

diese werden nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausschließlich aufgrund eines – ausdrücklich oder konkludent abgeschlossenen – Beratungsvertrages geschuldet⁹⁸. Allein der Abschluss eines Darlehensvertrages oder die Geldanlage auf einem Währungskonto kann ohne nähere Vereinbarung eine Pflicht zur Beratung nicht begründen. Insoweit ist die Sichtweise des Bundesgerichtshofs folgerichtig und konsequent. Der Kläger hatte die Beklagte weder um eine Beratung über eine zinsgünstigere Anlage des Dollarguthabens gebeten noch ist die Beklagte in eine Beratung mit dem Ziel einer sachgerechten Empfehlung eingetreten.

Es mag auf den ersten Blick verwunderlich erscheinen, dass der Bundesgerichtshof dem Institut des allgemeinen Bankvertrages eine Absage erteilt hat, während er ansonsten – jedenfalls nach Ansicht seiner Kritiker – relativ rasch von einem Auskunfts- oder Beratungsvertrag ausgeht, nämlich bereits dann, wenn der Kunde an die Bank herantritt und um Aufklärung und/oder Beratung ersucht und die Bank das Gespräch aufnimmt. Vor diesem Hintergrund könnte es nahe liegen, bei Aufnahme einer Geschäftsbeziehung, sofern die Bank in diese etwa durch Eröffnung eines Kontos unter gleichzeitiger Einbeziehung der AGB einwilligt, auch den Abschluss eines „allgemeinen Bankvertrages“ anzunehmen. Auf den zweiten Blick erscheint die Argumentation des BGH allerdings folgerichtig: Gerade weil die Rechtsprechung im Hinblick auf die Durchführung einzelner Geschäfte relativ schnell auf einen Vertragsabschluss erkennt, ist ein „überlagernder Rahmenvertrag“ in Gestalt eines allgemeinen Bankvertrages umso entbehrlicher.

Auch die Vereinbarung einer Sicherungsabrede (etwa durch Verpfändung einer Einlage) kann eine entsprechende Beratungspflicht nicht begründen. Es entspricht ständiger Rechtspre-

chung, dass die Prüfung und Hereinnahme einer Kreditsicherheit grundsätzlich nicht im Kundeninteresse, sondern einzig und allein im Eigeninteresse der Bank erfolgt⁹⁹. Die Bank ist hier nach weder bei der Hereinnahme einer Sicherheit noch später verpflichtet, die mit der Sicherheitenbestellung einhergehende Verfügungssperre auf ihre Angemessenheit zu überprüfen. Hier von unberührt bleibt zwar der Anspruch des Kunden auf Sicherheitenfreigabe, wenn und soweit die Sicherheit die zu tilgende Restschuld in nicht unerheblichem Maße übersteigt. Eine entsprechende Hinweis-, geschweige denn Beratungspflicht der Bank kann hieraus aber nicht abgeleitet werden.

Insgesamt wird man der Feststellung des Bundesgerichtshofs, wonach der allgemeine Bankvertrag „als übergreifender, die gesamte Geschäftsbeziehung regelnder Rahmenvertrag ... überflüssig“ ist, zustimmen müssen. Die Evolution des allgemeinen Bankvertrages ist damit beendet.

Dennoch darf die Verabschiedung vom allgemeinen Bankvertrag nicht erfolgen, ohne seinen Wert für die weitere Rechtsentwicklung zu würdigen. Die Diskussion um die Rechtsidee des allgemeinen Bankvertrages war überaus fruchtbar und hat Wesentliches zur Erhellung von Dogmatik und Systematik um das Wesen und den Inhalt bankrechtlicher Schutz-, Obhuts- und Informationspflichten beigetragen. Aus diesem Grunde mag der allgemeine Bankvertrag zwar seine Erledigung gefunden haben. Die dort entwickelten Grundsätze, Ideen und Argumente haben jedoch wesentlich zur Erhaltung der Rechtsbeziehung zwischen Bank und Kunden beigetragen.

98) BGHZ 74, 103, 106; BGHZ 100, 117, 118 = NJW 1993, 2433.

99) BGH, ZIP 1982, 545, 547 = WM 1982, 480, 481; BGH, ZIP 1992, 757 = WM 1992, 977, dazu EWIR 1992, 653 (Kohle); BGH, ZIP 1997, 2195, 2196 = WM 1997, 2301, 2302.

RA Johannes Meinhardt, M.B. A. (Univ. Wales) /RA Karsten Klein*

Die Rückabwicklung von nach dem HWiG widerrufenen Realkreditverträgen

Eine praktische Arbeitsanleitung

I. Einleitung

Die Wogen glätten sich langsam – der BGH hat gesprochen¹. Und mit ihm viele Stimmen in der Literatur. Die Rechtslage hinsichtlich der Widerrufbarkeit von Realkreditverträgen durch den Kreditnehmer gestützt auf das HWiG bzw. § 312 BGB dürfte langsam ausreichend geklärt sein. Die Urteile aus der zweiten Jahreshälfte 2002 dürften so gut wie keine Frage mehr offen lassen. Eine Darstellung dieser Problematik soll hier nicht

mehr geliefert werden, die hierzu erschienenen Veröffentlichungen sind Legion².

*) Die Autoren sind als Rechtsanwälte in der Kanzlei Dr. Scholz & Weispfenning, Nürnberg, tätig. Sie haben sich auf Bankrecht spezialisiert; beraten und vertreten werden vornehmlich Kreditinstitute.

1) BGH, BKR 2002, 570, m. Anm. Rohe; BGH, BKR 2003, 106; BGH, BKR 2003, 108; BGH, BKR 2003, 112; BGH, BKR 2003, 103.

2) Nur beispielhaft statt vieler: Koch, WM 2002, 1593; Münscher, BKR 2003, 86; Knott, WM 2003, 49.

Nachdem die Voraussetzungen des Widerrufs nach dem HWiG höchstrichterlich geklärt sind, geht es nun darum, hieraus die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen. Geklagt haben bisher die Darlehensnehmer hinsichtlich der Wirksamkeit ihres Widerrufs. Auf der Rechtsfolgenseite des Widerrufs werden es die kreditgebenden Banken sein, die entsprechende Verfahren gegen die widerrufenden Kunden aufnehmen müssen. Denn unter dem Strich sind sie es, denen unter der Anwendung der Rechtsprechung des BGH noch Forderungen gegen ihre ehemaligen Kunden aus den erloschenen Kreditverhältnissen zustehen. Die Forderungen der Kunden gegen die Banken werden hierbei bloße Rechnungsposten im Rahmen von Aufrechnungslagen sein.

