰⁸ in Kauf nimmt und dem Bürgen die damit verbundenen Folgen auferlegt, werden dieselben Risiken weiter formularmäßiger Zweckerklärungen als Verstoß gegen das Leitbild des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB verstanden und die Klausel als unangemessene Benachteiligung bewertet, mit der der Sicherungsgeber im übrigen nicht zu rechnen brauche.

⁵⁰⁷ Vgl. Römer, Die Auswirkungen des Kontokorrents auf die Haftung ausgeschiedener Personenhandelsgesellschafter, S. 57.

⁵⁰⁸ Novation und Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo und hiermit in Zusammenhang letztlich auch verhältnismäßige Gesamtaufrechnung.

II. Begründung der abweichenden Rechtsprechung mit der zwischen den Fällen des § 356 HGB sowie der formularmäßigen Vereinbarung eines weiten Sicherungszwecks bestehenden Unterschieden

1. Übertragung der geänderten Rechtsprechung zu weiten Bürgschaftszweckerklärungen auf alle akzessorischen Sicherheiten

a) Einleitung

aa) Fragestellung

Der Anwendungsbereich von § 356 HGB erfaßt seinem Wortlaut in Absatz 1 nach Bürgschaft, Pfandrecht und sonstige Formen der Sicherheit. Nach einer Meinung unterfallen der Vorschrift daher Sicherungen jeder Art, unabhängig davon, ob sie akzessorisch sind.⁵⁰⁹ Die ratio legis der Vorschrift knüpft allerdings primär an akzessorische Sicherheiten an, da die Novation infolge der Abhängigkeit zur Hauptschuld automatisch zum Untergang der Sicherheit führt, während bei nichtakzessorischen Sicherungsrechten noch ein rechtsgeschäftlicher Rückübertragungsakt erforderlich ist. Dagegen stellt die neuere Rechtsprechung auf § 767 Abs. 1 S. 3 BGB und das besondere Schutzbedürfnis des fremdnützig und mit seinem persönlichen Vermögen haftenden Bürgen ab. Wegen dieser verschiedenen Anknüpfungsnormen könnte sich die festgestellte unterschiedliche Bewertung der Haftungserweiterung erhellen. Dies gilt allerdings nur dann, wenn eine Beschränkung der Rechtsprechung zu Sicherungszweckerklärungen auf die Bürgschaft zu Recht erfolgt.

Der Bundesgerichtshof hat seine Rechtsprechung zum Bürgschaftsrecht bisher lediglich auf das Sicherungsmittel des Schuldbeitritts übertragen.⁵¹⁰ Dagegen soll die neuere Rechtsprechung im Grundsuldrecht, soweit es die Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG betrifft, nicht anwendbar sein.⁵¹¹ Im übrigen hat eine höchstrichterliche Auseinandersetzung mit der Übernahme der durch § 9 AGBG erweiterten Anlaßrechtsprechung für andere Sicherungsmittel bisher nicht stattgefunden. Methodisch zieht die nachfolgende Untersuchung daher die Argumente heran, die seitens der Rechtsprechung für und gegen eine Erstreckung auf Schuldbeitritt und Grundsuld vorgebracht wurden. Hinsichtlich der gesetzestechnischen Parallelen zwischen

⁵⁰⁹ Vgl. MünchKomm.-Hefermehl, HGB, § 356 Rdz. 6.

⁵¹⁰ Vgl. BGH NJW 1996, 249 ff.

⁵¹¹ BGH WM 1996, 2233, 2234; BGH 1997, 1280, 1282; BGH WM 1997, 1615 f.

den Vorschriften der akzessorischen Sicherheiten wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Darstellung der systematischen Auslegung der §§ 765 Abs. 2, 767 Abs. 1 S. 3 BGB verwiesen.⁵¹²

bb) Argumente der Rechtsprechung für und gegen eine Übertragung der erweiterten Anlaßrechtsprechung auf Schuldbeitritt und Grundschuld

Für die Anwendbarkeit der im Bürgschaftsrecht weiterentwickelten Anlaßrechtsprechung auf das Institut des Schuldbeitritts führt der Bundesgerichtshof an, daß sich auch die Schuld des Beitretenden grundsätzlich nach Inhalt und Beschaffenheit der Hauptschuld im Zeitpunkt des Beitritts bestimme. Das Verbot der Fremddisposition soll deshalb nicht nur für die Bürgschaft, sondern auch für den Schuldbeitritt vertragswesentlich sein. Dabei soll es nicht darauf ankommen, daß der Schuldbeitritt gesetzlich nicht geregelt ist, also eine § 767 Abs. 1 S. 3 BGB entsprechende Vorschrift fehle.⁵¹³ Demgegenüber entfalle eine Inhaltskontrolle bei der fremdnützigen Grundschuld, weil Inhalt und Umfang der schuldrechtlichen Zweckbindung nicht gesetzlich festgelegt seien, sondern freier Vereinbarung unterlägen. Der Grundschuldbesteller sei nicht in dem gleichen Umfang wie ein Bürge oder Beitretender schutzbedürftig, so daß eine entsprechende Anwendung des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB nicht in Betracht komme. Das für eine fremde Verbindlichkeit haftende Grundstück stelle zum einen häufig nur einen Bruchteil des Vermögens des Sicherungsgebers dar. Aufgrund der dinglich beschränkten Haftungsausgestaltung der Grundschuld komme hinzu, daß der Sicherungsgeber niemals sein künftiges Vermögen verlieren könne. Demgegenüber drohe dem gegenständlich unbeschränkt haftenden Bürgen auch der Verlust des erst nach Vertragsabschluß erworbenen Vermögens. In Anbetracht dieses unkalkulierbaren Risikos sei es notwendig gewesen, die Vorschrift des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB zu schaffen.⁵¹⁴

b) Übertragung der Grundsätze auf das Pfandrecht

aa) Allgemeines

In der Praxis der Kreditinstitute ist das publizitätspflichtige Pfandrecht insbesondere für Wertpapiere von Bedeutung.⁵¹⁵ So erwerben die Kreditinstitute aufgrund Nr. 14 Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken an den Wertpapieren und Sachen, die in ihren Besitz gelangen, regelmäßig ein

⁵¹² 3. Teil, C. IV., 2. c).

⁵¹³ Vgl. BGH NJW 1996, 249.

⁵¹⁴ Vgl. BGH WM 1997, 1615, 1616 unter Berufung auf WM 1995, 790 ff.

⁵¹⁵ Merkel in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, § 93 RdNr 5.

Pfandrecht.⁵¹⁶ Daneben werden an Einlageforderungen⁵¹⁷ des Kunden gegen die Bank fast immer Pfandrechte bestellt.⁵¹⁸ Schließlich sind Gesellschaftsanteile typische Pfändungsgegenstände, da bei einer Vollabtretung auch die Mitgliedschaftsrechte übergehen würden. Die Pfändung beweglicher Sachen⁵¹⁹ stellt dagegen eher die Ausnahme dar.⁵²⁰ Dies dürfte insbesondere auf den erhöhten Aufwand der Verwahrung zurückzuführen sein. Darüber hinaus liegt der Beleihungswert beweglicher Sachen regelmäßig niedriger als ihr Verkehrswert.⁵²¹

bb) Gleichstellung von Pfandrecht und Bürgschaft bei weiten Sicherungszweckerklärungen durch LG Bonn, Urteil vom 12.02.1996, 9 O 541/95 und Diskussion im Schrifttum

Das Pfandrecht nach Nr. 14 Abs. 2 Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken dient der Sicherung aller bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche der Bank gegen den Kunden aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung. In ihren gesonderten Verpfändungsvordrucken folgen die Kreditinstitute dagegen inzwischen der neueren Rechtsprechung durch Vereinbarung des engen Sicherungszwecks, wenn die Verpfändung durch einen Drittsicherungsgeber erfolgt.⁵²² In der Judikatur wurden die durch den Bundesgerichtshof zu § 767 Abs. 1 S. 3 BGB entwickelten Bewertungsgrundsätze durch das LG Bonn⁵²³ auf die Drittverpfändungsfälle übertragen. Zur Begründung verweist das LG lediglich darauf, daß der Drittverpfänder die Stellung eines Bürgen habe und zieht den Verweis des § 1211 BGB auf § 770 BGB heran.⁵²⁴ Schließlich wird in der Literatur eine Gleichstellung von Pfandrecht und Bürgschaft -soweit ersichtlich- nur durch Merkel abgelehnt, der auf den dinglichen Charakter und die daraus folgende Nähe des Pfandrechts zur Grundschuld abstellt.⁵²⁵ Andere Stimmen befürworten demgegenüber eine einheitliche Anwendung der Auslegung des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips mit Leitbildfunktion bei allen

⁵¹⁶ Das Pfandrecht aufgrund von Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird von der Rspr. und Literatur als vollgültiges Pfandrecht nach § 1204 BGB anerkannt, vgl. BGH WM 1983, 935, 936; BGH WM 1995, 375 ff.

⁵¹⁷ Z.B. Festgeld, Sparguthaben, Sparbriefe als Standardsicherheiten.

⁵¹⁸ Würden diese Rechte an die Bank abgetreten, würden sich Gläubiger und Schuldner vereinigen, so daß die Forderung erlöschen würde.

⁵¹⁹ Schmuck, Münzsammlungen, Edelmetalle.

⁵²⁰ Merkel in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, § 93 RdNr 9 ff.

⁵²¹ Merkel in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, § 93 RdNr. 100.

⁵²² Merkel in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, § 93 RdNr 190.

⁵²³ Vgl. LG Bonn WM 1996, 1538 ff.

⁵²⁴ Vgl. LG Bonn WM 1996, 1538, 1539.

⁵²⁵ Vgl. Merkel in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, § 93 RdNr 190.

Sicherungsrechten.⁵²⁶ Als Parallelvorschrift zu § 767 Abs. 1 S. 3 BGB im Pfandrecht wird dabei auf § 1210 Abs. 1 S. 2 BGB verwiesen.⁵²⁷

cc) Stellungnahme

Eine Übertragung der Grundsätze der neueren Rechtsprechung zu § 767 Abs. 1 S. 3 BGB ist nicht selbstverständlich, da das Pfandrecht Merkmale einer dinglich beschränkten sowie einer von dem Bestand der Schuld abhängigen Sicherheit in sich vereint. Gerade diese Eigenschaften werden aber durch den Bundesgerichtshof in seiner geänderten Rechtsprechung zu weiten Zweckerklärungen gegenübergestellt und zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs von § 307 Abs. 1 und 2 BGB herangezogen. So läßt die dingliche Beschränkung ein besonderes Schutzbedürfnis, wie es gemäß der Rechtsprechung in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB vorausgesetzt wird, beim Pfandrecht entfallen. Demgemäß wird eine Übertragung der Rechtsprechungsgrundsätze auch vereinzelt abgelehnt.⁵²⁸ Andererseits ist die streng akzessorische Ausgestaltung des Pfandrechts zu berücksichtigen, so daß auf der Grundlage der neueren Rechtsprechung auch insoweit das Verbot der Fremddisposition vertragswesentlich sein muß. In diesen Fällen einer unmittelbaren Abhängigkeit der Sicherheit von der Hauptschuld soll es nach dem Bundesgerichtshof sogar nicht darauf ankommen, ob eine dem § 767 Abs. 1 S. 3 BGB entsprechende gesetzliche Regelung vorhanden sei oder nicht.⁵²⁹ Darüber hinaus ist aber mit § 1210 Abs. 1 S. 2 BGB, der ebenfalls eine Konkretisierung des Verbotes von Verträgen zu Lasten Dritter enthält⁵³⁰, eine entsprechende Norm vorhanden.

Im Ergebnis ist der Ansicht zuzustimmen, daß § 767 Abs. 1 S. 3 BGB nach der Wertung des Bundesgerichtshofes keine singuläre Vorschrift darstellt, sondern Ausdruck eines allgemeinen Prinzips ist, das auch in § 1210 Abs. 1 S. 2 BGB niedergelegt wurde.⁵³¹ Denn auch wenn sich Bürgschaft und Verpfändung als Personal- bzw. dingliche Sicherheit und somit auch hinsichtlich der Risikobewertung wesentlich unterscheiden, gebieten der Wortlaut und die systematische Stellung der Normen im Gesamtgefüge des Gesetzes eine einheitliche Auslegung.⁵³²

⁵²⁶ Vgl. Pfeiffer LM Nr. 99/100/101, § 765 BGB, 11/95.

⁵²⁷ Vgl. Pfeiffer LM Nr. 99/100/101, § 765 BGB, 11/95; Batereau, Anm. zu LG Bonn, Urt. V. 12.02.1996, WuB I F 2. – 2.96.

⁵²⁸ Vgl. Merkel in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, § 93 RdNr 190.

⁵²⁹ Vgl. BGH NJW 1996, 249.

⁵³⁰ So auch Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 4.

⁵³¹ Pfeiffer LM Nr. 99/100/101, § 765 BGB, 11/95.

⁵³² Batereau, Anm. zu LG Bonn, Urt. V. 12.02.1996, WuB I F 2. – 2.96.

c) Hypothek

aa) Allgemeines

Bei den Pfandrechten an unbeweglichen Sachen wird die Kreditsicherungspraxis heute von der Sicherungsgrundschuld beherrscht.⁵³³ Zur Besicherung von Bankkrediten werden in Deutschland kaum mehr Hypotheken bestellt. Auch die Höchstbetragshypothek hat sich für Kreditsicherungszwecke, insbesondere für die ihr zuge dachte Funktion bei Kontokorrentkrediten, nicht bewährt. Sie hat alle Nachteile einer Sicherungshypothek, wobei sie als solche im Grundbuch nicht einmal bezeichnet werden muß. Außerdem läßt sich der Höchstbetrag im Rahmen der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nach §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800 ZPO nicht im Grundbuch eintragen. Die betragsmäßige Höhe der Hypothek ergibt sich vielmehr erst aus einer gerichtlichen Feststellung der gesicherten Forderung.⁵³⁴ Die dinglichen Zinsen müssen ferner in den Höchstbetrag eingerechnet werden, was die praktische Handhabung weiter erschwert. Auch die Höchstbetragshypothek ist daher inzwischen vollständig von der flexibleren Grundschuld verdrängt worden.⁵³⁵ Dennoch setzt die in Frage stehende Übertragbarkeit der Rechtsprechung zu weitgefaßten Zweckerklärungen auf die in § 356 II HGB geregelten Fälle auch eine Untersuchung des Sicherungsmittels Hypothek voraus. Denn es handelt sich um eine akzessorische Sicherheit wie sie von der Regelung in § 356 HGB erfasst wird.

bb) Übertragung der neueren Rechtsprechung zur Bürgschaft auf die Hypothek

Das Haftungsrisiko bei der Hypothek ist bereits aufgrund der Ausgestaltung des Sicherungsmittels in doppelter Weise beschränkt. Zum einen ist die Haftung, wie bei Pfandrecht und Grundschuld, dinglich beschränkt. Zum anderen wird das Risiko durch die Begrenzung und Individualisierung der Hauptschuld nach den §§ 1115, 1180 BGB herabgesetzt. Daher enthielten auch die formularmäßigen Hypothekensicherungsverträge, soweit die Kreditinstitute diese noch in ihrem Bestand hatten, nicht die hier zu untersuchende weite Sicherungszweckerklärung.⁵³⁶ Dies schließt jedoch nicht aus, daß auch der Hypothek das Leitbild eines besonderen Schutzes der Privatau-

⁵³³ Hadding in FS Frotz, S. 495, 500; Claussen, Bank- und Börsenrecht, S. 421.

⁵³⁴ BayObLG NJW 54, 1808.

⁵³⁵ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, 7. Aufl. Rdz. 843.

⁵³⁶ Brandt, Die weite Sicherungszweckerklärung im Formularwesen der Kreditinstitute bei Personenverschiedenheit von Sicherungsgeber und Darlehensnehmer, S. 116 f.

tonomie zugrunde liegt. So ist auf die für einen veränderlichen Forderungskreis einschlägige Höchstbetragshypothek auch § 1180 BGB anwendbar.⁵³⁷ § 1180 BGB enthält den einzigen im Gesetz geregelten Fall einer gesetzlichen Forderungsauswechslung. Der Austausch der Forderung wird indes an die Zustimmung des Eigentümers gebunden, so daß auch § 1180 BGB eine gesetzliche Konkretisierung des Verbotes von Verträgen zu Lasten Dritter enthält.⁵³⁸ Soweit von diesem Grundsatz Ausnahmen zulässig sind, enthält das Hypothekenrecht auch insoweit in § 1119 BGB eine ausdrückliche Regelung. Auf der Grundlage der geänderten Rechtsprechung ist daher im Wege des Umkehrschlusses aus den §§ 1119, 1180 BGB zu folgern, daß das in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB erkannte Prinzip mit Leitbildfunktion auf die Hypothek übertragen werden muß.⁵³⁹

d) Zusammenfassung

Die mit Urteil vom 18.05.1995 begründete Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle weiter Sicherungszweckerklärungen läßt sich nicht ohne dogmatischen Widerspruch auf das Bürgschaftsrecht beschränken. Unter der Annahme, daß das in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB niedergelegte Prinzip eines Verbotes von Verträgen zu Lasten Dritter als Leitbild die Zulässigkeit formularvertraglicher Bürgschaftsvereinbarungen bestimmt, muß eine Übertragung der Grundsätze auf das Pfandrecht sowie die Hypothek erfolgen. Denn das Pfandrecht enthält mit § 1210 Abs. 1 BGB eine Parallelvorschrift zu § 767 Abs. 1 S. 3 BGB, ohne daß rechtssystematische Gründe ersichtlich sind, die zu einer abweichenden Bewertung führen könnten. Im Hypothekenrecht ergibt sich das vorangestellte Leitbild schließlich durch einen Umkehrschluß aus §§ 1119, 1180 BGB. Durch die geänderte Rechtsprechung zu weiten formularmäßigen Zweckerklärungen in Bürgschaftsverträgen ist somit eine für alle akzessorischen Sicherheiten gültige Bewertung vorgenommen worden.

⁵³⁷ Staudinger/Wolfsteiner (1996) § 1180 Rdz. 32.

⁵³⁸ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 4.

⁵³⁹ Ohne Begründung auch Pfeiffer LM Nr. 99/100/101, § 765 BGB, 11/95.

2. Weitere Unterschiede zwischen den von der Vorschrift des § 356 HGB geregelten Sachverhalten und den Fällen weitgefaßter Sicherungszweckerklärungen

a) Einzelforderung und Forderungsvielzahl

Beide Sicherungskonstellationen unterscheiden sich zunächst in der Art der veranlassenden Hauptforderung. Die von der Norm des § 356 HGB erfaßten Sachverhalte zeichnen sich dadurch aus, daß der Anlaß der Sicherungsübernahme ein einzelner, individualisierter Anspruch des Gläubigers gegen den Hauptschuldner ist. Die Höhe der Hauptverbindlichkeit steht nicht zwingend, jedoch typischerweise im Zeitpunkt der Übernahme der Sicherheit fest und ist dem Sicherungsgeber bekannt. Darüber hinaus dürften häufig bestimmte zeitliche Tilgungsziele zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner vereinbart sein, die den Entschluß des Sicherungsgebers, das Haftungsrisiko zu übernehmen, beeinflussen. Die Sicherheit wird also in der Regel für eine bestimmte Forderung übernommen, deren begleitende Umstände dem Sicherungsgeber für die Einschätzung seines Haftungsrisikos hinreichend bekannt sind.

Demgegenüber ist der Haftung für den Saldo der Kontokorrentverbindung, wie sie der neueren Rechtsprechung zugrunde liegt, eigen, daß sie von vornherein eine Vielzahl von im Saldo wirtschaftlich enthaltenen verschiedenen Verbindlichkeiten erfaßt. Ein solcher Kredit dient in der Regel nicht einem eng umgrenzten Verwendungszweck, der sich mit der Auszahlung eines bestimmten Darlehensbetrages erledigt, sondern der Abwicklung des gesamten zahlungsmäßigen Geschäftsverkehrs des Kreditnehmers mit Dritten. Die vertragliche Beziehung zwischen den Kontokorrentparteien⁵⁴⁰ ist entsprechend dieser Zielrichtung auf lange Dauer ausgerichtet. Ein konkreter Zeitpunkt für die Beendigung des Vertragsverhältnisses ist nicht ins Auge gefaßt.⁵⁴¹

Ein weiteres Spezifikum der Saldoforderung ist ihre Veränderlichkeit innerhalb des vereinbarten Kontokorrentkredit-⁵⁴² oder Haftungslimits. Daher steht auch die Höhe der Hauptverbindlichkeit, in den Grenzen eines vereinbarten Kontokorrent- oder Bürgschaftslimits, erst bei Eintritt des Haftungsfalles für den Bürgen endgültig fest. Der Umfang der Kenntnisse von den

⁵⁴⁰ Dies gilt nicht nur für die von Lohmann, Rechtsprobleme bei der Globalzweckerklärung insbesondere in Formularverträgen, S. 66, in Bezug genommene Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunden, sondern kann ohne weiteres verallgemeinert werden.

⁵⁴¹ Lohmann, Rechtsprobleme bei der Globalzweckerklärung insbesondere in Formularverträgen, S. 66.

⁵⁴² Sofern zusätzlich eine Kreditabrede getroffen wurde.

einzelnen im Saldo enthaltenen Forderungen und somit der Hauptschuld insgesamt, über die der Sicherungsgeber zur Einschätzung des von ihm geforderten Haftungsrisikos verfügt, ist folglich im Vergleich zu denen einer gesicherten Einzelschuld wesentlich geringer. Hiermit geht eine geringere Voraussehbarkeit des Haftungsrisikos gegenüber der Besicherung einer Einzelforderung einher.

b) Vertrag zu Lasten Dritter

aa) Verstoß gegen gesetzliches Leitbild

In den durch die neuere Rechtsprechung zum Bürgschaftsrecht beurteilten Fällen resultiert die Erweiterung der Haftung aus einer rechtsgeschäftlichen Erklärung des Sicherungsgebers in Form eines vorformulierten Vertrages, die jedoch nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB unwirksam ist. Das Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter als Ausdruck der Parteiautonomie ist somit nicht konkret betroffen. Erst durch die seit 1995 anzunehmende Unwirksamkeit der formularmäßigen Einwilligung wird der Anwendungsbereich von § 767 Abs. 1 S. 3 BGB eröffnet. Dieser Wertung trägt die Rechtsprechung zum einen dergestalt Rechnung, daß sie nicht unmittelbar auf § 767 Abs. 1 S. 3 BGB abstellt, sondern lediglich einen Widerspruch zu einem aus der Norm zu folgernden Leitbild annimmt. Zum anderen können entsprechende Sicherungsabreden individualvertraglich weiterhin wirksam abgeschlossen werden.

bb) Unmittelbarer Verstoß gegen das Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter

(1) Auslegung des Sicherungsvertrages im Hinblick auf eine konkludente Einwilligung des Sicherungsgebers in die Haftungserweiterung

In Anbetracht des mit der Interpretation von § 356 HGB durch die Rechtsprechung verbundenen Konfliktes zu § 767 Abs. 1 S. 3 BGB wurden durch das Schrifttum und die Judikatur verschiedene Versuche unternommen, den Anwendungsbereich des § 356 HGB zu beschränken. So soll die Haftung voraussetzen, daß der Bürge der Überführung des gesicherten Einzelkredits in einen Kontokorrentkredit zugestimmt hat.⁵⁴³ Nach anderer Ansicht soll § 356 HGB nur die Sicherheiten ergreifen, die nach der Begründung des Kon-

⁵⁴³ OLG Hamm EWIR § 765 BGB 3/92, 337.

tokorrentverhältnisses bestellt worden sind.⁵⁴⁴ Nach wieder anderer Meinung tritt die Wirkung des § 356 HGB unabhängig davon ein, ob der Sicherungsgeber von der Kontokorrentbindung der gesicherten Forderung etwas weiß. § 356 HGB sei wegen § 767 Abs. 1 S. 3 BGB allerdings dann nicht anwendbar, wenn das Kontokorrentverhältnis erst nach der Bestellung der Sicherheit begründet worden sei.⁵⁴⁵ In eine entsprechende Richtung geht das potentielle Wissen des Sicherungsgebers von einer Aufnahme der Forderung in ein Kontokorrent als Voraussetzung der Wirkungen des § 356 HGB. Konnte oder mußte der Besteller damit rechnen, daß eine Kontokorrentbindung der gesicherten Forderung eintritt, soll er nicht schützenswert sein.⁵⁴⁶ Innerhalb dieser Ansicht wird das Kennenmüssen in Anknüpfung an den Geschäftskreis definiert. Derjenige, der sich für einen Bankkredit verbürge, hafte auch dann, wenn die Kreditforderung in das zwischen Gläubiger und Hauptschuldner bestehende Kontokorrent eingestellt werde, da er hiermit rechnen müsse.⁵⁴⁷ Leiste der Bürge die Bürgschaft, ohne sich um die Art der bestehenden Geschäftsverbindung zu kümmern und ohne seinerseits die Aufnahme in eine laufende Rechnung auszuschließen, so könnten ihn seine bloße Unkenntnis und sein Irrtum nicht berechtigen, sich den Rechtswirkungen des Kontokorrents zu entziehen. Der Bürge müsse sich im Falle der Besicherung einer Forderung zwischen einer Bank und einem Kunden selbst vergewissern, ob die Forderung in eine laufende Rechnung aufgenommen werden soll.⁵⁴⁸ Demgegenüber sei außerhalb des Bankverkehrs im Zweifel anzunehmen, daß sich der Bürge für eine kontokorrentfreie Forderung habe verbürgen wollen.⁵⁴⁹

(2) Stellungnahme

Diesen Bemühungen ist gemeinsam, daß die Wirkungen des § 356 HGB in Gestalt der durch die Rechtsprechung praktizierten Auslegung letztlich an eine fingierte Zustimmung des Bürgen gebunden werden sollen, so daß ein Verstoß gegen das Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter verdeckt wird.

⁵⁴⁴ Vgl. Schlegelberger/Hefermehl, § 356 Rdz. 23; Düringer/Hachenburg/Breit, HGB, § 356 Anm. 5; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 69 sowie OLG Karlsruhe WM 1993, 787, 789.

⁵⁴⁵ Ganter in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch II, § 90 Rdz. 123.

⁵⁴⁶ Vgl. Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 68; RGZ 136, 178, 181; OLG Nürnberg WM 1957, 695, 697 OLG Bamberg NJW 1956, 1240, 1241.

⁵⁴⁷ Vgl. Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 68; RGZ 136, 178, 181; OLG Nürnberg WM 1957, 695, 697; OLG Bamberg NJW 1956, 1240, 1241.

⁵⁴⁸ RGZ 136, 178, 181; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 68 f.; Schlegelberger/Hefermehl, § 356 Rdz. 23; so wohl auch Düringer/Hachenburg/Breit, HGB, § 356 Anm. 7.

⁵⁴⁹ Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 24.

Soweit es allein auf die zeitliche Abfolge von der Übernahme der Sicherheit und der Existenz eines Kontokorrentverhältnisses ankommen soll, wird § 767 Abs. 1 S. 3 BGB verkannt. Die Haftung wird nicht nur vor einer Erweiterung oder Verschärfung durch ein zeitlich nachträgliches Rechtsgeschäft geschützt. Entscheidend ist vielmehr, daß die Identität zwischen Hauptschuld und verbürgter Schuld gewahrt bleibt. An dieser Identität fehlt es, wenn die Hauptschuld durch eine andere ersetzt oder inhaltlich so geändert wird, daß dies einer Ersetzung gleichkommt.⁵⁵⁰ Die Einstellung in das Kontokorrent bewirkt jedoch auch dann einen Wechsel der Identität der Forderung, wenn die laufende Rechnung im Zeitpunkt des Sicherungsvertrages bereits bestand, aber die Kontokorrentbindung nicht Gegenstand dieses Kontraktes war. Zudem vermag der Rückgriff auf das potentielle Wissen des Sicherungsgebers von der laufenden Rechnung und deshalb der Möglichkeit einer Veränderung der Forderung infolge Einstellung, bei näherer Betrachtung dem Grundsatz der Parteiautonomie nicht zu genügen. Es geht dabei faktisch um eine Frage der Auslegung des Sicherungsvertrages.⁵⁵¹ Grundsätzlich sind bei der Feststellung der Reichweite einer Bürgschaft sehr strenge Maßstäbe anzulegen. Dies gilt sowohl unter dem Gesichtspunkt der einzuhaltenden Form als auch im Hinblick auf die Deutlichkeit der Erklärung.⁵⁵² Nach § 766 BGB erfaßt die Schriftform die Bezeichnung der Hauptschuld. Nebenabreden und Änderungsvereinbarungen sind formbedürftig, wenn sie den Bürgen belasten.⁵⁵³ Diese Anforderungen werden durch das potentielle Wissen nicht erfüllt. Aus dem potentiellen Wissen kann ferner auch nicht auf einen diesbezüglichen mutmaßlichen Willen des Sicherungsgebers geschlossen werden. Die objektive Betrachtung der Interessen des Sicherungsgebers führt gerade nicht zu der Annahme, daß eine Aufnahme in eine laufende Rechnung von dem mutmaßlichen Willen gedeckt ist. Die Haftung für eine kontokorrentgebundene Forderung ist gegenüber derjenigen für eine nicht kontokorrentgebundene Forderung eine andere. Der mutmaßliche Wille kann daher im Zweifel nur die Sicherung einer kontokorrentfreien Forderung umfassen.⁵⁵⁴ Demgemäß wird die Annahme, daß der Sicherungsgeber, der mit einer kontokorrentmäßigen Abwicklung rechnen mußte, die charakteristischen Folgen der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo in Kauf nähme, gelegentlich zu Recht als schlichte Unterstellung bezeichnet.⁵⁵⁵

Im Gegensatz hierzu hat die zum Vergleich gestellte Rechtsprechung zu weiten Sicherungszweckerklärungen von ähnlichen Erwägungen abgesehen. Sie nimmt die Unwirksamkeit weitgefaßter Klauseln selbst dann an, wenn

⁵⁵⁰ Vgl. BGH NJW 1980, 2412, 2413.

⁵⁵¹ Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 7.

⁵⁵² BGH JuS 1989, 755.

⁵⁵³ BGH WM 1997, 625, 626 f.

⁵⁵⁴ Vgl. zum mutmaßlichen Willen des Sicherungsgebers Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 27.

⁵⁵⁵ Vgl. Avancini in : Avancini-Iro-Koziol, Bankvertragsrecht I, (1987) Rdz. 5/64; im Ergebnis ebenso Bydlinski, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, S. 111.

der Bürge sich von Anfang an keine Vorstellungen über die Hauptschuld macht, also auch einen weiten Forderungskreis in Kauf nimmt. Des weiteren erfaßt die Rechtsprechung ohne Differenzierung⁵⁵⁶ auch in Bankgeschäften erfahrene Personenkreise. Auch insoweit wird demzufolge der Schutz vor unbeherrschbarer Haftungserweiterung ohne Ansehen des potentiellen Wissens gewährt. Die Erweiterung der Haftung tritt nach der Novationslehre somit ohne vorweggenommene Zustimmung des Sicherungsgebers im Sinne einer Einwilligung gemäß § 183 BGB ein. Ferner hängt die Wirksamkeit der Folgen der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo gegenüber dem Sicherungsgeber nicht von einer Genehmigung nach § 184 BGB ab.

c) Rechtlicher Ursprung der Haftungsausweitung

Ein weiterer Unterschied beider Fallgruppen liegt in der rechtlichen Ursache für die Eröffnung der Möglichkeit, Verträge zu Lasten Dritter abzuschließen. Während sich der Sicherungsgeber bei der Lehre vom Kontokorrent nach ständiger Rechtsprechung mit einer nachträglichen Haftungsausweitung ohne sein Zutun konfrontiert sieht, sind in den zum Vergleich gestellten Fällen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Sicherungsnehmers für die Haftungserweiterung kausal.

3. Rechtfertigung der unterschiedlichen Auslegung des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB bei Haftungserweiterung durch die unter 2. festgestellten Abweichungen

a) Haftungserweiterung infolge der Rechtsprechung oder aber Allgemeiner Geschäftsbedingungen als Grund unterschiedlicher Behandlung

Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nach der heute ganz herrschenden Ansicht im Schrifttum als generell-abstrakte Vertragsbestandteile aufgefaßt.⁵⁵⁷ Diesem Standpunkt hat auch der Gesetzgeber mit der Fassung der Vorschriften zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen Ausdruck verliehen. So ist der Zweck der Regelung in § 305 Abs. 2 BGB, die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag wieder fest auf

⁵⁵⁶ Etwas anderes gilt nur für Kaufleute auf dem Gebiet des Banken- und Versicherungsgewerbes, vgl. dazu BGH ZIP 1998, 1868, 1870.

⁵⁵⁷ Vgl. neben anderen Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, Einl. Rdz. 25, 27; Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz., Einl. Rdz. 13 ff.; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., Rdz. 2.30.

dem Boden des nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch maßgeblichen rechtsgeschäftlichen Vertragswillens zu verankern.⁵⁵⁸ Mit Inkrafttreten des Gesetzes wurde daher zunächst die bis dahin geführte Diskussion um eine Rechtsnormqualität der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beendet. Die Ähnlichkeit vorformulierter Vertragsbedingungen mit Rechtsnormen besteht allerdings in ihrer Funktion, eine Vielzahl gleichartiger Sachverhalte in generalisierender und abstrahierender Form zu regeln.⁵⁵⁹ Hiermit geht eine Einschränkung der Verhandlungs- und Entscheidungsfreiheit sowie der Möglichkeit der Einflußnahme des Vertragspartners des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einher. Demgemäß kommen die §§ 305 ff. BGB entsprechend ihrer ratio, die vertragsrechtliche Ordnung zu bewahren,⁵⁶⁰ dann zur Anwendung, wenn die Vertragsfreiheit als Grundlage eines autonomen rechtsgeschäftlichen Verkehrs gefährdet ist.⁵⁶¹ Den maßgeblichen Grund für die offene Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sieht der Bundesgerichtshof daher auch in der einseitigen Inanspruchnahme des Rechts, den Vertragsinhalt zu gestalten. Wer Verträge nur nach seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen abschließt, ersetze das dispositive Recht durch eine von ihm geschaffene Regelung und verkürze somit die Möglichkeit seines Vertragspartners, seine Interessen wahrzunehmen und auf den Inhalt des Vertrages Einfluß zu nehmen. Ihm bliebe nur noch die Abschluß-, nicht aber die Gestaltungsfreiheit.⁵⁶²

Auch Richterrecht erfaßt alle konvergierenden Fälle. Im Gegensatz zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird jedoch durch die von der Rechtsprechung vertretenen Lehren zu § 356 HGB nicht nur die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung, sondern darüberhinaus die Entschließungsfreiheit des Sicherungsgebers eingeschränkt. Dies bedeutet, daß die mit der Novationstheorie und der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo verbundene potentielle Haftungserweiterung schematisch eintritt sofern keine abweichende Parteivereinbarung vorliegt⁵⁶³.

Die neuere Rechtsprechung stellt im Kern auf die Möglichkeit des Sicherungsgebers ab, Einfluß auf den Inhalt des Sicherungsvertrages zu nehmen. Dies wird dadurch bestätigt, daß eine nachträgliche Ausweitung der Haftung, wie sie durch weite Sicherungszweckerklärungen hervorgerufen wird, im Bereich individualvertraglicher Abreden weiterhin möglich ist. Ein Individualvertrag zeichnet sich gegenüber einer vorformulierten Erklärung dadurch aus, daß die Vertragsbestandteile im einzelnen zwischen den Beteiligten

⁵⁵⁸ Begründung zum RegE, BT-Drucks 7/3919, S. 13.

⁵⁵⁹ Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., Rdz. 2.30.

⁵⁶⁰ Vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, Einl. Rdz. 12.

⁵⁶¹ Ähnlich Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, Einl. Rdz. 15.

⁵⁶² BGH NJW 1976, 2345, 2346.

⁵⁶³ Zur Disposition der Parteien steht, ob die Rechtswirkungen von Verrechnung und Feststellung im Kontokorrent durch einen einzigen geschäftlichen Akt begründet werden sollen, da keine dahingehende zwingende Vorschrift existiert, vgl. Pfeiffer/Hammen, Handbuch der Handelsgeschäfte, § 7 Rdz. 22; gleiches muß für die Frage der novatorischen Wirkung des Anerkenntnisses gelten, da die § 355 ff. auch insoweit keine zwingende Vorschrift aufweisen.

ten ausgehandelt werden. Gerade dieser Grundgedanke wird hingegen bei der Lehre vom Kontokorrent nicht verwirklicht. Hier tritt infolge der novatorischen Wirkung des Saldoanerkenntnisses sowie der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo die nachträgliche Ausweitung der Haftung automatisch ein, ohne daß der Sicherungsgeber hierauf wenigstens vor bzw. bei Abschluß des Sicherungsvertrages Einfluß nehmen konnte.

Den Fällen des § 356 HGB sowie der weiten formularmäßigen Zweckerklärung ist somit gemeinsam, daß zu Lasten der Verhandlungsfreiheit die Haftungsausweitung vorgegeben wird. Dem Sicherungsgeber bleibt einzig die Abschlußfreiheit. Dabei ist zu berücksichtigen, daß er bei formularmäßigen Klauseln durch deren Vertragstext zumindest die Gelegenheit erhält, sich über das eigentliche Ausmaß seiner Haftungsübernahme zu informieren und aufgrund der hierdurch gewonnenen Information seine Entscheidungsfreiheit für oder gegen den Vertrag zu betätigen. Bei der Novationslehre hingegen kommt es allein darauf an, ob er von den weitreichenden Wirkungen der Einstellung in eine laufende Rechnung und der hierzu bestehenden Judikatur Kenntnis hat. Eine Informationspflicht von Gläubiger oder Hauptschuldner ist durch die Rechtsprechung nicht gefordert worden. Während die vorformulierten weiten Sicherungsklauseln noch die rechtsgeschäftliche Unterwerfung voraussetzen, gelangen die durch die Rechtsprechung zur Lehre vom Kontokorrent vertretenen Theorien auch ohne Unterwerfung zur Geltung. Zwar ist die Ausweitung der Haftung bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf den am Rechtsgeschäft beteiligten und interessierten Gläubiger, bei der Lehre vom Kontokorrent dagegen auf die Rechtsprechung als eine am Rechtsgeschäft nicht beteiligte Institution, zurückzuführen. Auch im letzteren Fall unterliegt es aber dem Einfluß des Gläubigers, sich der Rechtsfolgen, die allerdings regelmäßig seinem Interesse entsprechen dürften, zu entziehen. Zum einen ist es von seinem Willen abhängig, ob und in welchem Umfang er mit dem Hauptschuldner überhaupt Rechtsgeschäfte tätigt, die dann durch die Einstellung in die laufende Rechnung von den Wirkungen der Lehre vom Kontokorrent nach der Rechtsprechung erfaßt werden. Zum anderen kann er durch Vereinbarung mit dem Schuldner einzelne Rechtsgeschäfte der Kontokorrentbindung und somit der Novation und Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo entziehen. Denkbar ist auch die Vereinbarung einer weiteren zweiten laufenden Rechnung, auf deren Saldo sich die nach § 356 HGB in Verbindung mit der Rechtsprechung begründete Haftung nicht bezieht. Es läßt sich somit feststellen, daß der voneinander abweichende rechtliche Ursprung der Haftungsausweitung in den zum Vergleich gestellten Fällen einer Übertragung der seit dem Urteil vom 18.05.1995 aufgestellten Grundsätze zu vorformulierten Klauseln nicht entgegensteht. Vielmehr ist der Eingriff in die Parteiautonomie infolge nachträglicher Haftungsausweitung nach der ständigen Rechtsprechung zur Lehre vom Kontokorrent noch umfassender dem Einfluß des Sicherungsgebers entzogen. Vor dem Hintergrund des rechtlichen Ursprungs der Haftungserweiterung spricht für eine Übertragung der neueren Rechtsprechung auf die Lehre vom Kontokorrent somit das argumentum a majore ad minus.

b) Abweichungen hinsichtlich der veranlassenden Forderung sowie des Verstoßes gegen die Parteiautonomie

aa) Wechsel des Haftungsobjektes von einer in eine Mehrzahl von Forderungen

Auch eine Betrachtung der Unterschiede hinsichtlich der die Sicherungsübernahme veranlassenden Forderungen begründet einen Erst-Recht-Schluß für die Übertragung der zu den weiten vorformulierten Sicherungszweckerklärungen aufgestellten Grundsätze auf die Lehre vom Kontokorrent. Denn zum einen stellt die Ausweitung der Haftung für eine Einzelforderung auf eine unbestimmte Mehrzahl von Forderungen gegenüber der von Anfang an auf eine Vielzahl von Verbindlichkeiten gerichteten Saldohaftung eine noch maßgeblichere Änderung dar. Zum anderen ist der Eingriff in die Parteiautonomie auch in diesem Punkt umfassender. Derjenige, der die Haftung für eine einzelne Forderung übernehmen will, wird sich in der Regel Kenntnisse über den rechtsgeschäftlichen Hintergrund und folglich sein Haftungsrisiko verschaffen. Dies kann bei der Übernahme der Saldohaftung nicht in gleichem Maße für die einzelnen von der Kontokorrentbindung erfaßten Posten vorausgesetzt werden. Dem Sicherungsgeber ist regelmäßig nur der geschäftliche Rahmen, der den Anlaß für den in laufender Rechnung gewährten Kredit bildet, bekannt. Darüber hinaus wird für einzelne Verbindlichkeiten häufig ein Tilgungszeitpunkt vereinbart, der zur Überschaubarkeit des Haftungsrisikos und somit der eigenen wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit führt. Demgegenüber liegt den Kontokorrentkrediten vielfach keine feste Laufzeit zugrunde, so daß der Sicherungsgeber auch insofern bereits bei dem Abschluß des Vertrages bewußt ein belastenderes Rechtsgeschäft tätigt. Das im Ergebnis bestehende Haftungsrisiko greift somit bei der Lehre vom Kontokorrent in gravierenderem Umfang in die rechtsgeschäftlichen Folgen der zugrundeliegenden Willenserklärung ein.

bb) Vertrag zu Lasten Dritter

Ferner ist der durch die neuere Rechtsprechung zu weiten Sicherungszweckerklärungen hervorgehobene Grundsatz der Parteiautonomie infolge der Novationslehre sogar unmittelbar tangiert. Zum einen liegt der Verstoß ohne den Zwischenschritt der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede offen dar. Wie ausgeführt, wird bei weiten Zweckerklärungen nicht unmittelbar gegen die Parteiautonomie verstoßen. Denn die Bürgschaftsverträge werden nicht ohne eine zustimmende rechtsgeschäftliche Erklärung des Bürgen abgeschlossen. Die vertragliche Ermächtigung des Bürgen liegt in Form der weiten Zweckerklärung vor. Allerdings wird infolge der Auslegung des § 767 I 3 BGB gegen das abgeleitete Leitbild verstoßen und der rechtsgeschäftlichen Ermächtigung somit die Wirksamkeit entzogen. Dagegen führt die Lehre vom Kontokorrent zu einem unmittelbaren Verstoß gegen die Par-

teiautonomie. Der Bürge gibt zu keinem Zeitpunkt eine rechtsgeschäftliche Erklärung, die auf die Aufnahme in ein Kontokorrent gerichtet ist, ab. Somit wird nicht nur gegen das angenommene Leitbild des § 767 I 3 BGB, sondern unmittelbar gegen die Vorschrift verstoßen. Folglich führt auch diese Abweichung zwischen beiden Fallgruppen zum argumentum a maiore ad minus.

4. Ergebnis

Als Fazit eines Vergleiches ist festzuhalten, daß in beiden Fällen die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach der neueren Rechtsprechung zur Bürgschaft gegen das Leitbild des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB in Form der Parteidisposition verstoßen wird. Die für eine kontokorrentgebundene Forderung bestellte akzessorische Sicherheit wird aufgrund der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo zu einer Höchstbetragsbürgschaft mit veränderlicher Hauptschuld.

Auch aus den zwischen beiden Fallgruppen bestehenden Unterschieden läßt sich eine unterschiedliche rechtliche Behandlung nicht herleiten. Vielmehr sprechen unter Beachtung der Intention der Judikatur zu weiten Sicherungsabreden die besseren Argumente für eine Anwendung der aus dieser Fallgruppe gewonnenen rechtlichen Wertung auf die Lehre vom Kontokorrent im Sinne eines Erst-Recht-Schlusses.