Für die Banken stellt sich damit jetzt die Frage, welche Forderung in welcher Höhe sie gegen ihre ehemaligen Kreditnehmer geltend machen können. Hierzu soll anhand eines Rechenbeispiels eine Art Handlungsanweisung gegeben werden. Dazu wird zunächst ein Beispielsfall gebildet (unten II.), der dann gelöst wird unter Anwendung der Rechtsprechung des BGH (unten III.). Wo noch Unsicherheiten rechtlicher Art hinsichtlich einzelner Punkte bestehen, wird ausdrücklich darauf hingewiesen.

II. Sachverhalt

Detlef Neumeier (im Folgenden: „DN“ – wie Darlehensnehmer) kauft in einer Haustürsituation am 15. 12. 1997 von einem Anlageberater eine Eigentumswohnung als Steuersparobjekt zu einem Komplettpreis von 200 000 €. Der gesamte Kaufpreis soll fremdfinanziert werden. Hierzu unterzeichnet DN ebenfalls am 15. 12. 1997 in derselben Haustürsituation einen Darlehensvertrag mit der B-Bank, deren Vertreter den Anlageberater begleitet hat und sich mit einer Visitenkarte der B-Bank ausgewiesen hat³.

Dieser Darlehensvertrag vom 15. 12. 1997 enthält unter anderem folgende Konditionen:

- Die Nettodarlehenssumme beträgt 202 000 €, denn neben dem Kaufpreis von 200 000 € wird auch noch die Kreditbearbeitungsgebühr von 1% (= 2 000 €) finanziert.
- DN muss eine Wertermittlungsgebühr von 1 000 € an die B-Bank entrichten, zahlbar bei Darlehensvaluierung.
- Der effektive Jahreszins beträgt 6,10% p. a. bei einer fünfjährigen Zinsbindung.
- Der Nominalzins beträgt 5,80% p. a. (Anmerkung: Dies ist eine fiktive Zahl).
- Die Darlehensraten (bestehend aus 6,10% Zins und ca. 1,0% Tilgung) sind am jeweiligen Monatsende nachschüssig zu bezahlen. Sie betragen 1 200 € monatlich.
- Außerdem sind Kontoführungsgebühren von 36 € und Postversendungsgebühren von 20 € jährlich zu entrichten, fällig am 31. 12. eines jeden Jahres.

Gleichzeitig bestellt DN an der Eigentumswohnung eine Grundschuld über 202 000 € nebst 18% Zinsen p. a. hieraus zu Gunsten der B-Bank und unterzeichnet ebenfalls am 15. 2. 1997 eine weite Sicherungserklärung hinsichtlich dieser Grundschuld. Diese Sicherungsabrede lautet auszugsweise: „(. . .) Die Grundschuld dient der Sicherung aller bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche der B-Bank aus der Geschäftsbeziehung mit DN. (. . .)“

Die Nettodarlehenssumme von 200 000 € wird am 1. 1. 1998 von der B-Bank auf Anweisung von DN an den Immobilienverkäufer überwiesen. Am selben Tag zahlt DN die Wertermittlungsgebühr an die B-Bank. In der Folgezeit bezahlt er stets pünktlich und regelmäßig seine Darlehensraten.

Am 1. 1. 1999 widerruft er mittels Fax, bei der B-Bank am selben Tag eingegangen, den Darlehensvertrag und die Sicherungsabrede unter Hinweis auf das Haustürwiderrufgesetz. Die letzte Darlehensrate hat er am Vortag, dem 31. 12. 1998, bezahlt, ebenso die Kontoführungs- und die Postversendungsgebühren in Höhe von zusammen 56 €, danach nichts mehr. In der Folgezeit streiten DN und die B-Bank gerichtlich über die Wirksamkeit des Widerrufs vom 1. 1. 1999.

Am 30. 11. 1999 erhält die B-Bank von dem Rechtsanwalt des DN ein Schreiben, in dem sie aufgefordert wird, an DN 14 400 € (12 Darlehensraten à 1 200 €) zuzüglich gezahlter Bankgebühren in Höhe von insgesamt 1 056 € nebst Zinsen bis zum 31. 12. 1999 zu zahlen. Die B-Bank verweigert dies.

Nachdem der BGH in letzter Instanz nach Anrufung des EuGH entschieden hat, dass der Widerruf sowohl des Darlehensvertrages als auch der Sicherungsabrede auf das HWiG gestützt werden kann, stellt sich nunmehr die Frage, welche Zahlungs- bzw. sonstigen Ansprüche der Bank und DN gegeneinander aufgrund welcher Anspruchsgrundlage zustehen.

III. Lösungsvorschlag

Der nachfolgende Lösungsvorschlag richtet sich nach den „Segelanweisungen“ des BGH⁴, enthält aber einige Konkretisierungen dieser teils vagen Ausführungen.

1. Ansprüche der B-Bank gegen DN

Die B-Bank hat gegen DN Zahlungsansprüche in erheblicher Höhe.

a) Nettodarlehenssumme

Gestützt auf § 3 Abs. 1 HWiG in der bis zum 30. 9. 2000 geltenden Fassung (im Folgenden: a.F.) hat die Bank einen Anspruch auf Erstattung der Nettodarlehenssumme⁵, hier in Höhe von 200 000 €. Netto deswegen, weil die Parteien nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nur die empfangenen Leistungen zurückzugewähren haben. Empfangen hat DN aber nur den ausgekehrten Teil der Darlehensvaluta; die von der B-Bank einbehaltene Kreditbearbeitungsgebühr hat er nie erhalten.

DN hat die Darlehensvaluta am 1. 1. 1998 erhalten im Sinne des Gesetzeswortlautes, obwohl diese direkt an den Immobilienverkäufer geflossen sind. Diese Überweisung an einen Dritten aufgrund Anweisung des Darlehensnehmers steht der Auszahlung der Darlehensvaluta an den Darlehensnehmer gleich und begründet ebenfalls den Darlehensrückzahlungsanspruch der Bank gegen den Darlehensnehmer gemäß § 607 BGB a. F. Nichts anderes kann dann für die Rückzahlungspflicht nach Widerruf gemäß HWiG gelten⁶. Der Darlehensnehmer kann sich

3) Sachverhalt insoweit nachgebildet der Entscheidung BGH, BKR 2003, 106. Dieser Ablauf entspricht nicht dem Regelfall. Es ergeben sich aber in der Lösung keine Unterschiede, wenn der Darlehensvertrag dem Darlehensnehmer vom Vermittler zur Unterschrift vorgelegt wird.

4) Hauptsächlich BGH, BKR 2003, 103; BGH, BKR 2003, 106.

5) BGH, BKR 2003, 106, 107.

6) BGH, BKR 2003, 106, 107.

gemäß § 818 Abs. 3, § 819 Abs. 1 BGB nicht auf Entreichung berufen⁷. Dieser Rückzahlungsanspruch der Bank ist sofort fällig bei Widerruf, hier also am 1. 1. 1999.

b) Verzinsung der Nettodarlehenssumme

Nach der vagen Diktion des BGH hat die B-Bank Anspruch auf eine Verzinsung der Nettodarlehensvaluta⁸. Präzisiert werden müssen die Anspruchsgrundlage für diese Verzinsung und die Zinshöhe.

Zu unterscheiden sind hier zwei Zeiträume: Einmal die Zeit von Valutierung bis Widerruf und zum anderen die Zeit ab Widerruf. Diese Unterscheidung ist deswegen zu treffen, weil die den Verbraucher privilegierenden Vorschriften des HWiG nur bis zur Ausübung des Widerrufs gelten⁹.

aa) Zeitraum von Valutierung bis Widerruf

Für die Zeit von Valutierung bis Widerruf, also hier den Zeitraum 1. 1. 1998 bis 31. 12. 1998, hat die B-Bank einen auf § 3 Abs. 3 Halbs. 1 HWiG a. F. gestützten Anspruch auf Verzinsung der Nettodarlehenssumme von 200 000 €. Denn sie hat DN diesen Betrag zum Gebrauch überlassen, dessen Wert sich in Zinsen ausdrückt.

Fraglich ist die Zinshöhe. Der BGH spricht im Zusammenhang mit dem Zinsanspruch der Bank von einer marktüblichen Verzinsung¹⁰. Ausschlaggebend für die Marktüblichkeit ist die Art des Darlehens. Die Zinshöhe unterscheidet sich nämlich erheblich, je nachdem, ob ein Personal- oder ein Realkredit vorliegt. Zu entscheiden ist dies nach dem widerrufenen Darlehensvertrag, obwohl dieser keine Wirksamkeit entfaltet. Denn das Verhältnis zwischen Bank und Darlehensnehmer wird nach wie vor von den Vereinbarungen dieses Darlehensvertrages beseelt. Die Marktüblichkeit der Verzinsung ist also anhand mit dem widerrufenen Vertrag vergleichbarer Realkredite zu bestimmen.

Dieses Ergebnis ist angemessen, denn die grundsuldrechtliche Sicherung erstreckt sich auch auf den Rückzahlungsanspruch der Bank nach Widerruf. Es liegt also immer noch eine Absicherung durch ein Grundpfandrecht vor. Für eine weite Sicherungsabrede hat der BGH entschieden, dass diese auch die Rückzahlungsansprüche aus § 3 Abs. 1 HWiG erfasst¹¹. Im Beispielsfall wurde die weite Sicherungsabrede vom 15. 12. 1997 zwar ebenfalls wirksam nach dem HWiG widerrufen. Sie existiert also nicht mehr. Doch trotz fehlender Sicherungsabrede ist davon auszugehen, dass die Grundsuld weiterhin den Rückzahlungsanspruch absichert. Es entspricht regelmäßig dem Willen der beteiligten Parteien, dass die Grundsuld auch bei nichtigem Darlehensvertrag zumindest die Folgeansprüche absichert¹². Dies ergibt sich aus einer wirtschaftlichen Betrachtung der Vorgänge: Die Bank möchte auf jeden Fall eine Sicherheit für das von ihr ausgereichte Geld erhalten, während dem Darlehensnehmer bewusst ist, dass er den Rückzahlungsanspruch der Bank – gleich aus welchem Rechtsgrund – mit der Grundsuld absichert. Denn die Sicherung des Rückzahlungsanspruches war gerade Anlass der Grundsuldbestellung.

Der Rückzahlungsanspruch der Bank ist also gleich einem Realkredit zu verzinsen. Hierbei spielt es keine Rolle, dass unter Umständen der Beleihungsrahmen der §§ 11, 12 HypBG nicht eingehalten worden ist¹³. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der Marktüblichkeit ist derjenige des Abschlusses des Kreditvertrages¹⁴, im obigen Beispiel also Dezember 1997.

Zur Bestimmung der Marktüblichkeit können die Monatsberichte der Deutschen Bundesbank zu Hilfe genommen werden, die entsprechende statistische Daten enthalten¹⁵. Der durchschnittliche effektive Zinssatz für Realkredite bei fünfjähriger Zinsbindung betrug zu diesem Zeitpunkt 6,08% p. a., die Streubreite lag zwischen 5,80 und 6,59% p. a. Der vertraglich vereinbarte effektive Zins lag mit 6,10% p. a. innerhalb dieser Streubreite, so dass dieser der Einfachheit halber heranzuziehen ist¹⁶. Sollte der Vertragszins deutlich unterhalb der Untergrenze der Streubreite des Marktzins liegen, wäre nur der Vertragszins heranzuziehen; sollte der Vertragszins dagegen deutlich oberhalb der Obergrenze der Streubreite liegen, wäre der durchschnittliche effektive Zinssatz heranzuziehen.

Auf den vertraglichen Zins kann nicht zurückgegriffen werden, weil der Darlehensvertrag wegen des Widerrufs keine Wirksamkeit entfaltet. Der vertraglich vereinbarte Zins ist jedoch dann heranzuziehen, wenn er *unter* dem marktüblichen Zins liegt. Dies gebietet der Verbraucherschutzgedanke des HWiG, denn durch den Widerruf darf der Verbraucher nicht schlechter stehen als ohne ihn, zumindest für die Zeitspanne zwischen Valutierung und Widerruf. Der Wertersatzanspruch des Darlehensgebers ist für diesen Zeitraum nämlich nach oben hin begrenzt durch sein Erfüllungsinteresse, also durch die vertraglichen Vereinbarungen¹⁷.