C. Auswirkungen des kautelarischen Wertungswiderspruchs zwischen den Lehren vom Kontokorrent im Rahmen des § 356 HGB und zu weitgefaßten Bürgschaftszweckvereinbarungen beim Schutz der Parteiautonomie auf die Lehre vom Kontokorrent

I. Unmittelbare Auswirkungen auf die Lehre von der novatorischen Wirkung der Saldoziehung

1. Wertungswiderspruch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

Es wurde festgestellt, daß in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes voneinander abweichende Gerichtsentscheidungen vorliegen, die auf der Grundlage derselben Norm gleich gelagerte Sachverhalte unterschiedlich beurteilen. Darin liegt nach den Grundsätzen der juristischen Methodenlehre ein Wertungswiderspruch. Denn eine richterliche Auslegung darf nicht nur gerade im Hinblick auf den einen Fall erfolgen, sondern muß auch für alle anderen gleichartigen Fälle Bestand haben. Dies resultiert bereits aus dem Gedanken der Gerechtigkeit als objektivem Zweck des Rechts sowie dem Erfordernis der Rechtssicherheit.⁵⁶⁴ So wird aus der Existenz von Art. 95 Abs. 3 GG, der die Bildung eines gemeinsamen Senates aller Bundesgerichte zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung verlangt, abgeleitet, daß die Einheitlichkeit der Rechtsprechung ein eigens von der Verfassung geschützter Wert ist.⁵⁶⁵ Zwar beziehen sich die in der vorliegenden Arbeit verglichenen Sachverhalte vordergründig nicht auf die Auslegung derselben Norm, da einerseits an § 356 HGB andererseits aber an § 767 Abs. 1 S. 3 BGB angeknüpft wird. In beiden untersuchten Sicherungskonstellationen ist jedoch der Schutz der Parteidisposition des Bestellers einer akzessorischen Sicherheit wegen des Verbotes von Verträgen zu Lasten Dritter und somit die Reichweite des Anwendungsbereiches von § 767 Abs. 1 S. 3 BGB betroffen.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ Larenz, Methodenlehre, 4.a und 4 d.

⁵⁶⁵ Amberg, Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, S. 249.

⁵⁶⁶ Und wie aufgezeigt der §§ 1210 Abs. 1 S. 2, 1119, 1180 BGB.

2. Auflösung des Widerspruchs durch Abkehr von der Annahme einer novatorischen Wirkung des Saldoanerkenntnisses

Der Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz kann nur dadurch aufgelöst werden, daß der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zumindest in einer der beiden untersuchten Sachverhaltsgruppen revidiert. Zwar unterliegt auch die Begründung der neueren Judikatur zu weiten vorformulierten Zweckerklärungen akzessorischer Sicherheiten wesentlichen dogmatischen Bedenken.⁵⁶⁷ Bei der Novationslehre tritt zu dem allgemeinen rechtskonstruktiven Ansatz der Kritik indes der unmittelbare Verstoß gegen das verfassungsrelevante Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter, der durch die neuere Rechtsprechung indizidenter bestätigt wird, hinzu. Selbst wenn der Bundesgerichtshof die hier kritisierte Rechtsansicht, § 767 Abs. 1 S. 3 BGB enthalte das gesetzliche Leitbild einer summenmäßigen Beschränkung der Bürgenhaftung, aufgabe, bliebe der aufgezeigte Wertungswiderspruch bestehen. Denn für die Lehre vom Kontokorrent kommt es bereits auf die in dem Urteil vom 18.05.1995 zur Begründung herangezogene Erkenntnis an, daß auch eine summenmäßige Erweiterung relevant ist. Ohne die bei der Novation fehlende vorangegangene Einwilligung des Sicherungsnehmers liegt der Verstoß gegen die in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB geschützte Parteiautonomie somit auch nach der Judikatur offen dar.

II. Mittelbare Auswirkungen auf den regelmäßigen Verrechnungsmodus im Kontokorrent

1. Die Verrechnung im Kontokorrent

a) Einführung zur kontokorrentrechtlichen Verrechnung

aa) Einleitung

Die Art und Weise der Verrechnung der einzelnen Positionen in der laufenden Rechnung zu einer Überschuforderung steht auf den ersten Blick nicht in direktem Zusammenhang mit dem Problem der Rechtswirkungen des Saldoanerkenntnisses. Es liegen rechtlich und hinsichtlich der praktischen Bedeutung im Kontokorrent zwei unterschiedliche Sachlagen vor. Wenn der Bundesgerichtshof jedoch von der Annahme einer schuldumschaffenden Wirkung des Saldoanerkenntnisses Abstand nimmt und statt dessen unter

⁵⁶⁷ Vgl. Teil 3, C. II. der Arbeit.

Anwendung von § 364 Abs. 2 BGB von einem Fortbestand des kausalen neben dem abstrakten Saldo ausgeht, erlangt die Frage nach der Zusammensetzung dieses kausalen Saldos Bedeutung. Die Zusammensetzung richtet sich nach der Art und Weise, wie die Verrechnung der Posten im Kontokorrent vorgenommen wird. Es kann daher aufgezeigt werden, daß die seit 18.05.1995 ergangenen Urteile zum Umfang formularvertraglicher Sicherungserklärungen auch Auswirkungen auf die durch die Rechtsprechung als regelmäßige Verrechnungsform im Kontokorrent angenommene verhältnismäßige Gesamtaufrechnung haben. Die zwischen dem Saldoanerkennnis und der Kompensation der Posten im Kontokorrent bestehende Wechselwirkung wird durch die Betrachtung der einzelnen Verrechnungsformen und ihrer Konsequenzen sichtbar.

bb) Vorrang der Parteiabrede

Die §§ 355 ff. HGB enthalten lediglich einen Hinweis auf den Zeitpunkt der Verrechnung. Das Gesetz geht in § 355 Abs. 1 HGB von "regelmäßigen Zeitabständen" aus. Die rechnerische Ausgestaltung des eigentlichen Kompensationsvorganges steht somit nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zur Disposition der Beteiligten.⁵⁶⁸ Allerdings besteht darin Einigkeit, daß auch der Zeitpunkt der Verrechnung zwischen den Beteiligten abweichend von § 355 Abs. 1 HGB vereinbart werden kann. § 355 HGB ist dann analog anzuwenden.⁵⁶⁹ Die Frage nach der Art und Weise der Verrechnung wird folglich erst dann praktisch relevant, wenn zwischen den Beteiligten der laufenden Rechnung über diesen Punkt keine vorrangige Abrede getroffen worden ist.⁵⁷⁰

cc) Einfluß des Verrechnungsmodus auf die Sicherheiten im Kontokorrent – Behandlung unklagbarer Verbindlichkeiten aus Börsentermingeschäften bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland

(1) Einfluß des Verrechnungsmodus auf die Sicherheiten im Kontokorrent

Wird der kausale Saldo über das Anerkenntnis hinaus erhalten, haftet die Sicherheit die ursprünglich für eine Einzelforderung bestellt worden war, für diese Verbindlichkeit fort. Die Haftung besteht aber nur noch in der Höhe, in der die Forderung nicht bereits durch die Tilgungswirkung der Ver-

⁵⁶⁸ Vgl. RGZ 59, 192, 193; BGH ZIP 1998, 462, 463.

⁵⁶⁹ Vgl. u.a. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 30; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Anm. 15.

⁵⁷⁰ Vgl. Schegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 55 f.

rechnung erloschen ist. Der Umfang der Haftung bestimmt sich also nach der Art und Weise der Verrechnung.⁵⁷¹ Dagegen bleibt der Verrechnungsmodus auf die in die laufende Rechnung eingestellten Sicherheiten ohne Einfluß, wenn das Saldoanerkenntnis novatorische Wirkung entfaltet. Durch den Untergang des kausalen Saldos richtet sich die Haftung der ursprünglich für eine einzelne Forderung bestellten Sicherheit nach der Höhe, in der der anerkannte Saldo noch besteht. Dessen Höhe wird aber nicht von der Art und Weise der Verrechnung bestimmt, sondern ist nach jedem Verrechnungsmodus identisch. Die Anordnung in der Vorschrift von § 356 HGB, wonach das Anerkenntnis einen Rückgriff auf die Sicherheit nicht hindert, wird auf die Tilgung der ursprünglich gesicherten Forderung erstreckt. Denn die Sicherheiten bestehen ungeachtet der Auswirkung der Verrechnung auf die einzelne Forderung fort, soweit sich ein debitorischer Saldo für den Schuldner ergibt. § 356 HGB wird also auch auf die Kompensation der zwei Seiten der laufenden Rechnung angewendet, so daß sich die Art und Weise in der die Verrechnung vorgenommen wird, nach der Novationslehre nicht auf die Sicherheiten auswirkt.

(2) Einführung zur Verrechnung unklagbarer Forderungen im Kontokorrent

Den Anlaß einer eingehenden rechtlichen Untersuchung der Art und Weise der Verrechnung in Schrifttum und Rechtsprechung stellte die Behandlung von unklagbaren Forderungen im Kontokorrent dar. Den Erörterungen lagen laufende Rechnungen zugrunde, in die neben verbindlichen Forderungen auch unklagbare Verbindlichkeiten eingestellt waren. Praktische Relevanz erlangte die Problematik namentlich zwischen Bankinstituten und Kunden in Zusammenhang mit Forderungen aus Terminspekulations- oder Börsentermingeschäften. Nach § 53 Abs. 2 BörsG a.F.⁵⁷² erzeugten Börsentermingeschäfte mit einem Nichtkaufmann⁵⁷³ nur unverbindliche, aber gemäß § 55 BörsG a.F. erfüllbare Verbindlichkeiten. Eine aufgrund dieses Geschäftes erbrachte Leistung, auch in Form eines Aufrechnungsvertrages,⁵⁷⁴ war gemäß § 55 BörsG a.F. nicht mehr mit der Begründung fehlender Leistungspflicht rückforderbar. Insbesondere erfaßte die Unverbindlichkeit nach § 59 BörsG a.F., der § 762 Abs. 2 BGB nachgebildet war,⁵⁷⁵ auch eine zum Zwecke der Erfüllung des Börsentermingeschäftes abgeschlossene abstrakte Verpflichtung, also vor allem ein Schuldanerkenntnis. Nach § 764 BGB⁵⁷⁶ waren diese Differenzgeschäfte Spiel und Wette in § 762 BGB gleiche-

⁵⁷¹ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 67.

⁵⁷² In der Fassung vom 11.07.1989.

⁵⁷³ Der Kaufmannseigenschaft gleichgestellt waren eingetragene Genossenschaften, vgl. § 53 Abs. 2 BörsG.

⁵⁷⁴ Vgl. Schwark, Börsengesetz, § 55 Rdz. 9.

⁵⁷⁵ Ähnlich Schwark, Börsengesetz, § 59 Rdz. 1.

⁵⁷⁶ Die Vorschrift ist durch das Vierte Finanzmarktgesetz mit Wirkung zum 01.07.2002 aufgehoben worden.

stellt.⁵⁷⁷ Daran schloß sich die Frage an, ob die kontokorrentmäßige Verrechnung vollwertiger Ansprüche mit unklagbaren Forderungen aufgrund antizipierter Verrechnungsvereinbarung eine wirksame Leistung im Sinne von § 55 BörsG a.F. darstellt. Die Verrechnungsart entschied somit über die Zusammensetzung der Saldoforderung, also über die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe unklagbare Verbindlichkeiten darin enthalten waren.⁵⁷⁸ Die rechtliche Behandlung von Differenzgeschäften verlor bereits aufgrund der Einführung einer "Termingeschäftsfähigkeit kraft Information" mit der Novellierung des § 53 Abs. 2 BörsG a.F.⁵⁷⁹ an praktischer Relevanz. Denn infolge der Gesetzesänderung konnten auch Privatpersonen in- und ausländische Börsentermingeschäfte verbindlich abschließen, sofern sie vor Erteilung ihres Auftrages eine Informationsschrift⁵⁸⁰ über die Verlustrisiken bei Börsentermingeschäften unterzeichnet hatten. Der Differenzeinwand erlangte lediglich in Altfällen sowie in den Fällen Bedeutung, in denen die Voraussetzungen der qualifizierten Information nicht eingehalten worden waren.⁵⁸¹ Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland am 01.07.2002⁵⁸² ist die Gleichstellung mit Spiel- und Wettverträgen und somit der gesamte rechtliche Problembereich unklagbarer Forderungen vollständig aufgehoben worden. Finanztermingeschäfte können unter keiner Voraussetzung mehr unvollkommene Verbindlichkeiten erzeugen. Der Gesetzgeber hat in den §§ 37d – g WphG an dem Prinzip qualifizierter Informationspflichten gegenüber dem Verbraucher festgehalten. Die Verletzung der in den §§ 37d WphG aufgestellten Anforderungen hat jedoch nicht die Unverbindlichkeit, sondern nach Abs. 4 der Vorschrift eine Schadensersatzpflicht zur Folge. Dennoch ist bei der Untersuchung der Verrechnungsmodi im Kontokorrent auf das Problem, daß die laufende Rechnung unklagbare Verbindlichkeiten enthält, einzugehen. Neben dem eingangs bereits dargestellten Beginn rechtlicher Diskussionen über die Verrechnung lassen die Auswirkungen der verschiedenen Ansichten zum Verrechnungsvorgang auf unvollkommene Verbindlichkeiten einen zusätzlichen Rückschluß auf die Folgerichtigkeit der jeweiligen Theorie zu.

⁵⁷⁷ Vgl. Näheres u.a. bei Schwark, Börsengesetz, 1976, Einl. §§ 50 - 70; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 70 ff.

⁵⁷⁸ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 78 f., 80; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 87.

⁵⁷⁹ Eingeführt durch die Novelle zum Börsengesetz von 1989, Inkraftgetreten am 01. August 1989.

⁵⁸⁰ Erstfassung abgedruckt in Dokumentation in NJW 1989, 1192.

⁵⁸¹ Vgl. in jüngerer Zeit neben anderen z.B. OLG Celle WM 1998, 2012 ff.; BGH WM 1998, 545 ff.; WM 1998, 1281 ff.

⁵⁸² Viertes Finanzmarktgesetz vom 21.06.2002.

b) Verrechnungsformen und Argumente für eine regelmäßige Anwendung in der laufenden Rechnung des § 356 HGB

aa) Verhältnismäßige Gesamtaufrechnung

(1) Anrechnung pro rata

Die rechnerische Gegenüberstellung der einzelnen Posten der zwei Seiten im Kontokorrent erfolgt nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur⁵⁸³ im Wege der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung.⁵⁸⁴ Ihr zufolge vollzieht sich die Verrechnung dergestalt, daß die Posten der größeren Seite verhältnismäßig, also pro rata, gegen die Posten der kleineren Seite verrechnet werden.⁵⁸⁵ Die Anrechnung findet dabei jeweils in dem Verhältnis statt, in dem die Summe der beiden Kontokorrentseiten zueinander stehen. Dies hat zur Folge, daß die Aktiva der kleineren Seite vollständig erlöschen, während die Aktiva der anderen Seite ausnahmslos zu einem Bruchteil fortbestehen und den Habensaldo bilden.⁵⁸⁶ Die kausale Saldoforderung als unmittelbares Ergebnis der Verrechnung setzt sich somit aus einer Vielzahl von Forderungsbruchteilen unterschiedlicher Rechtsgrundlage zusammen, woraus sich die plakative Bezeichnung "Mosaiktheorie"⁵⁸⁷ ableitet. Erst durch das der Verrechnung nachfolgende novatorische Anerkenntnis wird die einheitliche, abstrakte Saldoforderung erzeugt.⁵⁸⁸ Die charakteristische Zusammensetzung des kausalen Saldos nach der Rechtsprechung hat bei fehlendem Anerkenntnis zur Konsequenz, daß mit den Einzelforderungen auch die hierfür bestellten Sicherheiten anteilmäßig untergehen und für den kausalen Saldo nur noch in Höhe von Bruchteilsresten weiterhaften.⁵⁸⁹

⁵⁸³ Für die neuere Literatur vgl. noch Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 1. Aufl., Rdnr. 3.29; Blaurock NJW 1971, 2206, 2208; ; für das ältere Schrifttum u.a. Düringer/Hachenburg/Breit, HGB, 3. Aufl., § 355 Anm. 10 und 39 ff.; Koenige-Teichmann-Koehler, Handelsgesetzbuch, 1. Bd., § 355 Anm. 4; Müller-Erzbach, Handelsrecht, S. 659.

⁵⁸⁴ Vgl. dazu u.a. RGZ 56, 19, 24; RGZ 59, 192, 193; RGZ 132, 218, 219; BGHZ 49, 24, 30; BGH WM 1961, 1046 f.; BGHZ 77, 256, 261 f.; BGHZ 117, 134, 140 f.; BGH WM 1994, 788 f.

⁵⁸⁵ Vgl. Schuhmacher in Straube, HGB I, § 355 Rdz. 22.

⁵⁸⁶ Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 68; ders. in DB 1972, 421, 423.

⁵⁸⁷ "Der Saldo ist demnach ein Mosaik, das sich aus Trümmerstücken aller in die letzte Periode fallenden Einzelansprüche des Saldogläubigers zusammensetzt" Cosack, HandelsR, S. 240.

⁵⁸⁸ Vgl. neben anderen Schlegelberger/Hefermehl, a.a.O., § 355 Rdz. 54; Canaris DB 1972, 421, 423; Göppert ZHR 103/104 (1936/37), 318, 324.

⁵⁸⁹ Canaris DB 1972, 421, 424.

(2) Entwicklung und Argumentation der gegenwärtigen Rechtsprechung

In seiner Leitentscheidung,⁵⁹⁰ zur verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung, der eine laufende Rechnung mit verbindlichen sowie unklagbaren Forderungen zugrunde lag, vertrat das Reichsgericht die Auffassung, daß "allein die verhältnismäßige Verrechnung der Vorschrift des § 366 Abs. 2 BGB"⁵⁹¹ entspreche und somit für das Kontokorrent einschlägig sei. Dem lag die Vorstellung von den einzelnen Posten als bloßen gleichwertigen Rechnungsfaktoren zugrunde, die von ihrem materiellen Rechtsgrund losgelöst seien.^{592 593} Demgegenüber seien Einschüsse in das Kontokorrent nicht als Leistungen auf ein bestimmtes Geschäft, sondern zur Deckung des künftigen Saldos zu werten.⁵⁹⁴ Dem hat sich die nachfolgende Judikatur im Ergebnis anfänglich angeschlossen,⁵⁹⁵ wobei zur Herleitung der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung nicht mehr auf § 366 BGB, sondern auf den "Inhalt des Aufrechnungsvertrages"⁵⁹⁶ zurückgegriffen und die Anwendbarkeit dieser Norm schließlich ausdrücklich abgelehnt wurde.⁵⁹⁷ Das Reichsgericht⁵⁹⁸ revidierte dann jedoch den Lösungsansatz der vorgenannten Leitentscheidung, da er dem Problem der unklagbaren Verbindlichkeiten nicht gerecht werde, hielt aber grundsätzlich an der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung im Kontokorrent gemäß der aufgehobenen Entscheidung fest.⁵⁹⁹ Gerade für den Fall, daß unklagbare Verbindlichkeiten im Kontokorrent eingestellt sind, war die Entscheidung des Reichsgerichts im 56. Band entwickelt worden. Im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts nahm auch der Bundesgerichtshof zugunsten der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung den Ausschluß der bürgerlich-rechtlichen Anrechnungsregeln in §§ 366, 367 in Verbindung mit 396 BGB an.⁶⁰⁰ Zur Begründung verwies das Gericht darauf, daß es dem der Vereinfachung und Praktikabilität dienenden Grundsatz der Gleichwertigkeit aller Posten widerspreche, die zur Tilgung bestimmten Leistungen einzelnen der Ansprüche zuzuordnen und auf diese Weise innerhalb des Kontokorrents für weitere Bewegungen zu sorgen.⁶⁰¹ Da kontokorrentpflichtige Zahlungen erst bei der Saldierung

⁵⁹⁰ RGZ 56, 19 ff.

⁵⁹¹ RGZ 56, 19, 24.

⁵⁹² Düringer/Hachenburg/Breit, HGB, 3. Aufl., § 355 Anm. 39.

⁵⁹³ Vgl. RGZ 56, 19, 23, 24; 164, 212, 215; vgl. zu dieser Wertung auch in jüngster Zeit offenbar OLG Karlsruhe WM 1998, 1178, 1180 unter Bezugnahme auf RGZ 76, 331, 333.

⁵⁹⁴ So bereits RGZ 38, 232 ff.; RGZ 56, 19, 23; vgl. auch BGHZ 107, 192, 198; 101, 296, 305, 306; BGH WM 1998, 1281, 1284.

⁵⁹⁵ Vgl. u.a. RG JW 1905, 186 f., Nr. 39; 59, 193 ff.; SeuffArch 82, Nr. 129; Bank-Archiv 1931/1932, S. 86.

⁵⁹⁶ Vgl. RGZ 59, 192, 194; LZ 1918, Nr. 10, S. 1211 f.; so auch RGZ 132, 218, 219.

⁵⁹⁷ Vgl. RGZ 76, 330, 333; vgl. auch 87, 434, 438.

⁵⁹⁸ RGZ 132, 218, 220.

⁵⁹⁹ Vgl. RGZ 132, 218 ff. sowie RGZ 87, 434, 438; 164, 212, 215.

⁶⁰⁰ Vgl. BGH WM 1959, 472, 474; WM 60, 208; WM 1961, 1046 f.; WM 1969, 92 f.; BGHZ 49, 24, 30; WM 1970, 184, 186; BGHZ 77, 256, 261 f.; WM 1991, 495, 497; BGHZ 117, 134, 140 f.; WM 1994, 788, f.; OLG Celle WM 1998, 2012.

⁶⁰¹ Vgl. BGH WM 1991, 495, 497 unter Verweis auf frühere Rspr.

berücksichtigt würden, sei auch § 367 BGB unanwendbar.⁶⁰² Die Bank könne deshalb eine kontokorrentpflichtige Zahlung des Kunden nicht auf eine bestehende Zinsforderung verrechnen.⁶⁰³

(3) Verrechnung unklagbarer Posten nach der Rechtsprechung

Nach der Leitentscheidung zur verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung⁶⁰⁴ konnten unklagbare durch klagbare Forderungen anteilig getilgt werden. Im Verhältnis der danach noch im Saldo enthaltenen ungetilgten Bruchteile unklagbarer Posten sollte die Saldoforderung unverbindlich sein.⁶⁰⁵ Diese Annahme basierte auf der Wertung, daß Einschüsse in die laufende Rechnung keine Erfüllungsleistungen auf ein bestimmtes Geschäft, sondern auf den künftigen Saldo gerichtete Leistungen sind. Soweit die letzte anerkannte Rechnung mit einem Schuldsaldo des im Ergebnis Belasteten beginne, sollte für den vorgetragenen Saldo die gleiche Ermittlung angestellt und in entsprechender Weise bis zum Beginn der Geschäftsverbindung zurückgegangen werden.⁶⁰⁶ In Band 132 verwarf das Reichsgericht diese Rechtsprechung dann jedoch wieder, da sich hieraus verwickelte Berechnungen ergeben könnten und die teilweise Tilgung von voll wirksamen Gegenforderungen mit unverbindlichen Posten dem Billigkeitsgefühl widerspreche.⁶⁰⁷ Stattdessen konstruierte das erkennende Gericht eine stillschweigende auflösende Bedingung der auf die Verrechnung gerichteten beiderseitigen Erklärungen, wonach alle Geschäfte wirksam seien. Wende der Saldoschuldner sodann die Unverbindlichkeit auch nur eines Teils der Geschäfte im Kontokorrent ein, müsse die Verrechnung unter Umständen bis zum Beginn der Geschäftsverbindung zurückverfolgt und unter Ausschluß der klaglosen Posten neu vollzogen werden. Ausgehend von der These, daß erst durch die Abgabe des Anerkenntnisses eine Verrechnung zustande komme, schlage die Unwirksamkeit des Anerkenntnisvertrages auf den Verrechnungsvertrag durch.⁶⁰⁸

Der Bundesgerichtshof bestätigte die doppelte Unverbindlichkeit von Saldoanerkennnis und Verrechnungsvereinbarung bei Einschluß unklagbarer Forderungen.⁶⁰⁹ Danach stellten grundsätzlich weder Einschüsse in das Kontokorrent noch die Verrechnung oder das Saldoanerkennnis Leistungen im Sinne von § 55 BörsG dar, sondern begründeten lediglich Naturalobliga-

⁶⁰² BGHZ 77, 256, 262.

⁶⁰³ Ähnlich Schimansky in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch I, § 47 RdNr 37.

⁶⁰⁴ Vgl. RGZ 56, 23.

⁶⁰⁵ Vgl. RGZ 56, 19, 24; 59, 193, 194 mit Berechnungsbeispiel.

⁶⁰⁶ Vgl. RG JW 1905, S. 186 Nr. 39.

⁶⁰⁷ RGZ 132, 218, 220; RGZ 144, 31, 313.

⁶⁰⁸ Vgl. RGZ 132, 218, 222; ebenso RGZ 140, 132, 136.

⁶⁰⁹ Vgl. BGHZ 93, 307, 311 ff.; zur Begründung berief sich das Gericht allerdings darauf, daß Verrechnung und Saldoanerkennnis lediglich Teile ein und desselben Rechtsaktes seien.

tionen.⁶¹⁰ Dieser Ansicht lag weiterhin der bereits im 56. Band⁶¹¹ eingenommene Standpunkt zugrunde, daß Einzahlungen und Gutschriften nicht unter Anwendung von § 366 BGB zur Tilgung bestimmter kontokorrentgebundener Forderungen erfolgten, sondern bloße Rechnungsposten darstellten, die erst bei der nächsten Saldierung und Abrechnung des Kontokorrents ihre Wirkung ausüben würden. Auch die Verrechnung aufgrund einer antizipierten kontokorrentrechtlichen Aufrechnungsvereinbarung sei ohne ausdrückliche dahingehende Tilgungsvereinbarung nicht auf ein bestimmtes Börsentermingeschäft bezogen.⁶¹² Schließlich könne jedenfalls in dem nach Nr. 7 Abs. 2 S. 2 AGB- Banken fingierten Schweigen auf den Rechnungsabschluß keine nachträgliche Vereinbarung erkannt werden, die als Leistung im Sinne von § 55 BörsG zu qualifizieren wäre.⁶¹³ Allerdings sollte zwischen debitorischem und kreditorischem Saldo zu differenzieren sein. Danach sei nur das Anerkenntnis eines debitorischen Saldos insoweit gemäß § 59 BörsG unverbindlich, als in ihm unverbindliche Forderungen enthalten seien. Die Abrechnung müsse erneut unter Ausschluß der unverbindlichen Posten vorgenommen werden.⁶¹⁴ Etwas anderes gelte allerdings dann, wenn der Kunde den Saldo vorbehaltlos ausgleiche oder eine ausdrückliche Verrechnungsvereinbarung in dem Bewußtsein, hierdurch eigene Vermögenspositionen aus bestimmten Börsentermingeschäften aufzugeben, abschließe.⁶¹⁵ Dagegen werde der Kunde bei einem kreditorischem Saldo am Ende der Rechnungsperiode nicht mit einer Verpflichtung aus dem Saldoanerkennnis belastet, so daß auch § 59 BörsG nicht eingreife.⁶¹⁶ In einem kreditorischen Anerkenntnis könne daher nach Auffassung des Bundesgerichtshofs eine wirksame Erfüllung im Sinne von § 55 BörsG liegen.⁶¹⁷ Auch dieser Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof 1989⁶¹⁸ insoweit eine Absage erteilt, als der Rückforderungsausschluß nach § 55 BörsG auch bei kreditorischem Saldo voraussetzen sollte, daß ein ausdrückliches Anerkenntnis in dem Bewußtsein abgegeben worden sei, daß in der Abrechnung Naturalobligationen enthalten seien.

⁶¹⁰ Vgl. BGHZ 93, 307, 311 ff. sowie neben vielen BGHZ 101, 196, 305; 102, 204, 206 f.; BGH WM 1991, 1367 f.; BGH WM 1998, 1281, 1284.

⁶¹¹ RGZ 56, 23.

⁶¹² Vgl. BGHZ 102, 204, 208; BGHZ 117, 135, 141; BGH WM 1998, 545.

⁶¹³ Vgl. BGHZ 102, 204; BGHZ 105, 263, 269 f.; BGHZ 117, 135, 140; BGH WM 1998, 545, 547; BGH WM 1998, 1281; eine entsprechende Vereinbarung soll bei einem kreditorisch geführten Konto vorliegen Tilp/Frhr. v. Buttler ZIP 1998, 189, 192; BGH ZIP 1998, Nr. 52 A 21; OLG Köln ZIP 1998, 200, 201 f.; jedoch aufgehoben durch BGH Ur. v. 03.02.1998, abgedruckt in ZIP 1998, 462 ff.

⁶¹⁴ Demnach kann die Klaglosigkeit unverbindlicher Termingeschäfte, unter Negation der Novationswirkung, trotz der Aufnahme in das Kontokorrent grundsätzlich geltend gemacht werden, ohne daß dadurch wirksame Forderungen der anderen Kontokorrentpartei beeinträchtigt werden, vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 87.

⁶¹⁵ Vgl. BGH WM 1998, 545; BGH WM 1999, 539, 540 für das Anerkenntnis termingeschäftsfähig gewordener Personen; BGH WM 1998, 545, 546 f.

⁶¹⁶ BGHZ 105, 263, 270.

⁶¹⁷ BGHZ 107, 192, 199; BGH WM 92, 479, 481; WM 89, 807, 809.

⁶¹⁸ BGHZ 107, 192 ff., 199.

bb) Lehre von der Anwendbarkeit der bürgerlich-rechtlichen Anrechnungsregeln § 396 in Verbindung mit §§ 366, 367 BGB

(1) Anwendung der §§ 366 f., 396 Abs. 1 BGB und Begründung

Nach einer im Schrifttum vordringenden Ansicht⁶¹⁹ sind die im allgemeinen Schuldrecht des BGB in den §§ 366, 367 BGB enthaltenen Regeln über die Zuordnung einer Leistung zu mehreren betragsmäßig darüber hinausgehenden Forderungen analog, einer anderen Ansicht⁶²⁰ zufolge auch unmittelbar, heranzuziehen. Über § 396 Abs. 1 BGB, der für die einseitig erklärte Aufrechnung von Forderungen auf §§ 366, 367 BGB verweist, sollen diese Regelungen auch im Kontokorrent Anwendung finden. Danach sollen zunächst die Forderungen erlöschen, hinsichtlich derer ein eindeutiger Tilgungswille erkennbar werde. Trete ein solcher Tilgungswille nicht nach außen hervor, greife die in Absatz 2 der Norm hierarchisch aufgezählte Anrechnungsfolge ein. Mangels erkennbaren Tilgungswillens müsse die Verrechnung also nach § 366 Abs. 2 BGB zunächst auf die fälligen Forderungen erfolgen. Da die Fälligkeit jedoch durch die Einstellung in das Kontokorrent modifiziert werde, gelange der 2. Fall des § 366 Abs. 2 BGB zur Anwendung, so daß zunächst die Forderungen getilgt würden, für die keine oder eine geringere Sicherheit bestellt worden seien.

Eine verhältnismäßige Verrechnung der Posten der beiden Seiten komme hingegen als ultima ratio erst dann zur Anwendung, wenn keiner der vorrangig in Absatz 2 genannten Fälle vorliege. Zur Begründung wird auf den Rechtscharakter der §§ 366, 396 BGB als gesetzliche Auslegungsregeln des mutmaßlichen Parteiwillens, dem auf diesem Wege auch in der kontokorrentmäßigen Verrechnung Rechnung getragen werde, verwiesen. Der kausale Saldo als Ergebnis dieses Verrechnungsmodus besteht in der Regel nur aus einer einzigen oder aus wenigen Forderungen. Die Verrechnung im Kontokorrent beruhe im Unterschied zu der in den §§ 366, 367, 396 Abs. 1 BGB geregelten Aufrechnung nicht auf einer einseitigen Willenserklärung gemäß § 389 BGB, sondern auf dem zweiseitigen Verfügungsvertrag, so daß nur eine analoge Anwendung in Betracht komme.⁶²¹ Eine unmittelbare Anwendbarkeit der §§ 396 Abs. 1, 366 f. BGB wird vor allem mit der bei der einseitig erklärten und auch bei der konsensualen Aufrechnung erzielten Tilgungs- und Sicherungswirkung begründet. Lediglich die mit diesen Funktionen verbundene Rolle des Aufrechnenden und des Aufrechnungsgegners sei beim Aufrechnungsvertrag vervielfältigt, während es bei der einseitig erklärten Aufrechnung nur der Aufrechnende sei, der die genann-

⁶¹⁹ Canaris DB 1972, 421, 425 f., in FS Hämmerle, S. 55, 64, Großkomm-HGB, § 355 Anm. 75 f., Handelsrecht, § 27 Rdz. 23.

⁶²⁰ Vgl. Berger, Der Aufrechnungsvertrag, S. 90.

⁶²¹ Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 75.

ten Interessen verfolge.⁶²² Auch materiell seien die einseitige und die konsensuale Aufrechnung austauschbar. Es wird darauf verwiesen daß, wie bereits durch das Reichsgericht vertreten,⁶²³ bei Fehlen einer der gesetzlichen Voraussetzungen der einseitigen Aufrechnung eine Umdeutung in einen Aufrechnungsvertrag vorgenommen werden könne.⁶²⁴

(2) Behandlung unklagbarer Posten

Auch diese Ansicht gelangte in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zu dem Ergebnis, daß in dem antizipierten Aufrechnungsvertrag keine wirk-
same Leistung im Sinne von § 55 BörsG liege. Wesentliche Abweichungen bestanden jedoch in der rechtlichen Begründung. Die Zusammensetzung der Saldoforderung werde auch im Bereich unklagbarer Verbindlichkeiten durch die analoge Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Aufrechnungsregeln der §§ 366, 396 BGB bestimmt. In Fortbildung des § 366 BGB wurde vertreten, der mutmaßliche Parteiwille sei auf die nachrangige Tilgung unklagbarer Forderungen gegenüber den vollwertigen Ansprüchen gerichtet, da sich der Schuldner gegen diese noch mit dem Einwand der Klaglosigkeit erfolgreich zur Wehr setzen könne. Anknüpfungspunkt sollte die Vorschrift des § 366 Abs. 2 BGB als Konkretisierung des mutmaßlichen Schuldnerwillens sein. Der in § 366 Abs. 2 BGB normierte Tilgungsvorrang ungesicherter vor gesicherten Forderungen sei nicht auf unklagbare Posten übertragbar. Die ratio legis dieser Regelung liege darin, daß der Gläubiger bei einer andersartigen Anrechnung sofort zur Beitreibung der weniger sicheren Forderungen schreiten müsse und daher auch der Schuldner ein Interesse an deren Vorrang habe.⁶²⁵ Diese Überlegung passe aber nicht auf die Tilgungsreihenfolge unklagbare und klagbare Forderungen, da hierbei keine entsprechende Gefahr bestehe.⁶²⁶ Für die kontokorrentmäßige Verrechnung folge daraus die Verrechnung der klagbaren Forderungen sowie davon getrennt und zeitlich nachfolgend der unvollkommenen Posten miteinander. Die sich daran anschließend ergebenden beiden Saldi sollen miteinander verrechnet werden. Wenn diese beiden Saldi nicht derselben Partei zustünden und daher unklagbare Posten zur Tilgung klagbarer Posten verwendet würden, bedürfe es grundsätzlich einer nachträglichen Bestätigung des antizipierten Verrechnungsvertrages. Dabei müsse der Parteiwille gerade auf den Verlust der vollwertigen Posten durch Tilgung der unklagbaren Forderungen gerichtet sein.⁶²⁷

⁶²² Vgl. Berger, Der Aufrechnungsvertrag, S. 88.

⁶²³ RGZ 74, 104, 186, 188.

⁶²⁴ Vgl. Berger, Der Aufrechnungsvertrag, S. 89 f.

⁶²⁵ So auch Herz, Das Kontokorrent insbesondere in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs, S. 103.

⁶²⁶ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 83.

⁶²⁷ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 78 u. 85; Hefermehl in Schlegelberger/Hefermehl, a.a.O., § 355 Rdz. 91.

Eine Verrechnung von vollwertigen Forderungen mit Naturalobligationen war also grundsätzlich nur dann wirksam, wenn der Verrechnungsvertrag erst nach Entstehen des unklagbaren Postens und unmißverständlich darauf gerichtet geschlossen worden war, zumindest aber die Bestätigung im Sinne von § 141 BGB in Kenntnis der Unklagbarkeit erfolgt war.⁶²⁸

cc) Staffelkontokorrent im Gegensatz zum Periodenkontokorrent

(1) Merkmale des Staffelkontokorrents – staffelförmige Verrechnung unklagbarer Verbindlichkeiten

Beim Staffelkontokorrent vollzieht sich die Verrechnung nicht zu bestimmten, regelmäßig wiederkehrenden Zeitpunkten, sondern in der zeitlichen Reihenfolge der Buchungen.⁶²⁹ Die Tilgungswirkung der Verrechnung tritt dabei jeweils automatisch ein, sobald sich im Zeitablauf des Kontokorrentverhältnisses zwei Posten verrechnungsfähig gegenüber stehen.⁶³⁰ Die in § 355 HGB vorgesehene periodische Abrechnung solle lediglich vertragsmäßig feststellen, welche Verbindlichkeiten im Laufe der Rechnungsperiode getilgt worden seien.⁶³¹ Die laufende Verrechnung sei also kein bloßer Buchungs-, sondern ein Rechtsakt mit tilgender Wirkung, der zu einer Saldoforderung führe.⁶³² Debet- und Kreditposten werden nach dieser Ansicht nicht getrennt auf verschiedenen Buchseiten, sondern untereinander in chronologischer Reihenfolge in der Weise verbucht, daß bei Eintritt eines neuen Postens der Saldo festgestellt wird. Indem schrittweise jeder Posten addiert oder subtrahiert und der Saldo gezogen wird, entsteht eine staffelförmige Aufstellung. Die Zinsen werden vom jeweiligen Saldo bis zum Eintritt einer Veränderung berechnet.⁶³³ Es ist daher jederzeit eine nur in ihrer Höhe nach jedem kontokorrentpflichtigen Geschäftsvorfall wechselnde Saldoforderung vorhanden.⁶³⁴ Wies die laufende Rechnung unklagbare Verbindlichkeiten auf, erkannte ein Teil der Vertreter der Lehre vom Staffelkontokorrent den Verrechnungsvertrag auch bei einer Einbeziehung unverbindlicher Forderungen als wirksam an und bewertete die auf unvollkommene Verbindlichkeiten geleisteten Einzahlungen als Leistungen im Sinne des § 55 BörsG

⁶²⁸ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 79; ders. ZIP 1985, 592, 594; ders. ZIP 1987, 885; zustimmend Häuser/Welter in Assmann/Schütze, Kapitalanlagerecht, § 16 Rdz. 410; Herz, Das Kontokorrent insbesondere in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs, S. 100.

⁶²⁹ Vgl. Schaudwet, Bankkontokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 41; Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 24.

⁶³⁰ Vgl. Göppert ZHR 102 (1936), 161, 203.

⁶³¹ Göppert ZHR 102, 161, 203 f.; ders. ZHR 103/104 (1936/37) 318, 333 f.

⁶³² Vgl. Schegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 102.

⁶³³ Eingehend hierzu Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 14/15; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 38 f.; ders. in MünchKomm-Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 38 f.

⁶³⁴ Vgl. Weißpfennig JW 1938, 3091, 3093; Herz, Das Kontokorrent insbesondere in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs, S. 66.

a.F., §§ 762 Abs. 1 BGB. Der Kunde konnte also aufgrund des nach jeder Kontenbewegung automatisch stattfindenden Verrechnungsvorganges unter Ausschluß eines Rückzahlungsanspruches ipso iure seine gesamte wirksame Forderung verlieren. Insbesondere bedurfte es auch nicht seiner darauf gerichteten Willenserklärung nach dem Eintritt des Verlustes.⁶³⁵ Aus diesem Grund wurde eine vom Staffekontokorrent abweichende Sonderregelung vorgeschlagen.⁶³⁶

(2) Staffekontokorrent kraft Parteivereinbarung

Bei der Vorstellung des Staffekontokorrents ist zwischen der rechtlichen Einordnung des Verrechnungsvertrages mit anschließendem Saldoanerkennnis sowie der rechnerischen Durchführung der Kompensation zu unterscheiden.⁶³⁷ In der ersten Alternative wurde in der älteren Literatur, ausgehend von den Besonderheiten des Bankkontokorrents, ein staffelmäßiger Verrechnungszyklus als kontokorrentrechtlicher Regelfall⁶³⁸ der verhältnismäßigen Verrechnung gegenübergestellt.⁶³⁹ Diese Ansicht kann wegen des offensichtlichen Widerspruchs zu § 355 Abs. 1 HGB, der von einer Verrechnung "in regelmäßigen Zeitabständen" ausgeht, als überwunden angesehen werden.⁶⁴⁰ Es ist indes unbestritten, daß die Form des Staffekontokorrents aufgrund der Disponibilität der §§ 355 ff. HGB durch ausdrückliches Übereinkommen der Beteiligten wirksam vereinbart werden kann.⁶⁴¹

⁶³⁵ Göppert ZHR 102, 161, 204 ff.; Weispfennig JW 1938, 3091, 3094 f.; Schuhmacher in Straube, HGB I, 2. Aufl., § 355 Rz. 23.

⁶³⁶ Vgl. Herz, Das Kontokorrent insbesondere in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs, S. 65, 98 ff.

⁶³⁷ Vgl. zu dieser Differenzierung auch Avancini in: Avancini-Iro-Koziol, Bankvertragsrecht I (1987) Rdz. 5/30.

⁶³⁸ Vgl. dazu vor allem Herz, Das Kontokorrent insbesondere in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs, S. 62 f., 74 m. w. N., der jedoch im Fall gesicherter Forderungen zur Anwendung der §§ 366, 396 1 BGB gelangt; Weispfennig JW 1938, 3091, 3096.

⁶³⁹ Vgl. u.a. bereits Gutachten der Handelskammer Frankfurt am Main vom 06. April 1868 in ZHR 15 (1870), S. 542; Göppert ZHR 102, 161, 198 ff. und ZHR 103, 318; Beitzke FS v. Gierke, S. 9 ff.; Kopfstein ZHR 77 (1915), 78, 88; Nebelung NJW 1953, 449; Völp NJW 1955, 818, 819; Schaudwet, Bankkontokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 42 ff.; Kübler, Feststellung und Garantie, S. 158; vgl. S. 111; aus der Rspr. nur OLG Celle WM 1960, 208; WM 1960, 1398, 1399.

⁶⁴⁰ Vgl. dazu Canaris DB 1972, 421, 424; Schuhmacher in Straube, HGB I, § 355 Rz. 23; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 103.

⁶⁴¹ Vgl. u.a. Schimansky in Schimansky /Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch I, § 47 RdNr 44; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 106; BGHZ 50, 277, 279; BGH WM 1972, 283 f.

c) Stellungnahme zur regelmäßigen Verrechnungsform im Kontokorrent

aa) Dogmatische und gesetzssystematische Betrachtung unter Berücksichtigung der Kritik im Schrifttum

Den Gesetzesmaterialien zu den §§ 355 ff. HGB läßt sich keine regelmäßige Verrechnungsform entnehmen. In der Denkschrift zum HGB heißt es allein : "Eine eigentliche Aufrechnung der Einzelposten findet bei der Saldoziehung nicht statt; denn es stehen sich nicht nur wirkliche Forderungen gegenüber, und die gänzliche Ausgleichung erfolgt buchmäßig nur durch Einstellung des Saldopostens selbst."⁶⁴²

(1) Anrechnung pro rata

Es liegt eine Gesetzeslücke vor, die durch einen Rückgriff auf die allgemeinen gesetzlichen Regelungen zu schließen ist. Vor diesem Hintergrund läßt sich die Anwendung der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung nicht begründen, da sie mit der Gesetzssystematik der §§ 366 f., 396 BGB, aus denen sie letztlich abgeleitet werden muß, nicht in Einklang steht. Die Kritik an der Leitentscheidung zur Gesamtaufrechnung⁶⁴³ bezeichnet es daher zutreffend als widersprüchlich, daß § 366 BGB einerseits für unanwendbar erklärt, die in Absatz 2 lediglich als ultima ratio vorgesehene verhältnismäßige Tilgung indes isoliert zur Grundlage der Theorie erhoben wird.⁶⁴⁴ Auch die der Leitentscheidung nachfolgende Rechtsprechung überzeugt nicht, da sie sich zwar angesichts der Kritik von dem Begründungsansatz vollständig distanziert, das Ergebnis dieser als unhaltbar erkannten Begründung jedoch beibehalten hat. Überdies lassen sich weder aus den §§ 355 ff. HGB noch aus dem Aufrechnungsvertrag Anhaltspunkte für die Anwendung der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung ableiten. § 396 BGB verweist im Gegenteil in erster Linie auf § 366 Abs. 1 BGB und im weiteren auf die in Absatz 2 der Norm ausgewiesene Reihenfolge.