Die B-Bank hat also für die Zeit von 1. 1. 1998 bis zum 31. 12. 1998 Zinsansprüche in Höhe von 6,10% aus 200 000 €, das sind 12 200 €.

bb) Zeitraum von Widerruf bis Rückzahlung

Die Rechtsprechung des BGH enthält hierzu keine dezidierten Angaben. Klar ist nur, dass ab Widerruf der Zinsanspruch der Bank nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut nicht mehr auf § 3 Abs. 3 Halbs. 1 HWiG a. F. gestützt werden kann. Vielmehr gelten jetzt die allgemeinen Vorschriften¹⁸, insbesondere die §§ 987 ff. BGB, §§ 812 ff. BGB und die Verzugsvorschriften.

7) BGH, NJW 1999, 1636, 1637.

8) BGH, BKR 2003, 106, 107.

9) MünchKommBGB/Ulmer, 3. Aufl., 1995, § 7 VerbrKrG RdNr. 69.

10) BGH, BKR 2003, 106, 107 (hier nicht ausdrücklich hinsichtlich des Anspruchs der Bank); in BGH, BKR 2003, 103 ff. unter III. 3. hat sich wohl ein Fehler eingeschlichen (auch in der Original-Urteilsbegründung). Der erste Satz muss wohl richtig lauten: „Auch bei wirksamen Widerruf der Darlehensverträge stünde *der Beklagten* (statt: dem Kläger; Beklagte war nämlich die Bank) deshalb grundsätzlich ein Anspruch auf Erstattung der ausgezahlten Nettokreditbeträge sowie auf deren marktübliche Verzinsung zu.“; so im Ergebnis auch MünchKommBGB/Ulmer (Fußn. 9), § 7 VerbrKrG RdNr. 69, m. w. N., und § 3 HWiG RdNr. 8, auf dessen Kommentierung sich der BGH explizit bezieht.

11) BGH, BKR 2003, 103, 105.

12) BGHZ 114, 57, 72 = NJW 1991, 1746, 1749.

13) BGH, BKR 2002, 268.

14) OLG Dresden, BKR 2003, 114, 122.

15) Für unseren Beispielsfall einschlägig: NJW 1998, 1211; NJW 2000, 1394.

16) OLG Dresden, BKR 2003, 114, 122.

17) MünchKommBGB/Ulmer (Fußn. 9), § 7 VerbrKrG RdNr. 69.

18) MünchKommBGB/Ulmer (Fußn. 9), § 7 VerbrKrG RdNr. 69 a; Palandt/Putzo, 59. Aufl., 2000, § 3 HWiG RdNr. 17; Knott, WM 2003, 49, 54.

§§ 987 ff. BGB sind auf den Fall des Widerrufs eines Darlehensvertrages offensichtlich nicht anwendbar, da es nicht um die Rückgabe einer Sache geht. Es bleibt daher zunächst bei Ansprüchen nach Bereicherungsrecht. In Betracht kommt ein Anspruch der B-Bank aus Eingriffskondiktion gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2; § 818 Abs. 1 Alt. 1, Abs. 2 BGB gerichtet auf Herausgabe der von DN gezogenen Nutzungen.

Der Darlehensnehmer nutzt die Darlehensvaluta weiter, obwohl er selbst den Rechtsgrund hierzu widerrufen hat und die erhaltene Darlehensvaluta nach § 3 Abs. 1 HWiG der Bank im Zeitpunkt des Widerrufs an die Bank zurückzahlen müsste. Anders als im vergleichbaren Verbraucherschutzgesetz VerbrKrG ist für einen Widerruf nach HWiG die Rückzahlung der Darlehensvaluta innerhalb von zwei Wochen nach Widerruf keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Widerruf. Das Darlehenskapital kann der Darlehensnehmer in der Regel mit Widerruf nicht einfach zurückzahlen, weil er die erhaltene Darlehensvaluta für den Erwerb der Immobilie ausgegeben hat. Für die sofortige Rückzahlung der Nettodarlehensvaluta wird es daher in der Regel erforderlich sein, dass der Darlehensnehmer sich anderweitig Geld besorgt durch Aufnahme eines neuen Bankdarlehens. Hierfür müsste er marktübliche Zinsen bezahlen. Diese Zinsen erspart er sich vorübergehend, weil er das widerrufenen Darlehen vorerst nicht zurückzahlt. Diese ersparten Zinsaufwendungen stellen die rechtsgrundlose Bereicherung des Darlehensnehmers auf Kosten der Bank dar. Der Bereicherungsschuldner hat ersparte Zinszahlungen als Vorteil aus dem Gebrauch des Geldes an den Bereicherungsgläubiger herauszugeben¹⁹. Der Zinsanspruch der B-Bank ist im Beispielfall also dem Grunde nach aus Bereicherungsrecht herzuleiten.

Fraglich ist nun, in welcher Höhe die B-Bank Zinsen beanspruchen kann. Dies hängt davon ab, um welchen Zinssatz DN bereichert ist, denn das Bereicherungsrecht zielt allein auf die Abschöpfung der beim Schuldner entstandenen Bereicherung ab. DN spart ab dem 1. 1. 1999 Zinsen einer Neufinanzierung. Abzustellen ist also auf eine marktübliche Finanzierung zu diesem Zeitpunkt. Eine Neufinanzierung würde wieder mittels eines Realkredites erfolgen, denn sie würde wieder durch auf der Immobilie lastende Grundpfandrechte abgesichert werden. Die Zinshöhe bei Realkrediten ist aber erheblich abhängig von der Dauer der Zinsfestschreibung. In Betracht kommt eine Zinsfestschreibung für die Restlaufzeit der Zinsbindungsfrist des widerrufenen Darlehens oder alternativ dieselbe Zinsbindungsfrist, welche dem widerrufenen Darlehen zugrunde lag. Da in der ursprünglich vereinbarten Zinsbindungsfrist das Darlehen in der Regel nicht vollständig zurückgezahlt werden kann, kann unterstellt werden, dass sich der Darlehensnehmer wieder für die selbe Zinsbindungsfrist wie diejenige des widerrufenen Darlehens entscheiden wird.

Ein Realkreditdarlehen mit fünfjähriger Laufzeit hatte im Januar 1999 einen durchschnittlichen effektiven Zinssatz von 4,60% p. a.²⁰. Es ist also davon auszugehen, dass DN ab dem 1. 1. 1999 Zinsen in dieser Höhe erspart hat. Damit kann die B-Bank ab dem 1. 1. 1999 Zinsen aus 200 000 € in Höhe von 4,60% p. a. verlangen.

Die Bank kann nicht Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz p. a. verlangen. Zwar ist es ständige Rechtsprechung des BGH, dass Banken ihren Zinsschaden abstrakt mit fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszins-

satz berechnen können²¹, doch gilt dies nur für Schadensersatzansprüche und nicht für Bereicherungsansprüche.

Sollte im Zeitpunkt des Widerrufs der marktübliche Zins höher liegen als der Vertragszins, so findet eine Deckelung des Zinsanspruches auf den Vertragszins wie für den Zeitraum bis zum Widerruf nicht statt, weil die Verbraucherschutzvorschriften des HWiG ab Widerruf nicht mehr gelten²².

Verzugszinsen nach §§ 284, 288 BGB a. F. kommen ebenfalls nicht in Betracht, da sich DN hinsichtlich der Rückzahlung der Nettodarlehensvaluta nicht in Verzug befand. Zwar war dieser Anspruch der B-Bank sofort am 1. 1. 1999 fällig, doch fehlte es an den Verzugsvoraussetzungen: Weder lag eine Mahnung der B-Bank noch eine kalendermäßige Bestimmung der Leistungszeit vor. Auch die Regelung des § 284 Abs. 3 BGB a. F. greift nicht, denn es fehlt sowohl an einer Rechnung der B-Bank als auch an einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung.

c) Gebühren etc.

Einen Anspruch auf Gebühren oder Ähnliches hat die Bank gegen DN nicht, weil der Kreditvertrag als Rechtsgrundlage für den Gebührenanspruch nach Widerruf unwirksam ist.

Ebenso steht der Bank kein Anspruch auf ein etwaiges Disagio zu²³. Dies ist nicht unangemessen, weil das Disagio eine Vorwegnahme der Verzinsung ist und in die Berechnung des Effektivzinses einfließt. Die Abrechnung nach Widerruf erfolgt aber genau zu Effektivzins.

d) Zwischenergebnis

Die Bank hat gegen den Darlehensgeber folglich Ansprüche auf Rückzahlung des Nettodarlehensbetrages. Dieser ist zu verzinsen, und zwar vom Zeitpunkt der Valutierung bis zum Widerruf gemäß § 3 Abs. 3 Halbs. 1 HWiG in Höhe des Durchschnittzinssatzes für einen mit dem widerrufenen Darlehensvertrag vergleichbaren Realkredit gemäß Monatsbericht der Deutschen Bundesbank für den Monat des Abschlusses des widerrufenen Darlehensvertrages. Sollte der Vertragszins niedriger als der Zinssatz laut Monatsbericht sein, ist der Vertragszins heranzuziehen. Ab dem Zeitpunkt des Widerrufs ergibt sich der Zinsanspruch aus Bereicherungsrecht. Als Zinshöhe ist der Durchschnittzinssatz laut Monatsbericht der Deutschen Bundesbank für den Monat des Widerrufs heranzuziehen, und zwar auch hier wieder für ein dem widerrufenen Darlehen vergleichbaren Realkredit. Weiter gehende Zahlungsansprüche hat die Bank nicht.

2. Ansprüche des DN gegen die Bank

Auch der Darlehensnehmer hat gegen die Bank Zahlungsansprüche.

a) Darlehensraten und Gebühren

Ebenfalls gestützt auf § 3 Abs. 1 HWiG a. F. hat DN einen Anspruch auf Rückzahlung aller von ihm an die Bank geleisteten Zahlungen. Die geleisteten Zahlungen reduzieren nicht die Forderung der Bank nach Widerruf, sondern der Gesetzgeber hat dem Darlehensnehmer hier einen eigenen Zahlungs-

19) BGHZ 138, 160.

20) NJW 2000, 1396.

21) BGHZ 115, 268, 273; BGH, NJW 1998, 2529, 2530.

22) MünchKommBGB/Ulmer (Fußn. 9), § 7 VerbrKrG RdNr. 69.

23) BGH, BKR 2003, 106, 108.

anspruch zugestanden, wie sich aus § 4 HWiG a. F. zwingend ergibt. Mitfinanzierte Gebühren, auf die keine gesonderten Zahlungen geleistet wurden, bleiben bei der Rückabwicklung außen vor, weil Ausgangspunkt der Rückabwicklung nur tatsächlich geflossenes Geld ist.

Die B-Bank hat von DN erhalten: Die zwölf Darlehensraten zu je 1 200 €, zusammen also 14 400 €, die Wertermittlungsgebühr in Höhe von 1 000 €, gezahlt am 1. 1. 1998, und die Bankgebühren in Höhe von 56 €, gezahlt am 31. 12. 1998. Zusammen macht dies Zahlungsansprüche des DN gegen die B-Bank in Höhe von 15 456 €, fällig bei Widerruf am 1. 1. 1999.

b) Verzinsung der Zahlungsansprüche

In der Literatur ist heftig umstritten, ob und aus welchem Betrag der widerrufende Darlehensnehmer Anspruch auf Verzinsung hat²⁴. Die Aussage des BGH ist jedoch eindeutig, wenn er ausführt, dass „(...) diese (erg.: die Darlehensnehmer) Anspruch auf eine marktübliche Verzinsung der von ihnen auf das Darlehen gezahlten, der Beklagten (erg.: der Bank) zur Nutzung zur Verfügung stehenden Raten (...)“²⁵ haben. Der BGH spricht von „Raten“ und macht keinen Unterschied zwischen Zins- oder Tilgungsanteil²⁶. Es sind also die Zahlungsansprüche des DN in voller Höhe zu verzinsen.

aa) Zeitraum von Valutierung bis Widerruf

Hier hat DN einen Verzinsungsanspruch gestützt auf § 3 Abs. 3 Halbs. 1 HWiG a. F.; die Zinshöhe hat marktüblich zu sein. Fraglich ist, was „Marktüblichkeit“ bedeutet bei rechtsgrundlos geleisteten Zahlungen eines Kunden an eine Bank.

In Betracht kämen Zinsen in Höhe von ca. 1,00% p. a., wie sie der Darlehensnehmer derzeit erhalten würde bei Anlage auf einem Sparbuch. In Betracht kämen auch Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, weil § 11 Abs. 1 VerbrKrG a. F., mit dem dieser Zinssatz in unsere Rechtsordnung eingeführt wurde, der Gedanke zugrunde lag, dass Banken diesen Zinssatz bei Wiederanlage vereinnahmter Gelder erzielen können²⁷. Möglich wären aber auch Zinsen in Höhe desjenigen Zinssatzes, welchen die Bank ihrerseits nach obigen Ausführungen vom Darlehensnehmer verlangt.

Richtig kann nur der Ansatz sein, dem Darlehensnehmer nach Widerruf für die von ihm erbrachten Zahlungen an die Bank den gleichen Zinssatz zu gewähren, wie ihn die Bank von ihm für den Nettodarlehensbetrag verlangt. Nur die Parallelität der Zinssätze führt zu einem sachgerechten Ergebnis²⁸. Solange der Widerruf der Darlehensvertrages nicht erklärt ist, erbringt der Darlehensnehmer regelmäßig Tilgungsleistungen auf die Darlehensvaluta. Nach dem Willen beider Parteien reduziert sich dadurch Schritt für Schritt die Bemessungsgrundlage für den weiteren Zinsanspruch der Bank. Bis zum Widerruf berechnen sich die Zinsen aus der jeweiligen Restdarlehensvaluta. Mit Widerruf wandelt sich der Darlehensvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis mit der Folge, dass die erhaltene Darlehensvaluta für die gesamte Zeit in voller Höhe zu verzinsen ist. Die geleisteten Zahlungen des Kunden führen nicht mehr zu einer Reduzierung der Darlehensvaluta als Bemessungsgrundlage für die weiteren Zinsen. Der Widerruf führt dazu, dass die Bank Zinsansprüche aus einer höheren Darlehensvaluta haben kann als bei unveränderter Fortführung des Darlehensvertrages. Dies ist für ein Verbraucherschutzgesetz nur akzeptabel, wenn die

geleisteten Zahlungen des Darlehensnehmers denselben Zinsanspruch auslösen, der der Bank zugesprochen wird. Bis zum Widerruf müssen die gegenseitigen Zinsansprüche daher parallel verlaufen. Dies gilt für den Zinsanteil ebenso wie für den Tilgungsanteil der Zahlungen des Kunden, da § 3 Abs. 1 HWiG nicht zwischen Zins- und Tilgungsanteil differenziert.

DN hat damit einen Zinsanspruch in Höhe von 6,10% p. a., wobei die Verzinsungspflicht der B-Bank erst in dem Zeitpunkt beginnt, in dem sie die jeweiligen Beträge von DN erhalten hat. Die Wertermittlungsgebühr ist damit vom 1. 1. 1998 an zu verzinsen, die erste Darlehensrate vom 31. 1. 1998 an, die zweite vom 28. 2. 1998 an und so weiter. Die letzte Darlehensrate und die Bankgebühren in Höhe von 56 € sind nur faktisch deshalb nicht zu verzinsen, weil sie erst am 31. 12. 1998 bezahlt wurden und an diesem Tag die Verzinsungspflicht nach § 3 Abs. 3 Halbs. 1 HWiG endet.

bb) Zeitraum von Widerruf bis Rückzahlung

Hier gelten die gleichen Ausführungen wie oben beim diesbezüglichen Zinsanspruch der Bank: Eine Verzinsung kommt nur nach den allgemeinen Vorschriften in Betracht. Die §§ 987 ff. BGB scheiden auch hier offensichtlich aus, weil Gegenstand der Ansprüche nicht Sachen sind.

In Betracht kommen Zinsansprüche nach Bereicherungsrecht, genauer aus Eingriffskondition gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2; § 818 Abs. 1 Alt. 1, Abs. 2 BGB gerichtet auf Herausgabe der von der B-Bank gezogenen Nutzungen. Ab dem 1. 1. 1999 hatte die B-Bank rechtsgrundlos einen Betrag von 15 456 € zur Verfügung, mit dem sie im Rahmen ihres Geschäftsbetriebes gewirtschaftet hat. Hierbei hat sie Erträge aus diesem Geld gezogen. Um diese Erträge ist sie rechtsgrundlos bereichert. Der Zinsanspruch des DN besteht daher dem Grunde nach.

Fraglich ist aber auch hier wieder die Höhe des Zinssatzes. Abzustellen ist auf die bei der Bank eingetretene Bereicherung. Hätte sie das vom Darlehensnehmer erhaltene Geld an andere Kunden darlehensweise ausgereicht, so hätte sie hierfür im Zeitpunkt 1. 1. 1999 marktübliche Zinsen erwirtschaftet. Für die Abrechnung ist zu unterstellen, dass die Bank die erhaltenen Beträge in einen Realkredit zu identischen Bedingungen wie diejenigen des widerrufenen Darlehens vergeben hätte. Es ist auch für diesen Zeitraum von einer Parallelität der Zinssätze auszugehen. Dies mag im Detail zu unbilligen Ergebnissen führen, da Kosten und Gewinn der Bank zu ihren Lasten unberücksichtigt bleiben. Doch hat die Bank in dieser Phase die Möglichkeit, die Aufrechnung zu erklären und damit den Zinslauf zu beenden, da ihre Ansprüche regelmäßig höher sind als diejenigen des Darlehensnehmers. Es macht damit im Ergebnis keinen Unterschied, ob sogleich nach Widerruf die Aufrechnung erklärt wird oder erst nach längerer Zeit.

24) Nur beispielhaft und jeweils mit umfangreichen Darstellungen und Nachweisen zum Streitstand: Münscher, BKR 2003, 86, 91; Knott, WM 2003, 49, 50.

25) BGH, BKR 2003, 106, 107.

26) Unzutreffend insoweit OLG Dresden, BKR 2003, 114, 121.

27) BGHZ 115, 268, 273, m. w. N.

28) So auch OLG Dresden, BKR 2003, 114, 121; Knott, WM 2003, 49, 50.

Damit kann DN ab dem 1. 1. 1999 für den Betrag von 15 456 € einen Zinssatz von 4,60% p. a. verlangen.

Fraglich sind weiter gehende Zinsansprüche des Darlehensnehmers unter dem Gesichtspunkt des Verzuges. Dazu müsste sich die Bank im Verzug befinden. In Betracht kommt dies, wenn eine entsprechende Zahlungsaufforderung durch den Darlehensnehmer vorliegt. Fraglich sind damit die Anforderungen, die an eine solche Zahlungsaufforderung zu stellen sind. Gemäß § 4 HWiG a. F. sind die gegenseitigen Ansprüche nach Widerruf Zug um Zug zu erfüllen. Zwar handelt sich hierbei um eine Einrede, die nicht von Amts wegen zu beachten ist, sondern vom Schuldner erhoben werden muss²⁹, aber eine einfache Zahlungsaufforderung setzt die Bank nicht in Verzug. Erforderlich ist vielmehr, dass der Darlehensnehmer seine ihm obliegende Gegenleistung der Bank ordnungsgemäß in einer Annahmeverzug begründenden Art und Weise anbietet³⁰. Angeboten werden muss die richtige Leistung; nicht ausreichend ist das Angebot, der Bank die finanzierte Immobilie zu übereignen. Ein solches Angebot wäre nur im Falle eines verbundenen Geschäftes ausreichend. Ein fremdfinanzierter Immobilienerwerb stellt aber nur in ganz engen Ausnahmefällen ein verbundenes Geschäft dar³¹. Der Darlehensnehmer muss vielmehr die Nettodarlehensvaluta zuzüglich Zinsen hieraus anbieten. Ein solches Angebot wird – in wirtschaftlicher Hinsicht – nicht zu einem Verzug der Bank führen, da der Anspruch der Bank auf die Nettodarlehensvaluta den Anspruch des Darlehensnehmers auf Rückzahlung von erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen – von wenigen Ausnahmen abgesehen – stets übersteigt. Für den Fall, dass das Angebot des Darlehensnehmers ernst gemeint sein sollte, würde er aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen sofort die Aufrechnung erklären.

c) Zwischenergebnis

Der Darlehensnehmer hat gegen die Bank also Rückzahlungsansprüche hinsichtlich aller von ihm geleisteten Zahlungen. Diese sind zu verzinsen und zwar vom Zeitpunkt der Zahlung an die Bank bis zum Widerruf gemäß § 3 Abs. 3 Halbs. 1 HWiG und ab Widerruf nach Bereicherungsrecht. Die Zinshöhe ist dabei gleich wie diejenige des Zinsanspruches der Bank.

DN hat somit einen Zahlungsanspruch gegen die B-Bank in Höhe von 15 456 € nebst Zinsen in Höhe von 6,10% p. a. ab dem Zeitpunkt der Zahlung des jeweiligen Teilbetrages bis zum 31. 12. 1998 und in Höhe von 4,60% p. a. aus dem Gesamtbetrag ab dem 1. 1. 1999. Verzugszinsen stehen ihm nicht zu, da die B-Bank sich nicht im Verzug befand.

3. Aufrechnungslage

Die Ansprüche der Bank und des Darlehensnehmers stehen einander gleichberechtigt gegenüber. Sie sind Zug um Zug zu erfüllen. Eine Tilgung oder Verrechnung nach Art der bereicherungsrechtlichen Saldotheorie findet von Amts wegen nicht statt. Beide Parteien sind aber berechtigt, die Aufrechnung zu erklären.

In der Praxis wird es stets die Bank sein, die gegen den widerrufenen Kreditnehmer höhere Ansprüche hat. Sie sollte daher die Aufrechnung erklären in Höhe der Ansprüche des Kreditnehmers, um diese zu erfüllen und damit zu beseitigen. Dann kann sie ihre restlichen Ansprüche gegen den Kreditnehmer geltend machen, ohne von Einwänden nach § 4 HWiG a. F. betroffen zu sein.

mer geltend machen, ohne von Einwänden nach § 4 HWiG a. F. betroffen zu sein.

4. Schicksal der Grundschuld

Fraglich ist, ob der Darlehensnehmer einen Anspruch auf Rückgabe der Grundschuld hat. Dieser Anspruch ergibt sich grundsätzlich auch aus § 3 Abs. 1 HWiG a. F., denn die Grundschuld hat der Darlehensnehmer im Rahmen des widerrufenen Vertragsverhältnisses der Bank überlassen. Jedoch ist die Bank zu einer Rückgabe der Grundschuld nur Zug um Zug gegen Zahlung der Nettodarlehensvaluta nebst Zinsen verpflichtet (§ 4 HWiG a. F.).

Eine andere Frage ist, ob die Bank aus dieser Grundschuld vollstrecken darf, um ihre Zahlungsansprüche gegen den Darlehensnehmer zu befriedigen. Entschieden hat der BGH, dass im Falle einer weiten Zweckerklärung die Grundschuld nach wie vor die Ansprüche der kreditgebenden Bank sichert, auch die Rückzahlungsansprüche gemäß HWiG³². Denn durch die weite Zweckerklärung werden alle Zahlungsansprüche der Bank aus der Geschäftsbeziehung abgesichert, auch künftige, und gleich aus welchem Rechtsgrund.

Fraglich ist, ob sich hieran etwas ändert, wenn – wie im Beispielfall – der Darlehensnehmer auch die Zweckerklärung nach dem HWiG widerruft. Diese Lage entspricht der Situation einer formularmäßigen weiten Sicherungszweckerklärung bei Drittsicherheiten, die nach ständiger Rechtsprechung des BGH wegen Verstoß gegen § 3 AGBG a. F. nichtig ist³³. Nach der so genannten Anlass-Rechtsprechung des BGH³⁴ sichert die Grundschuld in diesem Fall dennoch zumindest den Rückzahlungsanspruch der Bank hinsichtlich der Darlehensvaluta nebst Zinsanspruch ab. Da der BGH hier eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vornimmt, kann es keinen Unterschied machen, ob der Rückzahlungsanspruch der Bank auf dem Darlehensvertrag oder auf § 3 Abs. 1 HWiG a. F. beruht. Bei Nichtigkeit des Kreditvertrages sind Rückgewähransprüche stets kraft unterstelltem Parteiwillen als gesichert anzusehen³⁵. Gleiches hat zu gelten unter Anwendung der Anlass-Rechtsprechung bei Unwirksamkeit der Zweckerklärung.

Also wird der Zahlungsanspruch der B-Bank gegen DN in Höhe von 200 000 € nebst Zinsen nach wie vor durch die Grundschuld abgesichert. Daher muss die B-Bank die Grundschuld derzeit nicht nur nicht zurückgeben, sondern kann sogar daraus vollstrecken.

IV. Fazit

Durch die Parallelität der Zinssätze lassen sich praktikable, leicht zu rechnende Rückabwicklungsverfahren von widerrufenen Realkreditverträgen erzielen. Die Marktüblichkeit der Zinsen ist anhand der jeweiligen Monatsberichte der Deutschen Bundesbank einfach zu ermitteln. Eine etwaige Teilaufrechnung von Seiten der Bank, durch die die Ansprüche des Darlehensnehmers zum Erlöschen gebracht werden, erleichtert das weitere

29) Palandt/Putzo (Fußn. 18), § 4 HWiG RdNr. 1; § 273 BGB RdNr. 19.

30) BGHZ 116, 244, 249.

31) St. Rspr. des BGH, zuletzt BGH, BKR 2003, 112, 114, m. w. N.

32) BGH, BKR 2003, 103, 105.

33) BGHZ 83, 56, 59 f.; BGHZ 131, 55, 60.

34) BGHZ 131, 55, 60.

35) MünchKommBGB/Eickmann, 3. Aufl., 1997, § 1191 RdNr. 38; BGH, NJW 1968, 1134.

Verfahren. Es bleiben dann nur noch Zahlungsansprüche der Bank übrig, die dazu noch durch die Grundpfandrechte abgesichert sind.

Die konsequente Anwendung der Rechtsprechung des BGH führt – entgegen vieler Stimmen aus dem Lager der Darlehens-

nehmer und Verbraucherschützer, insbesondere nach der „Heiniger“-Entscheidung des EuGH – nicht zu Verlusten der Banken, sondern vielmehr zu frühzeitigen Rückzahlungsansprüchen hinsichtlich der Darlehensvaluta.

Die mit † gekennzeichneten Entscheidungen des BGH sind zum Abdruck in der amtlichen Sammlung vorgesehen. Die Entscheidungen werden in der Regel ungekürzt abgedruckt. Bei Entscheidungen der Instanzgerichte werden die Tatbestände zum Teil abgekürzt wiedergegeben. Kürzungen in den Entscheidungsgründen werden gekennzeichnet, sofern es sich nicht um Nebenentscheidungen oder Bezugnahmen auf die Gerichtsakten handelt. Hinzufügungen der Redaktion sind kursiv gesetzt.

Kreditrecht

Zulässige Verjährungseinrede des Bürgen auch nach Untergang des Hauptschuldners

§ 768 Abs. 1 Satz 1 BGB

Leitsatz des Gerichts:

Der Bürge kann sich auch dann gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB mit Erfolg auf die Verjährung der Hauptschuld berufen, wenn die Hauptschuldnerin nach der Übernahme der Bürgschaft wegen Vermögenslosigkeit und/oder Löschung im Handelsregister als Rechtsperson untergegangen ist und aus diesem Grund die gegen sie gerichteten Forderungen weggefallen sind.

BGH, Urt. v. 28. 1. 2003 – XI ZR 243/02 (Vorinstanzen: KG Berlin, LG Berlin) †

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus einer Bürgschaft für Verbindlichkeiten einer GmbH in Anspruch, deren Geschäftsführer der Beklagte war.

Die Klägerin betreibt ein Abfall- und Schuttbeseitigungsunternehmen, das für die Hauptschuldnerin verschiedene Aufträge ausgeführt hatte. Nachdem ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Hauptschuldnerin mangels Masse rechtskräftig abgewiesen und deren Auflösung im Handelsregister im April 1996 eingetragen worden war, unterzeichnete der Beklagte am 9. September 1996 eine Bürgschaft. In dieser heißt es, die Hauptschuldnerin schulde der Klägerin per 30. Januar 1996 24 741,47 DM, der Beklagte verbürge sich dafür, dass die Hauptschuldnerin ihren Zahlungs- und vertraglichen Verpflichtungen vereinbarungsgemäß nachkomme. Am 31. August 2000 wurde die Hauptschuldnerin wegen Vermögenslosigkeit von Amts wegen im Handelsregister gelöscht. Mit der am 16. Mai 2001 eingereichten Klage hat die Klägerin den Beklagten im Urkundsprozess auf Zahlung von 24 741,47 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen. Der Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Kammergericht hat ihr auf die

Berufung der Klägerin in der Hauptsache stattgegeben. Mit der – zugelassenen – Revision begehrt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet; sie führt zur Abweisung der Klage.

I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Gegenüber der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft könne sich der Beklagte nicht mit Erfolg nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Einrede der Verjährung der Hauptschuld berufen. Die Hauptschuld sei nicht verjährt, weil sie vor dem Eintritt der Verjährung infolge Wegfalls der Hauptschuldnerin untergegangen sei. Die Hauptschuldnerin sei mit ihrer Löschung im Handelsregister am 31. August 2000 als Rechtsperson untergegangen. Die maßgebliche vierjährige Verjährungsfrist des § 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB a. F. sei in diesem Zeitpunkt noch nicht vollendet gewesen. Sie sei vielmehr spätestens Ende des Jahres 2000 abgelaufen. Der Beklagte hafte auch ungeachtet der Tatsache, dass die Klägerin die Bürgschaftsforderung nicht innerhalb der für die (fiktive) Hauptschuld laufenden Frist verjährungsunterbrechend geltend gemacht habe. Der Bürge könne sich nämlich nicht mit Erfolg auf die Verjährung der Hauptschuld berufen, wenn eine juristische Person als Hauptschuldnerin vor Ablauf der Verjährungsfrist vermögenslos geworden, im Handelsregister gelöscht und deshalb nicht mehr parteifähig sei.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen durchsetzbaren Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB. Das gilt, ohne dass es einer Entscheidung der Frage bedarf, ob die Hauptschuldnerin wegen Vermögenslosigkeit und/oder Löschung im Handelsregister als Rechtsperson untergegangen ist (vgl. dazu BGHZ 48, 303, 307; BGHZ 82, 323, 326; *Scholz/Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl., § 60 RdNr. 56; *Ulmer*, in: *Hachenburg*, GmbHG, 7. Aufl., § 60 RdNr. 16).

1. Ist die Hauptschuldnerin nicht untergegangen und die Hauptforderung aus diesem Grund auch nicht weggefallen, so ist durch die Vereinbarung vom 9. September 1996 eine wirksame Bürgschaftsverpflichtung entstanden. Der Beklagte kann in diesem Fall einem Anspruch der Klägerin aus der Bürgschaft gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB die Einrede der Verjährung der Hauptschuld entgegenhalten. Die spätestens im Jahre 1996