⁶⁴² Vgl. Denkschrift (1896) S. 183.

⁶⁴³ RGZ 56, 19 ff.

⁶⁴⁴ Canaris DB 1972, 421, 423; ders. in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 68; zustimmend Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 54.

(2) Anwendung der Anrechnungsregeln nach § 396 in Verbindung mit §§ 366, 367 BGB

Hingegen bestehen unter formal rechtskonstruktiver Betrachtung gegen die Heranziehung der §§ 366, 396 Abs. 1 BGB keine Bedenken. Neben der eingangs bereits festgestellten Gesetzeslücke sind vergleichbare Sachlagen gegeben, da die im Kontokorrent stattfindende Verrechnung ebenso Tilgungsfunktion hat wie die in §§ 366, 396 BGB geregelte Erfüllung und die Aufrechnung.⁶⁴⁵ Ferner stehen die zwischen diesen Erfüllungsarten bestehenden Abweichungen einer Übertragung der Grundsätze im Wege der Analogie nicht entgegen. Zwar werden in der laufenden Rechnung, im Unterschied zur Aufrechnung, neben Forderungen auch Leistungen zur Verrechnung gestellt. Die §§ 366, 367 BGB regeln andererseits aber selbst die Zuordnung von Leistungen. Auch die in § 396 BGB normierte lediglich einseitige Aufrechnung, im Gegensatz zur konsensualen Aufrechnungserklärung im Kontokorrent, steht einer Anwendung nicht entgegen. Denn in der laufenden Rechnung befinden sich beide Beteiligten in der Position des Leistenden und die Tilgungsreihenfolge des § 366 BGB ist darüber hinaus nicht ausschließlich auf die Interessen des Leistenden, sondern auch auf diejenigen des anderen Teils ausgerichtet.⁶⁴⁶ So heißt es in den Materialien zu den weniger sicheren Forderungen in § 366 Abs. 2 BGB: "Der Schuldner sei (...) genötigt, dem Interesse des Gläubigers Rechnung zu tragen, dem Gläubiger die Anrechnung der Zahlung auf die minder sichere Forderung zu gestatten und die besser gesicherte einstweilen stehen zu lassen."⁶⁴⁷ Einer unmittelbaren Anwendung von § 366 BGB kann jedoch aus den vorgenannten Gründen nicht gefolgt werden. Insbesondere läßt der Gesetzeswortlaut der Vorschrift des § 396 Abs. 1 BGB selbst lediglich eine analoge Anwendung der §§ 366 f. BGB zu, wenn neben Forderungen auch Leistungen gegeneinander aufgerechnet werden.

(3) Börsentermingeschäfte vor dem 01.07.2002

Die von Canaris vertretene Ansicht gelangte bei der Verrechnung unverbindlicher Posten im Kontokorrent ohne "interpretatorischen Hilfsweg"⁶⁴⁸ zu Ergebnissen, die mit der Intention des Börsengesetzes in Einklang standen. Die fehlende Qualifikation der antizipierten Verrechnungsabrede als Leistung wurde danach nachvollziehbar aus dem Schutzzweck der Vorschrift des § 55 BörsG a.F. abgeleitet. Denn das Tatbestandsmerkmal "auf Grund des Geschäftes" setzte voraus, daß die Leistung zur Erfüllung einer

⁶⁴⁵ Vgl. auch Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Rdz. 75.

⁶⁴⁶ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 75; Staudinger/Olzen (1995) § 366 Rdz. 45; a.A. offenbar Römer, Die Auswirkungen des Kontokorrents auf die Haftung ausgeschiedener Personengesellschafter, S. 80.

⁶⁴⁷ Vgl. Mugdan, Bd. 2, S. 543.

⁶⁴⁸ Schwark, Börsengesetz, § 55 Rdz. 12.

bestimmten Terminschuld erbracht wurde.⁶⁴⁹ Dem entsprach die Argumentation, daß die antizipierte Verrechnung bereits zeitlich nicht aufgrund, sondern höchstens im Hinblick auf das Termingeschäft erfolgte.⁶⁵⁰ Vor allem verlor der nicht termingeschäftsfähige Kunde auch bei kreditorischem Konto zu seinen Gunsten klagbare Habenposten, wenn im Soll unverbindliche Terminforderungen standen, ohne daß er sich ausdrücklich mit dieser Rechtsfolge einverstanden erklärt hatte oder sich ihrer bewußt gewesen war. Dies war der zutreffende Begründungsansatz für die fehlende Klagegrundlage bei kreditorischem Saldo des Kunden, der unverbindliche Terminforderungen enthält.⁶⁵¹ Eine unterschiedliche Behandlung kreditorischer und debitorischer Salden würde im übrigen gegen das Willkürverbot verstoßen.⁶⁵²

(4) Anwendung von § 367 BGB im Kontokorrent

Problematisch ist indes die zusammen mit § 366 BGB befürwortete Anwendung des § 367 BGB im Kontokorrent. Nach Canaris liegt die ratio legis des § 367 BGB primär im Schutz des Gläubigers vor den Nachteilen des Zinseszinsverbotes und ist somit im Kontokorrent wegen der Sonderregelung des § 355 Abs. 1 HGB regelmäßig nicht relevant.⁶⁵³ § 367 BGB soll daher nur in den Fällen zur Anwendung gelangen, in denen für die Nebenforderungen andere Sicherungsabreden getroffen werden als für die Hauptforderung. Dann soll sich der Dritte grundsätzlich auf § 367 BGB berufen können, so daß die Nebenforderungen im Zweifel vor den Hauptforderungen als getilgt anzusehen sind.⁶⁵⁴ Dies bedeutet aber, daß die Art und Weise der Verrechnung, und zwar auf den Teilbereich der Nebenforderungen bezogen, aus der Regelungsautonomie der Kontokorrentparteien herausgenommen wird. Stattdessen würden vertragliche Absprachen zwischen einer Kontokorrentpartei und dem nicht unmittelbar am Kontokorrent beteiligten Sicherungsgeber als Ditten modifizierend auf die Verrechnungsweise einwirken. Dies ist indes weder das Regelungsziel des § 367 BGB, noch mit dem Leitbild des § 356 HGB vereinbar. Beide Normen bezwecken nicht primär den Schutz eines Dritten. Auch der aus den Vorlagen der Redaktoren zum BGB hervorgehende Grund für die Regelung des § 367 BGB, wonach eine Zahlung auf das bloße Kapital als eine Teilleistung erscheine, zu der der Schuldner nach § 266 BGB nicht berechtigt ist,⁶⁵⁵ paßt nicht zu dem Institut

⁶⁴⁹ BGH ZIP 1992, 314, 316; Tilp/Frhr. v. Buttlar ZIP 1998, 189, 190.

⁶⁵⁰ Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 78 unter Verweis auf RGZ 38, 232, 238 f.; ders. in ZIP 1985, 592, 594; ähnlich Schwark, Börsengesetz, §.55 Rdz. 12; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 89; Herz, Das Kontokorrent insbesondere in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs, S. 99.

⁶⁵¹ Vgl. Schwark, Börsengesetz, § 55 Rdz. 12.

⁶⁵² Vgl. Canaris ZIP 1987, 885, 888; Canaris ZIP 1985, 592, 593.

⁶⁵³ Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 25.

⁶⁵⁴ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 75 unter Berufung auf eine Einzelentscheidung des OLG Celle WM 1960, 208.

⁶⁵⁵ Vgl. dazu Vorlage der Redaktoren zu BGB bei Kübel, Schuldverhältnisse, Teil 1, AT, S. 1033.

des Kontokorrents. Die fehlende Berechtigung von Teilleistungen ist ihrerseits darauf zurückzuführen, daß der Gläubiger durch mehrfache Leistungen nicht belästigt werden soll.⁶⁵⁶ Dagegen zeichnet sich die laufende Rechnung aber gerade deshalb aus, daß ohnehin eine Vielzahl von Einzelvorgängen rechnerisch zusammengefaßt werden und die Tilgung in einer Summe durch die Vortragung des Saldos oder durch die Leistung hierauf erfolgt. Eine Analogie ist folglich mangels vergleichbarer Sachlagen abzulehnen.

Ungeachtet der bei einer analogen Anwendung des § 367 BGB im Kontokorrent bestehenden Bedenken bleibt allerdings die Möglichkeit erhalten, daß die Kontokorrentparteien selbst die Tilgungsreihenfolge der Norm durch entsprechende Verrechnungsvereinbarung herbeiführen. Darin liegt jedoch letztlich ein Fall des § 366 Abs. 1 BGB.

bb) Gleichwertigkeit der Posten, Vereinfachungsfunktion und Parteiwille

(1) Verhältnismäßige Gesamtaufrechnung

Es besteht Einigkeit darüber, daß sich eine Entscheidung über die Verrechnungsweise im Kontokorrent -und folglich der Zusammensetzung des kausalen Saldos- vorrangig an dem mutmaßlichen Willen der Beteiligten orientieren muß.⁶⁵⁷ Dieser wird maßgeblich durch die von den Kontokorrentparteien angestrebte Vereinfachungs- und Vereinheitlichungsfunktion bestimmt. Das wesentliche und letztlich auch einzige Argument der Befürworter einer verhältnismäßigen Verrechnung liegt daher auch in der Behauptung, daß die vorgenannten Funktionen allein durch den Grundsatz von der Gleichwertigkeit aller Posten im Kontokorrent erreicht werden könnten.⁶⁵⁸ Allgemein läßt sich dieser Grundsatz weder der Bestimmung in § 355 Abs. 1 HGB noch dem Geschäftsvertrag oder der Vereinbarung über die Inrechnungstellung entnehmen.⁶⁵⁹ Eine Schematisierung und somit Vereinfachungsfunktion kommt aber nicht dem Verrechnungsmodus zu, sondern wird durch die Wirkungen des Anerkenntnisvertrages bewirkt. Anderenfalls wäre eine Novation ohnehin sinnwidrig.⁶⁶⁰ Dagegen stehen die bruchstück-

⁶⁵⁶ Vgl. RGZ 79, 359, 361.

⁶⁵⁷ Vgl. u.a. Bydlinski, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, S. 115; Canaris DB 1972, 421, 425; Schuhmacher in Straube, HGB I, § 355 Rz. 25; Schaudwet, Bankenkontokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 41.

⁶⁵⁸ Vgl. Düringer/Hachenburg/Breit, HGB, Anm. 10 und 39; so auch Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 1. Aufl., Rdnr. 3.29.

⁶⁵⁹ Pfeiffer/Hammen, Handbuch der Handelsgeschäfte, § 7 Rdz. 24.

⁶⁶⁰ Canaris DB 1972, 421, 423; zustimmend Schuhmacher in Straube, HGB I, § 355 Rz. 22; Peckert, Das Girokonto und der Kontokorrentvertrag, S. 35; so sogar Müller-Erzbach, Handelsrecht, S. 659 f., als Vertreter der verh. Gesamtaufrechnung; Avancini in: Avancini-Iro-

hafte Zusammensetzung des kausalen Saldos und die hiermit verbundenen unterschiedlichen Verjährungsfristen, Erfüllungsorte u.ä. einer Vereinfachung entgegen und führen zu einer juristischen und rechnerischen Komplikation.⁶⁶¹ Auch der Gesetzgeber hat daher die verhältnismäßige Anrechnung allgemein als wenig praktikable ultima ratio bewertet. Ausweislich der Gesetzesmaterialien zur Fassung des § 366 BGB sollte "auch die aus praktischen Gründen sich wenig empfehlende verhältnismäßige Abrechnung möglichst vermieden"⁶⁶² werden. Dann ist jedoch deren Anwendung bei dem im besonderen durch die praktischen kaufmännischen Bedürfnisse gestalteten Institut des Kontokorrents wenig einsichtig.

Mit diesem Widerspruch zu den Zielen des Kontokorrents geht auch die prinzipielle Unvereinbarkeit mit dem mutmaßlichen Willen der Kontokorrentparteien einher. Dieser ist keineswegs auf eine abstrakte und solchermaßen komplexe Verrechnungsmethode, die zu einer Vielzahl von Restposten führt, ausgerichtet.⁶⁶³ Vor allem werden durch die verhältnismäßige Gesamtaufrechnung auch die Interessen des Sicherungsgebers wesentlich beeinträchtigt. Im Rechtssystem des BGB, wie es in den Vorschriften §§ 366 f., 396 BGB geregelt ist, kann der Sicherungsgeber auf die vorrangige Tilgung der gesicherten Schuld nur dahingehend Einfluß nehmen, daß er entweder selbst Leistungen erbringt oder entsprechend auf den Hauptschuldner einwirkt. Sind Tilgungsraten vereinbart, gelangen diese ohne weiteres vollständig auf die Hauptschuld zur Anrechnung und führen zu einer kontinuierlichen und kalkulierbaren Enthftung. Infolge des streng schematischen Ablaufs der verhältnismäßigen Verrechnung ist dagegen im Kontokorrent ohne eine besondere Verrechnungsvereinbarung jegliche Einflußnahme des Sicherungsgebers verhindert. Gerade diese Folge steht aber nach der geänderten Rechtsprechung zu weiten Zweckerklärungen mit dem Modell der Bürgschaft und dem Schutzbedürfnis des Bürgen nicht in Einklang.

(2) Übereinstimmung der § 396 Abs. 1 in Verbindung mit § 366 BGB mit dem mutmaßlichen Parteiwillen

Für eine Übereinstimmung der gesetzlich typisierten Leistungsbestimmungen des § 396 Abs. 1 in Verbindung mit § 366 BGB mit dem mutmaßlichen Willen der Kontokorrentparteien wird angeführt, daß die Vorschriften auch

Koziol, Bankvertragsrecht I (1987) Rz. 5/33; vgl. auch Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 55; Herz, Das Kontokorrent insbesondere in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs, S. 91; Berger, Der Aufrechnungsvertrag, S. 286.

⁶⁶¹ Canaris DB 1972, 421, 423; zustimmend Schuhmacher in Straube, HGB I, § 355 Rz. 22; Peckert, Das Girokonto und der Kontokorrentvertrag S. 35; Müller-Erzbach, Handelsrecht S. 659 f., Avancini in: Avancini-Iro-Koziol, Bankvertragsrecht I (1987) Rz. 5/33; Schuhmacher in Straube, HGB I, 2. Aufl., § 355 Rz. 22.

⁶⁶² Mugdan, Bd. 2, S. 88; Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 633, Prot. I 1393.

⁶⁶³ Ähnlich Weißpfennig JW 1938, 3091, 3094.

eine Konkretisierung des aus der Sicht des Gesetzgebers angenommenen mutmaßlichen und vernünftigen Willens der Kontokorrentparteien enthalten.⁶⁶⁴ Es ist auch kein Grund ersichtlich, daß eine kontokorrentrechtliche Verrechnungsvereinbarung eo ipso die außerhalb des Kontokorrents üblicherweise bestehenden Interessen der Vertragsparteien bei der Schuldentilgung entfallen läßt. Insbesondere setzen weder die Bestimmung des § 355 Abs. 1 HGB noch der Geschäftsvertrag oder die Vereinbarung der Inrechnungstellung eine Gleichwertigkeit der eingestellten Positionen voraus.⁶⁶⁵ Die Abspaltung der Posten von ihrer zugrundeliegenden causa und somit die Abstraktion wird durch das Saldoanerkennnis erzielt, so daß eine vorausgehende Abstraktion der einzelnen Forderungen und Leistungen nicht erforderlich ist.⁶⁶⁶

Dagegen werden durch die Anwendung von § 366 BGB, im Unterschied zur verhältnismäßigen Tilgung, zum einen wirtschaftlich zusammengehörige Vorgänge nicht auseinandergerissen. Zum anderen haftet die Sicherheit dann nicht weiter, wenn der Hauptschuldner für den Gläubiger erkennbar auf die gesicherte Forderung hin geleistet hat.⁶⁶⁷ Die Tilgung der gesicherten Schuld bleibt kalkulierbar und ist dem Einfluß und der Vorausschau des Sicherungsgebers nicht gänzlich entzogen. Der kausale Saldo besteht in der Regel nur aus einer einzigen oder aus einigen wenigen Forderungen und überwindet so die unpraktikable und unübersichtliche mosaikartige Zusammensetzung aus den Resten aller Aktiva. Problematisch ist allerdings die Anwendung des § 366 Abs. 2 BGB auf länger zurückliegende Sachverhalte, weil sie ein Aufrollen und Zurückverfolgen der gesamten Geschäftsvorfälle bis zu dem jeweils maßgeblichen Zeitpunkt erforderlich machen kann. Canaris erkennt selbst an, daß ein entsprechendes Vorgehen in der Praxis schwierig ist. Gleichzeitig werden diese Bedenken aber nachvollziehbar durch die Argumentation ausgeräumt, daß es auf die Einzelheiten der Verrechnung und somit die Zusammensetzung des Saldos nur dann ankommt, wenn unmittelbar aus dem kausalen Saldo geklagt wird. Dabei geht es um Fallgestaltungen, in denen ein bei der Saldoanerkennung vergessener oder streitig gebliebener Posten eingeklagt wird oder um die Frage der Sicherheiten. Mit Ausnahme der Sicherheiten sei aber auch die Rechtsprechung zu einem Rückgriff auf die Rechtsnatur des fraglichen Postens und zu einem Aufrollen der Geschäftsvorgänge genötigt.⁶⁶⁸ Die Anwendung des § 396 in Verbindung mit § 366 BGB stellt grundsätzlich eine sachgerechte und mit dem Institut des Kontokorrents vereinbare Verrechnungsform dar.

⁶⁶⁴ BGH NJW 69, 1846, 1847; a.A. Staudinger/Olzen (1995), BGB, § 366 Rdz. 44 und 50 der eine subsidiäre Anrechnungsregel annimmt.

⁶⁶⁵ Vgl. auch Pfeiffer/Hammen, Handbuch der Handelsgeschäfte, § 7 Rdz. 24.

⁶⁶⁶ Zutreffend Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 68.

⁶⁶⁷ Canaris DB 1972, 421, 425 f.; für die Bürgschaft Bydlinski, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, S. 116; Schuhmacher in Straube, HGB I, § 355 Rz. 25.

⁶⁶⁸ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 75 f.

(3) Problem der Massenvorfälle im Kontokorrent

(a) Problemaufriß - Merkmale des Bankkontokorrents

Das Girokonto⁶⁶⁹ stellt das häufigste in der Praxis vorkommende Kontokorrent dar. Vor diesem Hintergrund wird die Anwendung von § 366 Abs. 2 BGB im Hinblick auf die Praktikabilität durch den vorrangig an der Bankpraxis orientierten Teil des Schrifttums abgelehnt. Mangels alternativer Verrechnungsformen wird von den Autoren sowie den in der Kreditpraxis tätigen Juristen in Einklang mit der Rechtsprechung an der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung und zwecks Ausgleichs ihrer Folgen an der Novation festgehalten.⁶⁷⁰ Vereinzelt wird allerdings von einigen Autoren⁶⁷¹ für eine beschränkte Übernahme der staffelförmigen Verrechnung als rein rechen-technischen Prozeß bei gleichzeitigem Erhalt der Periodizität der laufenden Rechnung für das Bankkonto plädiert.

Festzuhalten ist, daß es um eine Frage der Auslegung geht. Der Girokontenverkehr ist durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgestaltet. Das Bankkonto weist gegenüber dem in den §§ 355 ff. HGB geregelten Kontokorrent Besonderheiten auf. Für das Bankkonto sind die fortlaufende Ermittlung des Tagessaldos und der hierauf gerichtete Auszahlungsanspruch kennzeichnend. Im Unterschied zum handelsrechtlichen Kontokorrent wird beim Bankkonto jeden Tag oder permanent der aktuelle Tagessaldo gebildet. Dieser wird dem Kunden per Versendung innerhalb vereinbarter Zeitabschnitte mitgeteilt. Der Tagessaldo kann aber auch jederzeit durch den Kontoauszugsdrucker oder über das durch Internetzugang durchführbare Homebanking abgerufen werden.⁶⁷² Der Kunde hat ein ständiges Verfügungsrecht über ein im Tagessaldo ausgewiesenes Guthaben^{673 674}. Ein wei-

⁶⁶⁹ Teilweise werden darunter Giro- und Sparkonto verstanden, vgl. Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 29; nach anderer Ansicht sind die Begriffe Bankkonto und Girokonto synonym, vgl. Claussen, Bank- und Börsenrecht, S. 147; vorliegend soll auf das Girokonto im besonderen Bezug genommen werden.

⁶⁷⁰ Vgl. u.a. Schimansky in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch I, § 47 RdNr46; Claussen, Bank- und Börsenrecht, S. 152.

⁶⁷¹ Hefermehl in FS Lehmann, S. 547, 555; Avancini-Iro-Koziol, Bankvertragsrecht, I (1987), Rz. 5/34; in diese Richtung wohl auch Pfeiffer/Hammen, Handbuch der Handelsgeschäfte, § 7 Rdz. 20; nach Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 2, 29 ff. ist die Übernahme der staffelförmigen Verrechnung nicht auf den rechnerischen Aspekt beschränkt, vgl. dazu weiter unten.

⁶⁷² Eine weitere Möglichkeit ist die telefonische Anfrage im Rahmen des Telefonbanking. Vgl. dazu auch Claussen, Bank- und Börsenrecht, S. 232.

⁶⁷³ Bzw. bei bestehender Kreditvereinbarung mit der Bank, dem sog. Dispositionsrahmen, über ein Guthaben hinaus.

⁶⁷⁴ BGHZ 50, 277, 282; BGHZ 84, 371, 373.

teres Merkmal stellt der Modus der Zinsberechnung dar. Die Zinsen werden von den sich nach jeder Gut- oder Lastschrift jeweils ergebenden Soll- oder Habensalden, den sog. Zwischensalden, in Staffelform errechnet.⁶⁷⁵

(b) Bankkonto als Staffellokontokorrent

Aus diesen Merkmalen wird von einem Teil des Schrifttums abgeleitet, daß es sich jedenfalls beim Bankkonto um ein Staffellokontokorrent handele.⁶⁷⁶ Im wesentlichen stützt sich diese Ansicht darauf, daß die tägliche Saldierung nicht allein buchungstechnische Bedeutung habe⁶⁷⁷, sondern eindeutig auf den Willen der Beteiligten hinweise, das Girokonto als Staffellokontokorrent zu führen.⁶⁷⁸ Die große Bedeutung des Tagessaldos, die sich aus dem ständigen Verfügungsrecht des Kunden über ein Guthaben⁶⁷⁹ in Form seines Auszahlungsanspruchs ergebe, zwingt zu der Annahme einer Staffelloverrechnung mit sukzessiver Tilgung.⁶⁸⁰ Denn die bei einer periodischen Verrechnung bestehende Bindung der Einzelposten während der Rechnungsperiode stehe hierzu in Widerspruch. Bei den Befürwortern des Staffellokontokorrents gehen die Ansichten über den Abschluß eines entsprechenden Verrechnungsvertrages auseinander. Zum Teil wird in der Übersendung des Tagesauszugs und dessen stillschweigender Billigung durch den Kunden der Wille der Beteiligten gesehen, den Verrechnungsvertrag sowie ein Schuldanerkenntnis im Sinne von § 781 BGB abzuschließen.⁶⁸¹ Anderer Ansicht zufolge enthält bereits die Kontokorrentabrede eine Einigung über die Verrechnung, ohne daß es weiterer (stillschweigender) Willenserklärungen der Beteiligten bedürfe.⁶⁸² Dagegen soll der jeweils zum Ende eines Kalenderquartals erteilte Rechnungsabschluß⁶⁸³ nur noch der bankinternen Kontrolle unter Zuhilfenahme des Kunden dienen.⁶⁸⁴ Schließlich wird für die Einordnung des Girokontos an die vorstehend dargestellte Methode der Zinsbe-

⁶⁷⁵ Vgl. dazu im einzelnen Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdnr. 39; Göppert ZHR 102, (1936) 161, 197 f.; ders. ZHR 103/104 (1936/37), 318, 326 ff.; Weispfennig JW 1938, 3091, 3093.

⁶⁷⁶ Nebelung NJW 1953, 449; Göppert ZHR 102 (19??), 161 ff.; 200 ff.; Krapf, Der Kontokorrentvertrag, S. 190; Kopfstein (1915) ZHR 77, 88; Weispfennig JW 1938, 3091; Beitzke in FS Gierke, S. 9 ff.; Völp NJW 1955, 818, 819.

⁶⁷⁷ Vgl. Weispfennig JW 1938, 3091, 3096; Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 31.

⁶⁷⁸ Vgl. Schaudwet, Bankenkotokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 43, 54.

⁶⁷⁹ Oder im Rahmen einer eingeräumten Kreditlinie.

⁶⁸⁰ Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 31; beschränkt auf das Girokonto zustimmend K. Schmidt, Handelsrecht, S. 637, vgl. jedoch auch S. 652; Vgl. Schaudwet, Bankenkotokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 43; Göppert ZHR 102, 161, 197 f.; Kübler, Feststellung und Garantie, S. 162; Weispfennig JW 1938, 3093; Völp NJW 1955, 819 f.

⁶⁸¹ Weispfennig 1938, 3091, 3094; Krapf, Der Kontokorrentvertrag, S. 37f.

⁶⁸² Vgl. Göppert ZHR 103/104 (1936/37), S. 319, 335; Grigat, WM 1960, 209, 211.

⁶⁸³ Vgl. Nr. 7 I AGB-Banken.

⁶⁸⁴ Schaudwet, Bankenkotokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 44.

rechnung angeknüpft. Denn bei einem Periodenkotokorrent entstehe der Saldo als Gegenstand der Verzinsung erst am Ende der Rechnungsperiode durch das Anerkenntnis. Dies stehe mit der in der Praxis des Bankkontos durchgeführten Zinsberechnung nicht in Einklang, da es bei dem Periodenkotokorrent an einem Hauptanspruch mangle. ⁶⁸⁵

(c) Bankkonto als Periodenkotokorrent

Die Rechtsprechung sowie der überwiegende Teil des Schrifttums ordnen das Bankkontokorrent als Periodenkotokorrent ein. ⁶⁸⁶

Danach stellen die Tagesauszüge keine Rechnungsabschlüsse im Sinne von § 355 Abs. 1 HGB dar, sondern seien lediglich reine Postensalden. ⁶⁸⁷ Dies ergebe sich schon daraus, daß sie in der Regel noch keine Abrechnung über die Spesen (Provision, Porto usw.) und die Zinsen enthielten, obwohl dies aufgrund der elektronischen Datenverarbeitung ohne weiteres möglich sei. ⁶⁸⁸ Die Buchung in Staffelform diene im Bereich des Giroverkehrs vielmehr dem Zweck, eine Übersicht buchungstechnischen Charakters zu schaffen. Dem Kreditinstitut solle die Kontrolle über die vom Kunden getroffenen Dispositionen und dem Kunden die Übersicht über den Stand seines Kontos erleichtert werden. ⁶⁸⁹ Gegen die Qualität der Tagesauszüge als Rechnungsabschlüsse im Sinne des § 355 Abs. 1 HGB werden vor allem die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken angeführt, die von einem Rechnungsabschluß jeweils zum Ende eines Kalenderquartals und somit in regelmäßigen Zeitabständen ausgingen. Auch der Auszahlungsanspruch stehe zu den §§ 355 ff. HGB nicht in Widerspruch. Denn er resultiere nicht aus der Kotokorrentabrede selbst, sondern beruhe auf dem mit dem Girovertrag ⁶⁹⁰ verbundenen unregelmäßigen Verwahrungsvertrag, der beim Gi-

⁶⁸⁵ Weispfennig JW 1938, 3091, 3093; Schaudwet, Bankenkotokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 52; Herz, Das Kotokorrent insbesondere in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs, S. 49 ff.

⁶⁸⁶ Vgl. u.a. RGZ 140, 219 ff.; BGHZ 50, 277, 283; BGH NJW 1968, 2100 f.; BGH WM 1985, 936, 937; Scherer NJW 1955, 1426 f.; Sprengel MDR 1952, 8; Canaris, Handelsrecht, S. 474; Hefermehl FS Lehmann, S. 547, 554; Hopt, HGB, § 355 Rdz. 9; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 42 und 53; Claussen, Bank- und Börsenrecht, S. 153; Schönlé, Bank- und BörsenR, S. 64; Ulmer in Schlegelberger, RvglHdwb., 5. Bd., S. 199 Anm. 1; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 42 ff., 53; Schwark, Börsengesetz, § 55 Rdz. 11; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., Rdnr. 2.379.

⁶⁸⁷ Vgl. Claussen, Bank- und Börsenrecht, S. 153; BGHZ 73, 207, 209.

⁶⁸⁸ Vgl. BGH NJW 1968, 2100 f.; Claussen, Bank- und Börsenrecht, S. 152 f.; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Anm. 30; Scherer NJW 1955, 1426; Sprengel MDR 1952, 8; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 49.

⁶⁸⁹ Vgl. BGH NJW 1968, 2100 f.; Hefermehl FS Lehmann, S. 547, 554; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., Rdnr. 2.380; BGH WM 1985, 936, 937; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 46.

⁶⁹⁰ Ein durch dienstvertragliche Elemente geprägter Geschäftsbesorgungsvertrag, vgl. BGH WM 1991, 317, 318; BGH WM 1995, 2094, 2095.

rokontokorrent hinzutrete.⁶⁹¹ Schließlich werde das Argument der Zinsberechnung in Staffelform dadurch entkräftet, daß die Berechnungsgrundlage nicht die in den Tagessalden ausgewiesenen Buchungsdaten seien. Die für die Verzinsung maßgebenden Zwischensalden beruhten vielmehr auf den mit den Buchungsdaten nicht zwingend identischen Wertstellungsdaten.⁶⁹² Das bedeute, daß die Grundlage der Zinsberechnung in Staffelform ein Betrag sei, der auch nach der Lehre vom Staffellokontokorrent als fällige Hauptforderung nie bestanden habe.⁶⁹³ Aus diesen Gründen sprechen die Befürworter des Periodenkontokorrents den Tagessalden eine rechtliche Bedeutung ab.⁶⁹⁴

(d) Stellungnahme

(aa) Unvereinbarkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken mit der Annahme eines Staffellokontokorrents

Die Argumente, die gegen die Einordnung des Girokontos als reines Staffellokontokorrent angeführt werden, sind überzeugend. Neben den vorgebrachten Einwänden gegen die Zinsberechnung und den Auszahlungsanspruch als Indizien eines Staffellokontokorrents wird diese Meinung vor allem durch die zwischen den Vertragsparteien bestehenden Vereinbarungen widerlegt. Ist eine vom Periodenkontokorrent des § 355 HGB abweichende Übereinkunft nicht ersichtlich, muß grundsätzlich von dem gesetzlichen Regelfall der periodischen Rechnungsabschlüsse ausgegangen werden. Gegen die Abrede eines Staffellokontokorrents sprechen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, die auf ein Periodenkontokorrent hinweisen. So wird der Terminus „Rechnungsabschluß“ einheitlich und ausschließlich für die Abrechnung zum Ende des Kalenderquartals verwendet.⁶⁹⁵ Während der Tagesauszug lediglich im Rahmen der Mitwirkungspflichten des Kunden in Nr. 11 Abs. 4 Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken neben anderen Mitteilungen informatorischen Charakters Erwähnung findet, verweist Nr. 7 Abs. 1 und 2 Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken⁶⁹⁶ ausdrücklich auf den Rechnungsabschluß zum Ende des Kalenderquar-

⁶⁹¹ BGHZ 84, 371, 373; BGH WM 1993, 1585, 1586; Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 42 ff.; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., Rdnr. 2.380.

⁶⁹² Vgl. Schaudwet, Bankkontokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 117; zur Unterscheidung noch Schimansky in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch I, § 47 RdNr33.

⁶⁹³ Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 52.

⁶⁹⁴ Hopt, HGB, § 355 Rdnr. 9; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., Rdnr. 2.379; Sprengel, MDR 1952, S. 8 ff.

⁶⁹⁵ Vgl. Nr. 7 Abs. 1 S. 1 AGB-Banken; ebenso Schäfer, Bankkontokorrent und Bürgschaft, S. 49.

⁶⁹⁶ In der Fassung des Jahres 2000.

tals und dessen Genehmigung durch Schweigen innerhalb einer nunmehr⁶⁹⁷ 6-wöchigen Frist.

Dem entsprechen ferner die Regelungen über fehlerhafte Gutschriften in Nr. 8 Abs. 1 und 2 Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken. Darin wird danach unterschieden, ob die fehlerhafte Buchung vor oder nach dem Rechnungsabschluß berichtigt wird. Während die vor Rechnungsabschluß erfolgende Berichtigung⁶⁹⁸ durch eine einfache Belastungsbuchung rückgängig gemacht werden kann, erfordert die nach dem Rechnungsabschluß stattfindende Berichtigungsbuchung eine Genehmigung des Kunden. Auch hieraus ergibt sich die unterschiedliche Rechtswirkung zwischen Tagessaldo und quartalsmäßig erfolgendem Rechnungsabschluß. Vor allem die in Nr. 7 Abs. 2 S. 4 Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken beschriebene Beweislastumkehr für Einwendungen gegen den Rechnungsabschluß, die erst nach einer Frist von 6 Wochen, also nach Eintritt der Genehmigungsfiktion des Abs. 2 S. 2, erhoben werden, entspricht der durch die Anwendung des § 812 Abs. 2 BGB erzielten prozessualen Wirkungen. Denn auch bei einem unrichtigem Saldoanerkennnis muß das Anerkenntnis erst über § 812 Abs. 2 BGB beseitigt werden. Es muß nämlich derjenige, der ein positives Schuldanerkennnis kondiziert, dartun, daß er eine Nichtschuld anerkannt hat⁶⁹⁹, also eine Schuld in der festgestellten Höhe nicht besteht.

(bb) Periodenkonto mit staffelförmiger Verrechnung

Da das Bankkonto, wie aufgezeigt, zwar wesentliche rechtliche Merkmale eines Periodenkontokorrents aufweist, andererseits jedoch die Zinsberechnung staffelförmig erfolgt, könnte eine Mischform beider Kontokorrentformen vorliegen. Die Verrechnung der Buchungsposten erfolgt fortlaufend, während der Rechnungsabschluß zum Ende des Kalenderquartals, also periodisch, stattfindet. Aufgrund dieser Abweichungen zum Modellfall des § 355 Abs. 1 HGB wird vertreten, das Girokonto als eine Mischform⁷⁰⁰ zu verstehen. Es soll dabei zwischen dem Zeitpunkt der Verrechnung und der Art der Verrechnung als technischem Vorgang zu trennen sein.⁷⁰¹ Denn eine Verrechnung dergestalt, daß die Forderungen und Leistungen in der Reihenfolge ihrer Inrechnungstellung miteinander kompensiert werden, sei nicht auf das reine Staffellokontokorrent beschränkt, sondern sei auch bei einer periodischen Verrechnung, also beim allgemeinen Kontokorrent, möglich.⁷⁰² Dies bedeutet, dass die Verrechnung in zeitlicher Hinsicht zwar periodisch, aber rechnerisch staffelförmig erfolgt. Da die Staffilverrechnung von der

⁶⁹⁷ Nr. 7 Abs. 2 AGB-Banken i. d. F. von 1993 sah noch eine Monatsfrist vor.

⁶⁹⁸ Diese wird als Stornobuchung bezeichnet.

⁶⁹⁹ Vgl. Palandt/Thomas, BGB, § 812 Rdz. 105.

⁷⁰⁰ Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 3.

⁷⁰¹ Pfeiffer/Hammen, Handbuch der Handelsgeschäfte, § 7 Rdz. 25; Avancini-Iro-Koziol, Bankvertragsrecht, I (1987), Rz. 5/30 und Rz. 5/34.

⁷⁰² Vgl. Avancini-Iro-Koziol, Bankvertragsrecht I (1987), Rz. 5/34.

regelmäßigen Verrechnungsart im Kontokorrent abweicht,⁷⁰³ setzt sie allerdings noch eine dahingehende Vereinbarung zwischen dem Kreditinstitut und dem Kunden voraus. Diese ergibt sich nach den Befürwortern dieser Ansicht im Fall des Bankkontos konkludent aus der praktischen Durchführung. Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß die Kreditinstitute, wenn der periodische Rechnungsabschluß ansteht, die laufende Ermittlung des Tagessaldos nicht als bedeutungslos beiseite schieben würden, sondern den letzten Tagessaldo ohne jede neue Rechnung in den Abschluß aufnehmen.⁷⁰⁴ Die periodische Abschlußrechnung enthalte somit den Saldo des letzten Tagesauszuges.⁷⁰⁵

(cc) Tagessaldo als kausaler Saldo

Noch weitgehender wird die fortlaufende Verrechnungsform im Girokonto von Horn betont, der den Tagessaldo als Ausdruck einer Staffilverrechnung mit sukzessiver Tilgung der verrechneten Posten und folglich als kausalen Saldo bewertet. Argumentativ knüpft diese Ansicht an die Übereinstimmung zwischen dem periodischem Abschlußsaldo und dem Tagessaldo hinsichtlich der Art der Ermittlung und der Funktion an.⁷⁰⁶

(4) Stellungnahme zur Verrechnungsform im Bankkonto

Geht man von einer staffelförmigen Verrechnung aus, stellt sich die Frage, ob diesbezüglich beim allgemeinen Kontokorrent auf die zeitliche Reihenfolge des Entstehens oder auf die Fälligkeit der Ansprüche abzustellen ist.⁷⁰⁷ Übertragen auf das Girokonto entspricht dies dem Unterschied zwischen Buchungssalden und Wertstellungssalden. Gegen die Einordnung des Tagessaldos, der die Höhe des Auszahlungsanspruches bestimmt, als kausalen Saldo sprechen vor allem zwei Punkte. Zum einen kann er nicht die Hauptschuld der Zinsforderung darstellen, weil die Zinsen vom Wertstellungssaldo ausgehen. Darin liegt aber kein gewichtiges Gegenargument, da die Zinsberechnung von der Verrechnung zu trennen ist. Es ist durchaus denkbar, daß der Zinsberechnung ein weiterer zinsspezifischer Saldo, nämlich der Wertstellungssaldo, zugrunde liegt. Insbesondere besteht das Problem auch bei dem letzten Tagessaldo, der den Rechnungsabschlußerklärungen unmittelbar zugrunde liegt. Auch hierin können Posten enthalten sein, deren Wertstellungszeitpunkt tatsächlich erst später liegt. Das legt die Annahme

⁷⁰³ D.h. nach der hier vertretenen Meinung, daß die Verrechnung nicht analog den §§ 366, 396 BGB erfolgt.

⁷⁰⁴ Pfeiffer/Hammen, Handbuch der Handelsgeschäfte, § 7 Rdz. 26; in diese Richtung wohl auch K. Schmidt, Handelsrecht, S. 637.

⁷⁰⁵ Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdnr. 39.

⁷⁰⁶ Vgl. Heymann/Horn, HGB, § 355 Rdz. 3 und 31.

⁷⁰⁷ Avancini in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I (1987), Rdz. 5/34.

nahe, daß es nach dem Willen der Beteiligten für den kausalen Saldo nicht auf den Wertstellungs-, sondern auf den Buchungszeitpunkt ankommen soll.

Von Bedeutung sind aber die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. Deren Wortlaut läßt allein auf eine Vereinbarung dahingehend, daß der kausale Saldo ebenfalls periodisch ermittelt wird, schließen. Nr. 7 Abs. 1 S. 1. Halbsatz Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken führt Bezug nehmend auf den vierteljährlichen Rechnungsabschluß aus: "dabei werden die in diesem Zeitraum entstandenen beiderseitigen Ansprüche (...) verrechnet". Die Verrechnung soll demnach auch zeitlich zusammen mit dem Rechnungsabschluß erfolgen. Dann wäre grundsätzlich kein Raum für eine vom Regelfall des § 355 HGB abweichende Verrechnung. Allerdings ist Horn zuzugeben, daß dieser vertraglichen Erklärung die praktische Durchführung des Girokontenverkehrs zugunsten eines Tagessaldos als Ergebnis einer Verrechnung offensichtlich widerspricht. So erzeugt der Tagessaldo einen Zahlungsanspruch, der auch abgetreten, verpfändet oder eingeklagt werden kann. Diese Wirkungen wären indes ohne die Annahme einer vorangegangenen Verrechnung mit Tilgungswirkung lediglich über den Umweg einer Kündigung des Kontokorrentverhältnisses nachvollziehbar. Es ist jedoch anerkannt, daß z.B. die Pfändung des gegenwärtigen Kontokorrentsaldos das Kontokorrentverhältnis als solches nicht beendet.⁷⁰⁸

Demnach weicht die übereinstimmend erfolgende tatsächliche Durchführung im Bereich der Girokonten von den Erklärungen der Kontokorrentparteien ab. Eine Auslegung der Erklärungen der Vertragsparteien, die zu einem kausalen Saldo führen könnte, scheidet aus, da die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken nach der hier vertretenen Ansicht einen eindeutigen Erklärungsgehalt haben. Es besteht ein übereinstimmender Wille der Parteien hinsichtlich der vorbeschriebenen Wirkungen des Tagessaldos als kausalen Saldo, der im Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingung keinen oder nur einen unvollkommenen Ausdruck gefunden hat.⁷⁰⁹ Rechtlich ausschlaggebend ist indes allein der übereinstimmende Wille.⁷¹⁰ Geht man vom Tagessaldo als einem kausalen Saldo aus, besteht allerdings zum einen die Besonderheit, daß dem eigentlichen Rechnungsabschlußsaldo eine Vielzahl von fortlaufenden kausalen Salden zugrunde liegen. Zum anderen ist der Betrag des kausalen Saldos beim allgemeinen Kontokorrent typischerweise mit dem Betrag deckungsgleich, der anerkannt werden soll. Dies trifft auf den letzten Tagessaldo vor dem Rechnungsabschluß, nicht aber auf den Tagessaldo zu. Gegen die mangelnde Übereinstimmung des kausalen mit dem abstrakten Saldo lassen sich jedoch weder aus der ratio legis der §§ 355 ff. HGB noch aus den Gesetzesmaterialien rechtskonstruktive Bedenken ableiten. Zwar kann durch das Schuldanerkenntnis nach § 781 BGB nur ein bereits bestehender Betrag anerkannt, nicht jedoch nochmals ein der Höhe nach anderer, neuer Schuldbetrag geschaffen werden. Die zum quartalsmä-

⁷⁰⁸ Vgl. dazu Canaris in Großkomm-HGB, § 357 Anm. 6 m.w.N.

⁷⁰⁹ Allgemein zu den Voraussetzungen vgl. BGH NJW 1998, 746, 747.

⁷¹⁰ Vgl. BGH NJW 1995, 1496.

ßigen Rechnungsabschluß anerkannte Forderung setzt sich jedoch inhaltlich aus den einzelnen kausalen Salden zusammen, so daß es sich im Ergebnis nicht um einen neuen Betrag handelt. Das Anerkenntnis einer Vielzahl kausaler Salden widerspricht auch nicht kontokorrentspezifischen Gesetzesregelungen. Die zahlenmäßige Ausgestaltung der kausalen Salden ist kein essentielle des Kontokorrents. Im Gegenteil realisiert sich auf diese Weise das gesetzgeberische Leitbild von der Ausgestaltung des Kontokorrents durch die Bedürfnisse der Praxis. Im übrigen findet die hier im Anschluß an Horn angenommene Abweichung vom Regelfall des § 355 HGB ohnehin ihre Entsprechung in den Kontoauszügen. Die einzelnen Kontobewegungen ergeben sich nicht mehr aus dem Rechnungsabschluß, sondern aus der Gesamtheit der einzelnen Tagesauszüge.⁷¹¹

d) Ergebnis zur Verrechnung im Kontokorrent - Abweichende Beurteilung von bankrechtlichem und handelsrechtlichem Kontokorrent

Die Rechtsprechung geht bis heute auch im Bankenkontokorrent von einer verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung aus.⁷¹² Diese Verrechnungsform ist aber aus gesetzssystematischen und praktischen Gründen, vor allem aber aufgrund der unhaltbaren Auswirkungen auf die Haftung von Sicherheiten, die für eine kontokorrentgebundene Einzelforderung bestellt wurden, abzulehnen. Auch eine staffelförmige Verrechnung ist mit der Einstellung von Sicherheiten in ein Kontokorrent nicht zu vereinbaren. Im allgemeinen Kontokorrent verdient dagegen die analoge Anwendung der §§ 396, 366 BGB den Vorzug, da hierdurch dem mutmaßlichen Parteiwillen Rechnung getragen wird. Allerdings muß die Frage nach der aufwendigen Rückabwicklung infolge des § 366 BGB für das Bankenkontokorrent einerseits und das handelsrechtliche Kontokorrent andererseits unterschiedlich beantwortet werden. Denn das Volumen der Geschäftsvorfälle stellt ein wesentliches Unterscheidungskriterium zwischen den beiden Anwendungsbereichen des Kontokorrents dar. Zwar können einzelne Kaufleute oder Gesellschaften durchaus mehrere oder sogar eine größere Anzahl an kontokorrentrechtlichen Beziehungen haben. In diesen Kontokorrentverhältnissen können aber auch gesicherte Forderungen, die in die laufende Rechnung eingebunden sind, Bedeutung erlangen. Angesichts der dogmatisch und praktisch überzeugenden Ergebnisse, die vor allem auf diesem Gebiet durch § 366 BGB erzielt werden, treten die Schwierigkeiten der Rückabwicklung dahinter zurück. Insoweit ist Canaris darin zuzustimmen, daß die Zurückverfolgung der Verrechnung ohnehin nur dann zum Zuge kommt, wenn in der Kontokorrentbeziehung Störungen auftreten. Im weiteren gestattet der regelmäßig bei handelsrechtlichen Kontokorrentverbindungen anzunehmende Umfang der geführten laufenden Rechnungen eine Bewältigung der aufwendigeren Rückabwicklung.

⁷¹¹ Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 355 Rdz. 39.

⁷¹² So noch BGH ZIP 1999, 626 ff.

Eine andere Beurteilung ist für den Bereich des Girokontenverkehrs vorzunehmen. Hier führt das einzelne Kreditinstitut regelmäßig millionenfach Kontokorrentkonten. Der mit der Anrechnung nach § 366 BGB verbundene Aufwand ist auch unter Berücksichtigung elektronischer Datenverarbeitung kaum durchführbar. Denn es müßte bei jeder Zahlung geprüft werden, auf welche Forderung der Bank ein Habenposten anzurechnen ist. Hinzu kommt, daß sich der Wille des Leistenden nicht immer offensichtlich darstellt. Für diesen Bereich kommen somit die Anrechnungsregeln des § 366 Abs. 2 BGB nicht als regelmäßige Verrechnungsform in Betracht, da sie dem mutmaßlichen Willen der Beteiligten nicht gerecht werden. Die hierdurch entstehende Lücke wird durch die praktische Durchführung der sukzessiven Verrechnung ausgefüllt.

Zwar ist auch bei der Verrechnung in Staffelform die beliebige Tilgung gesicherter vor ungesicherter Forderungen ein Hauptansatzpunkt der Kritik.⁷¹³ Denn auch bei einer staffelförmigen Verrechnung werden alle verrechnungsfähigen Posten als gleichwertig und gleichartig streng schematisch nach der zeitlichen Reihenfolge miteinander verrechnet. Dies bedeutet, daß es bei der Verrechnung unberücksichtigt bleibt, ob die Forderungen gesichert sind oder nicht. Dies widerspricht grundsätzlich der Wertung des Gesetzgebers der nach § 366 Abs. 2 BGB der Tilgung ungesicherter Forderungen Vorrang vor der Tilgung der gesicherten Forderungen eingeräumt hat. Neben dem Interesse des Gläubigers an dieser Tilgungsreihenfolge, liegt die ratio legis der Regelung auch darin, daß der Gläubiger bei einer andersartigen Anrechnung sofort zur Beitreibung der weniger sicheren Forderungen schreiten müßte und daher auch der Schuldner ein Interesse an deren Vorrang habe.⁷¹⁴ Dieser Konflikt gesicherter und ungesicherter Einzelforderungen wird jedoch im Bereich des Girokontos nicht relevant, da in der Praxis grundsätzlich die gesamte Geschäftsverbindung mittels akzessorischer Sicherheit gesichert ist.

Im Ergebnis ist das handelsrechtliche Kontokorrent als ein Periodenkontokorrent einzuordnen, daß durch die periodisch stattfindenden Verrechnungen und die Anwendung der §§ 396 Abs. 1, 366 BGB geprägt ist. Davon zu unterscheiden ist das bankrechtliche Girokonto, daß durch die gemäß Nr. 7 Abs. 1 AGB-Banken vierteljährlich stattfindenden Verrechnungen zwar ebenfalls ein Periodenkontokorrent ist. Die Art und Weise der Verrechnung erfolgt jedoch staffelförmig.

⁷¹³ Vgl. vor allem Canaris in Großkomm-HGB, § 355 Anm. 73.

⁷¹⁴ Vgl. auch Protokolle S. 673; Canaris DB 1972, 469, 470; so auch Herz, Das Kontokorrent insbesondere in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs, S. 103.

2. Aufgabe der verhältnismäßigen Verrechnung im Kontokorrent als mittelbare Auswirkung der geänderten Rechtsprechung zu weiten Bürgschaftszweckvereinbarungen

Eine Abkehr von der Novationslehre wirkt sich mittelbar auch auf die Verrechnung im Kontokorrent aus. Die von der Rechtsprechung angewandte verhältnismäßige Gesamtaufrechnung ist nur im Zusammenspiel mit der novatorischen Wirkung des Saldoanerkenntnisses überhaupt praktikabel. Demgemäß wurden die inadäquaten Folgen einer Anrechnung der Positionen pro rata auch im Schrifttum als Argument für den Erhalt der Novation herangezogen.⁷¹⁵ Nach richtiger Ansicht dürfte also in dem durch die verhältnismäßige Gesamtaufrechnung erzeugten mosaikartigen Saldo der tieferen Grund für die doppelte Anwendung des § 356 HGB auf die Verrechnung und das Saldoanerkenntnis liegen.⁷¹⁶ Eine alternative Verrechnungsform setzt allerdings voraus, daß zwischen dem handelsrechtlichen und bankrechtlichen Kontokorrent differenziert wird. Tatsächlich läßt sich keine dieser Verrechnungsformen mit dem handelsrechtlichen Kontokorrent und zugleich mit dem Bankkontokorrent in Einklang bringen. Darin liegt wohl auch ein Beweggrund der Rechtsprechung, an einer Anrechnung pro rata und somit an der Novation festzuhalten. Durch die staffelförmige Verrechnung bei gleichzeitiger Annahme eines Periodenkontokorrents und einer zwischen handelsrechtlichem Kontokorrent sowie dem Bankkonto differenzierenden rechtlichen Bewertung liegen jedoch die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen vor, unter denen auch von der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung Abstand genommen werden kann.

⁷¹⁵ Vgl. Müller-Erzbach, Handelsrecht, S. 659 f.

⁷¹⁶ Vgl. Canaris in Großkomm-HGB, § 356 Anm. 9.

D. Zusammenfassung

Ein Vergleich der Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofes zur Lehre vom Kontokorrent mit der Judikatur zu weiten Sicherungsklauseln zeigt einen Wertungswiderspruch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf.

Zwischen den durch die Novation in Verbindung mit der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo erzeugten Folgen für kontokorrentgebundene Sicherheiten und den Wirkungen weitgefaßter Sicherungsklauseln bestehen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht wesentliche Parallelen. In beiden Fällen wird die Haftung der Bürgschaft der Summe nach erweitert, da ihr künftige Forderungen unterlegt werden, die mit der Verbindlichkeit, die den Anlaß der Sicherungsübernahme bildete, nicht identisch sind. Diese Forderungen sind dem Sicherungsgeber bei Abschluß des Sicherungsvertrages regelmäßig nicht nach Grund und Umfang bekannt. Daraus resultiert ferner eine Verlängerung der Haftungsdauer nebst der daraus folgenden charakteristischen risikoerhöhenden Faktoren für eine Inanspruchnahme aus dem Sicherungsvertrag.

Soweit beide Sachverhaltsgruppen voneinander abweichen, läßt sich daraus nur ein Erst-Recht-Schluß für die Übertragung der geänderten Rechtsprechung auf die Lehre vom Kontokorrent ziehen.

Die Rechtsaussagen der geänderten Rechtsprechung zu weiten Sicherungszweckerklärungen können nur für alle akzessorischen Sicherheiten gemeinsam zugrunde gelegt werden. Eine differierende Auslegung von § 767 Abs. 1 S. 3 BGB einerseits und der pfandrechtlichen Bestimmung des § 1210 Abs. 1 S. 2 BGB sowie den §§ 1119 in Verbindung § 1180 BGB des Hypothekenrechts andererseits läßt sich dogmatisch nicht begründen.

Während der Haftungserweiterung infolge der Novation ursprünglich eine einzelne Forderung zugrunde lag, bezieht sich die Saldohaftung der weiten Sicherungsklauseln von Beginn an auf die im Saldo enthaltene Forderungsvielzahl. Die Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo steht nicht nur mit dem Leitbild des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB in Widerspruch, sondern verstößt unmittelbar gegen das Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter. Als rechtliche Ursache, die Gläubiger und Hauptschuldner die Möglichkeit eröffnet, die Haftung durch nachträgliches Rechtsgeschäft zu erweitern, lassen sich zum einen die Rechtsprechung und zum anderen vorformulierte privatrechtliche Willenserklärungen benennen. Beiden ist jedoch gemeinsam, daß sie die Vertragsfreiheit in Gestalt der Verhandlungsfreiheit einschränken.

Selbst wenn der Bundesgerichtshof seine nicht nachvollziehbare Auslegung zu § 767 Abs. 1 S. 3 BGB revidieren würde, könnte er nicht von der zutreffenden Feststellung Abstand nehmen, daß auch eine nachträgliche Verände-

zung der Hauptschuld der Summe nach gegen das in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB konkretisierte Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter verstößt.

Als unmittelbare Auswirkung der geänderten Rechtsprechung zu Globalsicherheiten ist der Bundesgerichtshof seit 18.05.1995 durch seine eigene Rechtsauffassung gehalten, jedenfalls die Novationslehre aufzugeben.

Da ohne novatorische Wirkung des Saldoanerkenntnisses aber auch die wenig praktikablen Folgen einer verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung im Kontokorrent offen darliegen, führt die neuere Rechtsprechung indirekt auch zur Aufgabe dieser bis heute im Kontokorrent zugrunde gelegten Verrechnungsform.

Stattdessen ist im allgemeinen handelsrechtlichen Kontokorrent eine Anrechnung der Forderungen und Leistungen nach der in den §§ 396, 366 BGB gesetzlich niedergelegten Annahme des mutmaßlichen Willens der Vertragspartner sachgerecht. § 367 BGB läßt sich hingegen seiner ratio legis nach nicht mit den zinsspezifischen Besonderheiten der kaufmännischen laufenden Rechnung vereinbaren.

Andererseits können die Massenvorfälle des Girokontenverkehrs mit Hilfe der §§ 396, 366 BGB nicht befriedigend gelöst werden. Die große Anzahl der zu bewältigenden Buchungsvorgänge steht der nach § 366 BGB geforderten differenzierten Anrechnung entgegen. Der Vorzug ist einer staffelförmigen Verrechnung zu geben, wobei die tatsächliche Durchführung des Girokontenverkehrs auf den Tagessaldo als Entstehungszeitpunkt des kausalen Saldos verweist. Der eindeutige und somit nicht auslegungsfähige Wortlaut von Nr.7 S.1 2. Halbsatz Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken weicht hiervon ab.

Teil 5: Zusammenfassung

A.

Die durch die Rechtsprechung zu § 356 HGB vertretene Novationslehre und die Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo führen für Sicherheiten, die für einzelne kontokorrentgebundene Forderungen bestellt wurden, in rechtlicher Hinsicht zu einem Verstoß gegen das Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter. Der verfassungsrelevante Grundsatz der Privatautonomie wird verletzt. In tatsächlicher Hinsicht wird das Eintrittsrisiko des Bürgen erhöht.

Bleibt der kausale Saldo gemäß § 364 Abs. 2 BGB bestehen, haftet die akzessorische Sicherheit weiterhin für die ursprüngliche Hauptschuld, während dem Sicherungsgeber die Tilgungswirkung der Verrechnung im Kontokorrent zugute kommt.

B.

Seit dem Urteil vom 18.05.1995 (IX ZR 108/94) nimmt der Bundesgerichtshof die Unwirksamkeit weitgefaßter Bürgschaftszweckvereinbarungen an, wenn der Sicherungsvertrag vorformuliert war. Das vorausgesetzte gesetzliche Leitbild einer beschränkten und dem Grunde sowie der Höhe nach individualisierten Menge von Hauptschulden läßt sich weder aus der herangezogenen Regelung in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB noch aus einer anderen bürgschaftsrechtlichen Norm oder übergeordneten Rechtssätzen entnehmen.

Die ratio legis des § 765 Abs. 2 BGB als einschlägige Norm umfaßt das wirtschaftliche Bedürfnis nach einer Bürgschaft für einen hinsichtlich Anzahl und Höhe unbestimmten und unbeschränkten Forderungskreis.

Gibt es keine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild, steht § 307 Abs. 3 S. 1 BGB der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB entgegen. Eine teleologische Reduktion von § 765 Abs. 2 BGB, die ausschließlich auf vorformulierte Klauseln abzielt, erweitert gesetzwidrig den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB.

Im Rahmen des § 305 c Abs. 1 BGB kommt ein Überrumpelungseffekt nur dann in Betracht, wenn die anlaßbezogene Sicherheit infolge der Klausel unbeschränkt für jede Erhöhung der Kreditlinie haften soll.

Ist ein Bürgschaftshöchstbetrag Bestandteil der Klausel, kann sich der Sicherungsgeber auch dann nicht auf § 305 c Abs. 1 BGB berufen, wenn die

Klausel die Haftung für eine nachträgliche Erhöhung der Kreditlinie eröffnet.

Mit einer vorformulierten Haftungserweiterung auf verhältnismäßige Überziehungen muß der Bürge rechnen. Verhältnismäßige Überziehungen sind auch Privatpersonen aus dem Girokontenbereich als wirtschaftlich geboten bekannt.

Ein Sicherungsgeber der unter Umständen von einem bestimmten Forderungsbereich innerhalb des Kontokorrents ausgegangen ist, kann aufgrund der Eigenart des Kontokorrents vor einer inhaltlichen Erweiterung seiner Haftung nicht geschützt werden. Der Haftung können nachträglich beispielsweise Forderungen aus einem anderen thematischen Geschäftsverkehr zwischen Gläubiger und Schuldner unterlegt werden. Denn es liegt im Einflußbereich von Gläubiger und Hauptschuldner, ob eine nachträglich begründete Verbindlichkeit im gesicherten Kontokorrent verbucht wird. Dann würde die Forderung auch ohne weitgefaßte Zweckerklärung und somit nach der bestehenden Rechtsprechung ohne weiteres von der Haftung erfaßt werden. Würde dagegen dieselbe Forderung außerhalb des Kontokorrents verbucht werden, würde sie nicht der Haftung unterfallen, da eine über die Anlaßhaftung hinausgehende Bürgschaftsvereinbarung zumindest als Formularvertrag nicht wirksam geschlossen werden kann.

Ein Schutz des Bürgen vor weiten Sicherungszweckerklärungen in der Kautelarpraxis muß durch den Gesetzgeber erfolgen.

C.

Der Erhalt der Novationslehre auf der Grundlage der mit dem Urteil vom 18.05.1995 begründeten Rechtsprechung erzeugt einen Wertungswiderspruch.

Infolge der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo sowie durch weite Sicherungszweckvereinbarungen wird gegen den Grundsatz der Privatautonomie verstoßen. Die Haftung wird infolge einer summenmäßigen Erweiterung unübersichtbar.

Als unmittelbare Konsequenz der Rechtsprechung zu weiten Bürgschaftszweckerklärungen muß die Novationslehre aufgegeben werden. Ohne novatorische Wirkung des Saldoanerkennnisses ist die verhältnismäßige Gesamtaufrechnung im Kontokorrent nicht mehr durchführbar.

Die Anwendung der §§ 396, 366 BGB führt im allgemeinen handelsrechtlichen Kontokorrent in der Frage der Sicherheiten zu sachgerechten Ergebnissen und entspricht dem mutmaßlichen Parteiwillen.

Beim Bankkonto liegt eine konkludente Vereinbarung über eine staffelförmige Verrechnung mit periodischem Rechnungsabschluß vor. Der kausale Saldo entspricht dem Tagessaldo. Nr. 7 Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken und gibt den betätigten Willen der Girokontokorrentpartner nicht zutreffend wieder.

Literatur

- Amberg, Irmgard, Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, Berlin 1998.
- Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, hrsg. von Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze, bearb. von Franz Häuser, Reinhard Welter u.a., 2. Aufl., München 1997 (zit.: Bearb. in Assmann/Schütze, Kapitalanlagerecht).
- Avancini, Gert. M./Iro, Peter /Koziol, Helmut, Österreichisches Bankvertragsrecht, Band I, Wien 1987 (zit.: Bearbeiter in Avancini-Iro-Koziol, Bankvertragsrecht I).
- Bähr, Otto, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Cassel 1855.
- Batereau, Lutz, Anm. zu LG Bonn, WuB I F 2. – 2.96, 1996.
- Baur, Jürgen F./ Stürner, Rolf, Sachenrecht, 17. Aufl., München 1999.
- Beitzke, Günther, Probleme des Kontokorrents, in Festschrift für Julius von Gierke, Berlin 1950, S. 9 - 26.
- Berger, Klaus Peter, Der Aufrechnungsvertrag, Aufrechnung durch Vertrag, Vertrag über Aufrechnung, Tübingen 1996 (zit.: Berger, Der Aufrechnungsvertrag).
- Berninghaus, Jochen, Der Umfang der Haftung aus formularmäßigen Bürgschaften, BB 1986, S. 206 - 213, 1986.
- Bierhoff, Alfred, Die Haftung eines ausgeschiedenen OHG-Gesellschafters für den Kontokorrentsaldo der GmbH, Düsseldorf 1964.
- Blaurock, Uwe, Das Anerkenntnis beim Kontokorrent, NJW 1971, S. 2206 - 2209.
- Brandt, Birger, Die weite Sicherungszweckerklärung im Formularwesen der Kreditinstitute bei Personenverschiedenheit von Sicherungsgeber und Darlehensnehmer, Eine Untersuchung zur Wirksamkeit der Ausdehnung des Sicherungszwecks über den konkreten Sicherungsanlaß hinaus auf alle bestehenden und künftigen Ansprüche der Bank/Sparkasse gegen den Darlehensnehmer in der Formularpraxis der Banken und Sparkassen bei Personenverschiedenheit von Sicherungsgeber und Darlehensnehmer unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Kiel 1991 (zit.: Brandt, Die weite Sicherungszweckerklärung im Formularwesen der Kreditinstitute bei Personenverschiedenheit von Sicherungsgeber und Darlehensnehmer).
- Brox, Hans, Allgemeines Schuldrecht, 26. Aufl., München 1999 (zit.: Brox, Allg. Schuldrecht).
- Bruchner, Helmut, Anm. zu BGH, Urt. v. 07.11.1985 - IX ZR 40/85, WuB I F 1 a.6.86.

- Budde, Julius, Die Haftung des aus einer OHG oder KG ausgeschiedenen Gesellschafters, Ratingen 1978 (zit.: Budde, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters).
- Bülow, Peter, Sicherungsgeschäfte als Haustür- und Verbraucherkreditgeschäfte, NJW 1996, 2889 – 2893.
- Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begr. von Hs. Th. Soergel, neu hrsg. von W. Siebert, Jürgen F. Baur, Band 2, Schuldrecht I, (§§ 241-432), bearb. von Walther Hadding, u.a., 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1990 (zit.: Soergel-Bearb., BGB)
- Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begr. von Hs. Th. Soergel, neu hrsg. von W. Siebert, Jürgen F. Baur, Band 2, bearb. von Walther Hadding u.a., Schuldrecht I (§§ 241- 432), 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1990 (zit.: Soergel-Bearb., BGB).
- Bydlinski, Peter, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, Wien, New York 1991 (zit.: Bydlinski, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht).
- Bydlinski, Peter, Die aktuelle höchstgerichtliche Judikatur zum Bürgschaftsrecht in der Kritik
-Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung-, WM 1992, S. 1301 - 1310.
- Canaris, Claus-Wilhelm, Die Verrechnung beim Kontokorrent in DB 1972, S. 421 - 426 (1. Teil), S. 469 - 473, (2. Teil).
-, Funktionen und Rechtsnatur des Kontokorrents, Festschrift für Hermann Hämmerle, Graz 1972, S. 55 - 78.
-, Börsentermingeschäft und Kontokorrent, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 24.01.1985 - I ZR 201/82, ZIP 1985, S. 592-599.
-, Der Kontokorrentatenkredit - eine neue Form des Konsumentenkredits, WM 1987, Sonderbeilage Nr. 4, S. 1-12.
-, Die Auswirkungen der Anerkennung eines aktiven Kontokorrentsaldos auf unverbindliche Börsentermingeschäfte ZIP 1987, S. 885 – 899.
-, Kurzkommentar zu BGH, Urt. v. 18.04.1989 - XI ZR 133/88 in EWiR § 276 BGB 2/89, 657, S. 2 - 12.
-, Handelsrecht, 23. Aufl., München 2000.
- Claussen, Carsten Peter, Bank- und Börsenrecht, München 2000.
- Clemente, Clemens, Die Sicherungsabrede der Sicherungsgrundschuld - eine Bestandsaufnahme, ZIP 1990, 969 - 976.
- Conrad, Herrmann, Deutsche Rechtsgeschichte, Band II, Neuzeit bis 1806, Karlsruhe 1966.
- Cosack, Konrad, Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Aufl. Stuttgart 1930.
- Derleder, Peter, Die unbegrenzte Kreditbürgschaft, NJW 1986, S. 97 - 104.
- Dernburg, Heinrich, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Zweiter Band, Halle 1878.
- Pandekten, Erster Band, Allgemeiner Theil und dingliche Rechte,

2. Aufl., Berlin 1888.
- Pandekten, Zweiter Band, Obligationenrecht, 5. Aufl., Berlin 1897.
- Düringer-Hachenburg- Breit, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, IV. Band, Allgemeine Einleitung zum 3. Buch und §§ 343 - 372, 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1932 (zit.: Düringer/Hachenburg/Breit, HGB).
- Ebbing, Frank, Anm. zu OLG Hamm, Urt. V. 29.01.1997, in : WuB I F 1a. – 14.97.
- Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, hrsg. von Victor Ehrenberg, bearb. von Martin Wolff u.a., Vierter Band, I. Abt., Leipzig 1917 (zit.: Bearb. in Ehrenbergs Handbuch).
- Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. 1897 (zit.: Denkschrift, 1897, S.).
- Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift. Aufgestellt im Reichsjustizamt. Amtliche Ausgabe. 1896 (zit.: Denkschrift, 1896, S.).
- Esser, Josef, Schuldrecht, Lehrbuch, Band 1, Teilband 1, Allgemeiner Teil, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, begr. von Josef Esser, fortgef. von Eike Schmidt, 8. Aufl., Heidelberg 1995 (zit.: Esser-Bearb., Schuldrecht I, AT)
- Fullenkamp, Josef, Die erweiterte Zweckerklärung bei Bürgschaft und Grundschuld, Auslegung und Wirksamkeit unter besonderer Berücksichtigung von § 9 AGBG, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1989.
- Gabler Bank Lexikon, hrsg. von Jürgen Krumnow, Ludwig Gramlich, 12. Aufl. Wiesbaden 2000 (zit.: Gabler, Bank Lexikon).
- Girtanner, Wilhelm, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, Jena 1851.
- Göppert, Heinrich, Zur Vereinfachung der Lehre vom Kontokorrent, ZHR 102 (1936), S. 161 - 207.
- Zur Lehre vom Kontokorrent, ZHR 103/104 (1936/1937), S. 318 - 338.
- Goldschmidt, L., Handbuch des Handelsrechts, 3. Aufl., Erster Band, Geschichtlich literarische Einleitung und die Grundlehren, Erste Abtheilung: Universalgeschichte des Handelsrechts, 1. Lieferung, Stuttgart 1891 (zit.: Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts).
- Grigat, Wilfred, Die Verrechnung im Kontokorrent, WM 1960, S. 209-211.
- Gruchot, -, Eintragungsfähigkeit einer zur Sicherung des kaufmännischen Geschäftsverkehrs bestellten hypothekarischen Caution., Gruchot's Beiträge, Band 5, 1861, Nr. 15, S. 465 – 466.

- Habersack, Mathias, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, Eine Untersuchung zu den Schranken der Privatautonomie unter besonderer Berücksichtigung der Fälle typischerweise gestörter Vertragsparität, Berlin 1992 (zit.: Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen).
- Hadding, Walther, Vorüberlegungen zu einem Allgemeinem Teil des Rechts der Kreditsicherheiten, Festschrift für Gerhard Frotz, S. 495 - 506, Wien 1993.
- Hammen, Horst, Die Bedeutung Friedrich Carl von Savigny für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1983
- Hammen, Horst, Rechtshistorisches zur Saldofeststellung im kaufmännischen Kontokorrent, WM 1990, S. 1405 - 1407.
- Handelsgesetzbuch: Großkommentar. Begr. von Hermann Staub, weitergeführt von den Mitgliedern des Reichsgerichts, bearb. von Claus-Wilhelm Canaris u.a., Dritter Band, 2. Halbband (§§ 352- 372), 3. Aufl., Berlin, New York 1978 (zit.: Bearb. in Großkomm-HGB).
- Haupt, Günter, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, Leipzig 1937 (zit.: Haupt, Kapitel).
- Hefermehl, Wolfgang, Grundfragen des Kontokorrents, Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann, II. Band, Berlin, Tübingen, Frankfurt am Main 1956, S. 547 - 562.
- Heinrichs, Helmut, Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Festschrift für Reinhold Trinkner, S. 157 – 177, Heidelberg 1995.
- Herz, Günther, Das Kontokorrent insbesondere in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs, Tübingen 1974.
- Heymann, Handelsgesetzbuch, Kommentar, begr. von , Ernst Heymann, mitverf. von Volker Emmerich, bearb. von Norbert Horn u.a. (zit.: Heymann/Bearb., HGB)
- Band 2, Zweites Buch §§ 105–273, Berlin, New York 1996.
 - Band 4, Viertes Buch §§ 343-460, Anhang, bearb. von Norbert Horn u.a., Berlin, New York 1990.
- Heymann-Kötter, Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen, bearb. v. Hans-Wilhelm Kötter, 4. Aufl., Berlin, New York 1971.
- Hopt, Klaus J., Handelsgesetzbuch, begr. v. Adolf Baumbach, fortgef. bis 24. Aufl. v. Konrad Duden, 30. Aufl., München 2000 (zit.: Hopt, HGB).
- Horn, Norbert, Kurzkommentar zu BGH, Urt. v. 30.10.1984 - IX ZR 92/83, EWiR § 774 BGB 1/85, 85.
- Zur Zulässigkeit der Globalbürgschaft - Bestimmtheitsgrundsatz und Verbot der Fremddisposition im Bürgschaftsrecht, ZIP 1997, S. 525 - 530.

- Globalbürgschaft und Bestimmtheitsgrundsatz, in Festschrift für Franz Merz, Köln 1992, S. 217 - 227.
- Jakobs, Horst Heinrich /Schubert, Werner, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, §§ 241 - 432, Berlin, New York 1978 (zit.: Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I).
- Klanten, Thomas, Begrenztes Bürgschaftsrisiko und aktiver Verbraucher, WM 1993, S. 2196 – 2199.
- Koenige, Heinrich, Handausgabe des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897, bearb. v. Heinrich Koenige, Robert Teichmann und Walter Koehler, 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1932 (zit.: Koenige-Teichmann-Koehler, Handelsgesetzbuch).
- Kopfstein, Felix, Der Einfluß des Konkurs auf eine bestehende Kontokorrentverbindung, ZHR 77 (1915), S 78 – 92.
- Krapf, Georg, Der Kontokorrentvertrag, Bleicherode am Harz 1936.
- Kübel, Philipp von, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Allgemeiner Teil, hrsg. von Werner Schubert, Berlin, New York 1980 (zit.: Kübel, Schuldverhältnisse, Teil 1 AT).
- Kübler, Friedrich, Feststellung und Garantie, Tübingen 1967.
- Kümpel, Siegfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, 1. Aufl., Köln 1995.
- Kümpel, Siegfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., Köln 2000.
- Lambsdorff, Hans Georg Graf von/Skora, Bernd, Handbuch des Bürgschaftsrechts, München 1994 (zit.: Lambsdorff/Skora, Handbuch des Bürgschaftsrechts).
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987 (zit.: Larenz, Schuldrecht I, AT).
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, u.a.O., 1991 (zit.: Larenz, Methodenlehre).
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, begr. von Karl Larenz, fortgef. von Claus-Wilhelm Canaris, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, Budapest, Hongkong, u.a.O. 1995 (zit.: Larenz/Canaris, Methodenlehre).
- Lehmann, Heinrich, Handel und Gewerbe, 2. Aufl., Berlin 1942.
- Liesecke, Rudolf, Das Bankguthaben in Gesetzgebung und Rechtsprechung, WM 1975, 238-248.
- Lohmann, Herbert, Rechtsprobleme bei der Globalzweckerklärung insbesondere in Formularverträgen, Eine Untersuchung zu den umfassenden Sicherungsabreden in den Formularverträgen der Kreditpraxis unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundes-

- gerichtshofes, Düsseldorf 1988.(zit.: Lohmann, Rechtsprobleme bei der Globalzweckerklärung insbesondere in Formularverträgen)
- Lwowski, Hans-Jürgen, Das Recht der Kreditsicherung, 7.Aufl., Berlin 1994.
- Markower, -, Erste Sitzung der zweiten Abteilung am 09. Sept. 1886, als Referent zu dem Gutachten des J. Rießer, in Verhandlungen des 18. deutschen Juristentages, 2. Band, Berlin 1887.
- Martens, Klaus-Peter, Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP (177) 1977, S. 113 – 188.
- Meinhardt, Klaus, Beendigung der Haftung aus Bürgschaften eines Gesellschafters oder Geschäftsführers bei dessen Ausscheiden aus der Gesellschaft ?, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1990.
- Michel, Bertram, Kontokorrent und Depositengeschäft im französischen Recht, Eine Darstellung des geltenden Rechtszustandes und der Bemühungen um eine gesetzgeberische Regelung, in : Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Frankfurt/M, Berlin 1968 (zit.: Michel, Kontokorrent und Depositengeschäft im französischen Recht).
- Mugdan, Benno, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, Neudruck Aalen 1979 (zit.: Mugdan, Bd.).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (zit.: MünchKomm-Bearb. BGB)
- Band 1, Allgemeiner Teil §§ 1-240, AGB-Gesetz, hrsg. von Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, bearb. von Franz Jürgen Säcker, Ernst A. Kramer u.a., Red. Franz Jürgen Säcker, 4. Aufl., München 2001.
 - Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil §§ 241-432, hrsg. von Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, bearb. von Peter Gottwald, u.a., Red. Helmut Heinrichs, 3. Aufl. München 1994.
 - Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853, hrsg. von Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, bearb. von Mathias Habersack u.a., Red. Peter Ulmer, 3. Aufl., München 1997.
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. v. Karsten Schmidt, bearb. von Wolfgang Hefermehl u.a., Band 5, Viertes Buch. Handelsgeschäfte Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften §§ 343-372, München 2001 (zit.: Bearb.-MünchKomm., HGB).
- Müller-Erbach, Rudolf, Deutsches Handelsrecht, Zweite und Dritte Aufl., Tübingen 1928 (zit.: Müller-Erbach, Handelsrecht).
- Nebelung, -, Das Bankkontokorrent, NJW 1953, S. 449 - 450.
- Neuner, Jörg, Handelsrecht-Handelsgesetz-Grundgesetz, ZHR 157 (1993), S. 243-290.
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, bearb. v. Peter Bassenge u.a., 60. Aufl., München 2001 (zit.: Palandt/Bearb., HGB).

- Peckert, Joachim, Das Girokonto und der Kontokorrentvertrag, Eine Darstellung der Rechtsbeziehungen beim bargeldlosen Zahlungsverkehr unter Berücksichtigung der Pfändbarkeit von Ansprüchen aus dem Giroverhältnis, Göttingen 1985 (zit.: Peckert, Das Girokonto und der Kontokorrentvertrag).
- Pfeiffer, Thomas, Anmerkung zu BGH Urt. v. 18.05.1995 - IX ZR 108/94, LM § 765 BGB Nr. 99/100/101.
- Pfeiffer, Thomas, Handbuch der Handelsgeschäfte, Köln 1999, (zit.: Pfeiffer/Bearb., Handbuch der Handelsgeschäfte).
- Piper, Henning, Termin- und Differenzeinwand gegenüber Saldoanerkennung und Verrechnung im Kontokorrent ZIP 1985, S. 725-727.
- Prager, Georg, Lehrbuch des gesamten Privatrechtes in geschichtlicher, dogmatischer und wirtschaftlicher Beziehung mit Rücksicht auf die einschlägigen Materien des öffentlichen Rechtes, Band II. Obligationen-Recht mit einem Anhang über Wechsel- Gewerbe-, Handels- und See-, Urheber-Recht, Berlin und Leipzig 1889.
- Prausnitz, Otto, Die Geschichte der Forderungsverrechnung, (Aufrechnung, Kontokorrent, Skontration), Marburg 1928.
- Raisch, Peter, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe 1965 (zit.: Raisch, Voraussetzungen, Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts).
- Raiser, Ludwig, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg vor der Höhe 1961.
- Rehbein, Dieter, Anm. zu BGH Urt. v. 06.12.1984 - IX ZR 115/83, JR 1985, 506 - 508, 1985.
- Sicherung und Sicherungszweck, in Festschrift für Theodor Heinsius, S. 659 - 681, Berlin, New York 1991.
- Reich, Norbert, Kreditbürgschaft und Transparenz, NJW 1995, S. 1857 - 1861.
- Reich, Peter/Schmitz, O., Globalbürgschaften in der Klauselkontrolle und das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, NJW 1995, S. 2533 - 2534.
- Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus, Bürgschaftsrecht, Neuwied, Kriftel, Berlin 1995 (zit.: Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht).
- Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus, Die Bürgschaft für alle bestehenden und künftigen Forderungen des Gläubigers aus seiner bankmäßigen Geschäftsverbindung mit dem Hauptschuldner, - zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 7.11.1985 - IX ZR 40/85 -, JZ 1986, S. 426 - 430.
- Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus, Bestimmtheitserfordernis und weite Sicherungsabrede im Bürgschaftsrecht, DB 1995, S. 2301-2307.
- Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus, Kreditsicherung durch Schuldbeitritt, Bürgschaft u.a., 4. Aufl., Neuwied und Kriftel 2000.

- Reithmann, Christoph, Die Zweckerklärung bei der Grundschuld - Sicherungsgeber, Sicherungsmittel, Deckungsbereich, WM 1985, S. 441 - 448.
- Rießer, J., Gutachten des Herrn Rechtsanwalt Dr. J. Rießer zu Frankfurt a. M. über die Frage : Sind im deutschen bürgerlichen Gesetzbuche Grundsätze über den Conto-Corrent-Verkehr aufzustellen ?, Verhandlungen des 18. deutschen Juristentages, 1886, 1. Band, S. 3-18 (zit.: Rießer in Verhandlungen des 18. Dt. Juristentages).
- Rimmelspacher, Bruno, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 05.04.1990 (IX ZR 111/89), WuB I F 1a.-9.90.
- Römer, Hans, Die Auswirkungen des Kontokorrents auf die Haftung ausgeschiedener Personenhandelsgesellschafter, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Kontokorrent, München 1991.(zit.: Römer, Die Auswirkungen des Kontokorrents auf die Haftung ausgeschiedener Personenhandelsgesellschafter)
- Schäfer, Karl-Josef, Bankkontokorrent und Bürgschaft, Köln 1971.
- Schaudwet, Manfred, Bankkontokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, Die Entwicklung der das Kontokorrentverhältnis betreffenden Klauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Berlin 1967 (zit.: Schaudwet, Bankkontokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen).
- Scherer, Willibald, Einlösung ungedeckter Schecks durch die Bank und die Lehre vom Kontokorrent, NJW 1955, 1426 - 1427.
- Scherner, Karl Otto, Wandlungen im Bild des Kontokorrents, Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Johannes Bärmann, München 1975, S. 171 - 181.
- Scheuerle, Wilhelm A., Das Wesen des Wesens, Studien über das sogenannte Wesensargument im juristischen Begründen, AcP (163) 1964, S. 429 - 471.
- Schilling/Sintenis, Das Corpus juris civilis: in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter, hrsg. von Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, Carl Eduard Otto, Bruno Schilling, Leipzig 1839 (zit.: Bearb. in Schilling/Sintenis, Das Corpus juris civilis).
- Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, hrsg. von Herbert Schimansky, Hermann-Josef Bunte, Hans-Jürgen Lwowski, Band I-III, bearb. von Helmut Bruchner, Hermann-Josef Bunte u.a., München 1997 (zit.: Bearb. in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch Bandzahl).
- Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, Kommentar, Band IV §§ 343-372, bearb. von Wolfgang Hefermehl u.a., 5. Aufl., München 1976 (zit.: Schlegelberger/Bearbeiter, HGB).
- Schlegelberger, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, bearb. von Eugen Ulmer u.a., 5. Band, Kommanditgesellschaft - Rechtsgeschäft, Berlin 1936 (zit. Bearb. in Schlegelberger, RvglHandw, 5.Bd.).
- Schmidt, Karsten, Kontokorrent und Zinseszinsverbot, JZ 1981, A. 126-130.

- , Handelsrecht, 4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1994.
- Schmitz-Valckenberg, Walter, Probleme bei der Bestellung von Grundschulden im Hinblick auf die Vorschriften der §§ 3 und 9 AGBG, DNotZ 1996, 492- 500.
- Schönle, Herbert, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl., 1976.
- Schreiner, Dirk, Die Kreditbürgschaft in der Formularpraxis der Banken und Sparkassen, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1989.
- Schröder, Andreas, Interessengegensätze beim Personalkredit in der Bankenpraxis, Frankfurt am Main 1998 (zit.: Schröder, Interessengegensätze beim Personalkredit in der Bankenpraxis).
- Schubert, Werner/Johow, Reinhold, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, (unveränderter Nachdruck der Ausgabe aus den Jahren 1876 – 1888), (zit.: Schubert/Johow, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB).
- Schumann, H., Handelsrecht, Band II, Handelsgeschäfte - Wertpapiere, Wiesbaden 1954.
- Schwark, Eberhard, Börsengesetz, Kommentar zum Börsengesetz und zu den börsenrechtlichen Nebenbestimmungen, 2. Aufl., München 1994 (zit.: Schwark, Börsengesetz).
- Schwintowski, Hans-Peter/Schäfer, Frank A., Bankrecht, Commercial Banking-Investment Banking, Köln, Berlin, Bonn, München 1997.
- Seidel, Wolfgang/Brink, Ulrich, Der zulässige Umfang der Verbürgung von Privatpersonen gegenüber Banken, DB 1997, S. 1961 - 1965.
- Serick, Rolf, Zur sicherungsrechtlichen Vorausabtretung der Schlußsaldoforderung - eine grundsätzliche und überfällige konkursrechtliche Erörterung, BB 1978, S. 873 - 882.
- Sprengel, -, Die Pfändung und Überweisung von Forderungen aus dem Bankkontokorrent in MDR 1952, S. 8-11.
- Staudingers, J. von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
- Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 328-361, 13. Bearb., bearb. von Rainer Jagmann u.a., Red. Manfred Löwisch, Berlin 1995
- Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 362-396, neubearb. von Dirk Olzen u.a., Red. Manfred Löwisch, Berlin 2000
- Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 652-704, 13. Bearb., bearb. von Michael Martinek u.a., Red. Dieter Reuter, Berlin 1995
- Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 741-822, 12. Aufl., bearb. von Norbert Horn, Berlin 1986
- Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 765-778, 13. Bearb., bearb. von Norbert Horn, Berlin 1997

- Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 779-811, 13. Bearb., bearb. von Peter Marburger, Red. Norbert Horn, Berlin 1997
 - Drittes Buch, Sachenrecht §§ 1113-1203, 13. Bearb., bearb. von Hans Wolfsteiner u.a., Red. Wolfgang Wiegand, Berlin 1996
 - Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), 13. Bearb., bearb. von Michael Coester, Peter Schlosser u.a., Red. Michael Martinek, Berlin 1998
- Straube, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. von Manfred Straube, 1. Band, §§ 1-188, §§ 343-453, 2. Aufl., bearb. von Wolfgang Schuhmacher u.a., Wien 1995 (zit.: Bearb. in Straube, HGB I).
- Thelen, Werner, Ist der Bürge im Bankkreditgeschäft weniger schutzwürdig als der fremdnützig handelnde Besteller einer Sicherungsgrundschuld - Kritische Betrachtung der Divergenzen in der Rechtsprechung des 5. Zivilsenats des BGH zu der Sicherungsgrundschuld und des 9. Zivilsenats zu der Bürgschaft -, DB 1991, S. 741 - 743.
- Tiedtke, Klaus, Ausgleichsansprüche des Bürgen gegen andere Sicherungsgeber, DNotZ 1993, S. 291-294.
- Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bürgschaftsrecht seit 1990, ZIP 1995, 521-532.
 - Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.11.1997 - IX ZR 289/96, JZ 1998, S. 732 - 736.
- Tilp, Andreas W./Frhr. v. Buttlar,/Wolf, Aktuelle Rechtsprobleme bei der Anwendung des § 55 BörsG, ZIP 1998, 189 – 195.
- Trapp, Andreas, Zur Wirksamkeit der weiten Sicherungszweckvereinbarung bei Bürgschaften, Zugleich eine Besprechung des Beschlusses des Bundesgerichtshofes vom 24. September 1996, ZIP 1997, S. 1279 - 1286.
- Ulmer, Peter/Brandner, Erich/Hensen, Diether/Schmidt, Harry, AGB-Gesetz, Kommentar, 9. Aufl., Köln 2001 (zit.: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz).
- Volmer, Michael, Die Vereinbarkeit der „weiten Grundschuldzweckerklärung“ mit dem AGB, WM 1998, 914 – 920.
- Völp, Fromut, Einlösung ungedeckter Schecks durch die Bank. Ein Beitrag zur Lehre vom Kontokorrent, NJW 1955, S. 818 – 820.
- Wagenknecht, Claus Rainer, Anm. zu OLG Düss, Urteil vom 14.11.1996, in : WuB I F 1a. – 8.97.
- Weber, Hansjörg, Kreditsicherheiten, Recht der Sicherungsgeschäfte, 6. Aufl., München 1998.
- Weißpfennig, Hans, Ein Beitrag zur Lehre vom Kontokorrent, Eine Kritik an der herrschenden Lehre vom Kontokorrent, JW 1938, S. 3091 - 3096, 1938
- Westphalen, Graf von, Friedrich, Die AGB der Privatbanken im Licht der jüngsten Judikatur und Literatur, WM 1980, S. 1406 - 1427

- Westphalen, Graf, Friedrich von, Bürgschaftsformulare im Licht des AGB-Gesetzes, WM 1984, S. 1589 - 1597.
- Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, unter vergleichender Darstellung des deutschen Bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp, 9. Aufl., Band 2, Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1906, 1963 (zit.: Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts).
- Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar, bearb. von Manfred Wolf, Norbert Horn, Walter F. Lindacher, 4. Aufl., München 1999 (zit.: Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz).