

Internationale Entscheidungszuständigkeit und anwendbares Recht bei Bürgschaften mit Auslandsbezug

– Unter besonderer Berücksichtigung des Beschlusses des BGH vom 20.2.2003 – IX ZR 9/00 und des Urteils des OLG Dresden vom 18.11.1999 – 8 U 1143/99 –

Von Rechtsanwalt Steffen Furché, Dresden

Einleitung

Der Bundesgerichtshof hat mit Nichtannahmebeschluss vom 20.2.2003 entschieden, dass eine einseitig durch den Bürgen unterzeichnete Gerichtsstandsvereinbarung im Bürgschaftsformular jedenfalls dann als formwirksam angesehen werden kann, wenn die zunächst dem Bürgen ins Ausland zugesandte und durch ihn mittels Unterzeichnung erklärte Bürgschaft alsbald durch das Kreditinstitut schriftlich bestätigt wurde. In diesem Falle ist für Streitigkeiten aus dem Bürgschaftsvertrag trotz des ausländischen Wohnsitzes des Bürgen das Gericht am Sitz des jeweiligen Kreditinstitutes örtlich und international fakultativ zuständig.

Der Beschluss des Bundesgerichtshofes und das darin im Wesentlichen bestätigte Urteil des Oberlandesgerichtes Dresden geben Anlass, am Beispiel des beiden Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhaltes die bei der Bürgschaftsinanspruchnahme auftretenden Problemkreise aufzugreifen und Schlussfolgerungen für die präventive Vertragsgestaltung bei vergleichbaren Kreditsicherungsgeschäften mit Auslandsbezug zu ziehen.

I. Ausgangslage

Einer Bank oder Sparkasse, die das Engagement zum Hauptschuldner gekündigt hat und deren Bürge entweder von Anfang an im Ausland lebte oder aber nach Abschluss des Bürgschaftsvertrages - meist in der Krise oder nach Kündigung der Hauptschuldnerin - seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt dorthin verlegte, stellen sich bei gerichtlicher Inanspruchnahme des Bürgen regelmäßig zwei Fragen, von deren Beantwortung ganz entscheidend der Ausgang des Prozesses für das Kreditinstitut abhängen kann.

Einmal fragt sich, wo das Kreditinstitut klagen muss. Hierbei kann örtlich und international das Gericht - meist Landgericht - am Sitz des Kreditinstitutes oder das hierfür „sachlich“ berufene Gericht am Wohnsitz des Bürgen zuständig sein.

Die zweite Frage ist nach internationalem Privatrecht (IPR) die, welches Recht auf den Bürgschaftsvertrag anwendbar ist. In Betracht kommt das Recht des Wohnsitzstaates oder deutsches materielles Zivilrecht.

Nicht selten hat das Kreditinstitut ein erhebliches Interesse einmal an der Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit und zum anderen an der Anwendbarkeit des deutschen Rechtes. Das begründet sich regelmäßig mit der Vermeidung teils unüberschaubarer Pro-

zessrisiken, die ein ausländischer Gerichtsprozess unter Anwendung ausländischen Rechtes mit sich führen kann. So bedarf es beispielsweise nach Art. 494 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechtes (OR) zur Wirksamkeit der Bürgschaft der Zustimmung der Ehefrau. Auch vielen europäischen Mitgliedstaaten ist dieses Zustimmungserfordernis nicht fremd. Zudem können sich im Einzelfall durchgreifende Formmängel ergeben, wenn etwa die Bürgschaftserklärung öffentlich beurkundet sein muss, um nicht mit einer rechtshindernden Einwendung versehen zu sein; so beispielsweise Art. 493 Abs. 2 Satz 1 OR für das Schweizer Recht¹. Wengleich mit der internationalen Zuständigkeit eines ausländischen Gerichtes rechtlich nicht die Frage nach dem anwendbaren Recht beantwortet ist, muss in der Rechtswirklichkeit festgestellt werden, dass sich ein ausländischer Richter verständlicherweise schwer darin tut, die Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrages nach deutschem Recht zu beurteilen und etwaige Schutzmechanismen für den Bürgen nach nationalem Recht außer Betracht zu lassen. Zudem kann ausnahmsweise die internationale Zuständigkeit einen prägenden Einfluss auf das anwendbare Recht ausüben. Im Gegensatz zur Auslegung des IPR anderer europäischer Staaten² soll beispielsweise nach der instanzgerichtlichen Rechtsprechung in Frankreich aufgrund der Ausweichklausel nach Art. 28 Abs. 5 EGBGB das Recht maßgeblich sein, welches auf die Hauptschuld anwendbar ist³. Andererseits kann es sich im Einzelfalle etwa vor dem Hintergrund eines schnellen Vollstreckungszugriffes als sachdienlicher und effektiver erweisen, unmittelbar im Ausland zu klagen. Einige Rechtsordnungen ausländischer Staaten stellen beispielsweise bei der dinglichen Arrestierung des ausländischen Vermögens im Zuge der Rechtshängigkeit der Bürgschaftsklage nicht solch hohe Anforderungen, wie das nach deutschem Recht⁴ der Fall ist.

Die bankmäßige Formularpraxis, insbesondere die des Sparkassenverlages will die (fakultative) Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit trotz des Wohnsitzes des Bürgen im Ausland durch eine Gerichtsstandsvereinbarung erreichen, die sich unmittelbar im Bürgschaftsvertrag selbst findet. Das Problem hierbei ist, dass nach dem Urteil des IX. Zivilsenates des BGH

¹ Zu ähnlichen Forderungen für das deutsche Recht aus rechtspolitischer Sicht vgl.: *Bydlinski*, in: WuB I F 1 a. - 12.01.

² Für Deutschland: BGH WM 1993, 496 = WuB I F 1 a. - 8.93 Thode = NJW 1993, 1126; LG Hamburg RIW 1993, 144; nur der Bürge erbringt Leistung, so dass auf das Recht an seinem Staat abzustellen ist.

³ *Weiter*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Bd. III, 2. Aufl. 2001, § 118 Rdn. 41 Fn. 8 m.w.N.

⁴ § 917 Abs. 1 und 2 ZPO.

vom 22.2.2001⁵ diese Art von Gerichtsstandsvereinbarung für sich allein genommen rechtlich unwirksam ist.

Hingegen folgt die Anwendbarkeit des deutschen Rechtes aus Nr. 6 AGB-Sparkassen⁶, wonach auf die Geschäftsbeziehung vorbehaltlich unabdingbarer Vorschriften deutsches Recht zur Anwendung gelangt und als Erfüllungsort der Sitz der Sparkasse deklariert wird. Zwar handelt es sich hierbei um eine eindeutige explizite Rechtswahlvereinbarung. In der Praxis zeigt sich indes in einer Vielzahl von Fällen, so auch im nunmehr entschiedenen Fall vor dem BGH, dass die Einbeziehung der AGB bei Vertragsunterzeichnung außerhalb der Geschäftsstelle mit erheblichen Nachweisproblemen behaftet ist.

Beiden Problemkreisen kann durch eine klare Vertragsgestaltung aus dem Wege gegangen werden.

II. Zum Sachverhalt

Die klagende Sparkasse nahm den Beklagten im Urkundenprozess aus einer Höchstbetragsbürgschaft in Anspruch.

Der Beklagte war bei Unterzeichnung des Vertrages und im Zeitpunkt der Bürgschaftsinanspruchnahme schweizerischer Staatsangehöriger und hatte in der Schweiz seinen Wohnsitz.

Die klagende Sparkasse übersandte dem Beklagten die auf 100 000,- DM limitierte Bürgschaftserklärung per Post in die Schweiz nebst - wie die Sparkasse behauptete - ihrer AGB-Sparkassen. Das einseitige Bürgschaftsvertragsformular war bei Versand durch die Sparkasse bereits vollständig ausgefüllt und im Kopf mit einem auf die Rechtsvorgängerin der Klägerin hindeutenden Stempel versehen. Zum Zwecke der Überprüfung der Echtheit der Unterschrift des Beklagten belieh sich die Klägerin einer Spar- und Leihkasse in der Schweiz, wo der Beklagte am 7.11.1994 unterzeichnete und anschließend ein Formular an die klagende Sparkasse zurücksandte.

Unter Nr. 8 der Bürgschaftserklärung fand sich eine an die Grunderfordernisse des § 38 Abs. 1 bis 3 ZPO angelehnte Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten des allgemeinen Gerichtsstandes der Sparkasse.

Unter Nr. 10 des Bürgschaftsvertrages wies die verwendende Sparkasse darauf hin,

„dass ergänzend ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) Bestandteil der Bürgschaft sind. Die AGB hängen/liegen in den Kassenräumen der Sparkasse zur Einsichtnahme aus.“

Als Art Bearbeitungsvermerk bzw. Erinnerung für den Sachbearbeiter der Sparkasse fand sich im untersten Teil der Bürgschaftserklärung unter dem Legitimationsvermerk folgender auf die Einbeziehung der AGB hindeutender Zusatz:

„Jeder Vertragspartner der Sparkasse erhält ein Exemplar der AGB, soweit mit ihm keine Geschäftsverbindung besteht und der Vertragsabschluss außerhalb der Sparkasse erfolgt.“

Die damals geltenden AGB-Sparkassen sahen unter Nr. 6 vor:

„(1) Deutsches Recht

Auf die Geschäftsbeziehung findet vorbehaltlich der in Artikel 29 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) geregelten Ausnahmen deutsches Recht Anwendung.

(2) Erfüllungsort

Erfüllungsort für die Sparkasse und den Kunden ist der Sitz der Sparkasse.“

Mittels Formularschreiben der Klägerin an den Beklagten vom 9.1.1995 setzte die Klägerin den Beklagten benachrichtigend von Art und Umfang der Hauptschuld per 6.1.1995 in Kenntnis und teilte mit, dass die Bürgschaft nach wie vor als Kreditsicherung benötigt werde. Dieses Schreiben war durch zwei Mitarbeiter der Klägerin unterzeichnet.

Die Bürgschaftserklärung des Beklagten vom 7.11.1994 beinhaltete eine weite Zweckerklärung und wurde zunächst aus Anlass eines Kontokorrentkredites an die Hauptschuldner-GmbH erklärt, zu der der Beklagte 10 %iger Gesellschafter und alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer war.

Zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Bürgschaftsvertrages belief sich die zugesagte Kontokorrentkreditlinie auf 200 000,- DM. Das Geschäftsgirokonto der Hauptschuldnerin, auf dem der anlassbildende Kontokorrentkredit eingeräumt wurde, verfügte zum Zeitpunkt der Kündigung des Gesamtengagements im April 1998 über einen debitorischen Saldo i.H.v. circa 520 000,- DM.

Das Landgericht Chemnitz⁷ hat der Klage unter Bejahung seiner internationalen Zuständigkeit und der Anwendbarkeit deutschen Rechtes stattgegeben.

Das Oberlandesgericht Dresden⁸ hat, nachdem es zunächst einige Zweifel zur Formwirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung - geäußert durch einen Hinweisbeschluss - hegte, die Berufung des Beklagten gegen das Vorbehaltsurteil zurückgewiesen.

Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 20.2.2003⁹ die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Dresden vom 18.11.1999 nicht angenommen.

III. Die Entscheidungen der Gerichte

Im Ergebnis bejahten alle drei Instanzen die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit, die Anwendbarkeit deutschen Rechtes und die Wirksamkeit der Bürgschaft im Übrigen.

Der Bundesgerichtshof nahm die Revision deshalb nicht an, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung und die Revision im Ergebnis keine Aussicht auf Erfolg hatte (§ 554b ZPO a.F.).

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes genügte die in der Bürgschaftsurkunde enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung der von Art. 17 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a Alt. 2 LugÜ geforderten Form, weil die Klägerin mit Schreiben vom 9.1.1995 den zuvor gemäß § 151 BGB wirksam zustande gekommenen Bürgschaftsvertrag schriftlich bestätigt habe. Die Ausführungen des Berufungsgerichtes zur Geltung deutschen Rechtes und zur Wirksamkeit der Bürgschaft waren nach Ansicht des Bundesgerichtshofes revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

1. Internationale Zuständigkeit – Gerichtsstandsvereinbarung

Zu Recht haben alle drei Instanzen im Ergebnis die internationale Entscheidungszuständigkeit der deutschen Gerichte bejaht.

⁵ BGH WM 2001, 768 = WuB VII C. – 1.01 Nassall.

⁶ Nr. 6 Abs. 1 AGB-Banken.

⁷ LG Chemnitz, Urteil vom 16.3.1999 – 1 O 4966/98.

⁸ OLG Dresden, Urteil vom 18.11.1999 – 8 U 1143/99.

⁹ BGH, Beschluss vom 20.2.2003 – IX ZR 9/00.

Das Landgericht setzte sich mit der Frage der Formwirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung im Sparkassenverlagsformular nicht auseinander. Es unterstellte auf der Grundlage des § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO eine schriftlich abgeschlossene Vereinbarung. Das Oberlandesgericht Dresden erkannte bei der Subsumtion des Art. 17 Abs. 1 LugÜ die grundsätzliche Problematik der zweiseitigen, wenn auch sogenannten „halben“ Schriftlichkeit, die streitgegenständlich dadurch aufgeworfen wurde, dass die klagende Sparkasse das Bürgschaftsvertragsformular nur zum Zwecke der Legitimationsprüfung, nicht aber auch zu übrigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen unterzeichnete. Es sah indes anders als der Bundesgerichtshof eine „schriftlich geschlossene“ Vereinbarung i.S.v. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a 1. Alt. LugÜ bei „normzweckorientierter Betrachtung“ schon dann als gegeben an,

„wenn - wie hier - eine unterschriftsreif von der deutschen Bank oder Sparkasse vorbereitete und anschließend dem im Ausland wohnhaften Bürgen zugesandte Formularbürgschaftsurkunde, in welcher für eine Klage des Kreditinstitutes als (fakultativer) Gerichtsstand dessen Sitz bestimmt ist, vom Bürgen unterzeichnet und an die Gläubigerin zurückgeleitet wird“¹⁰.

Der Bundesgerichtshof, der mit Urteil vom 22.2.2001¹¹ gerade diese Interpretation am Beispiel des Sparkassenverlagsformulars und auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a LugÜ verneinte, akzeptierte die formularmäßige Gerichtsstandsvereinbarung diesmal nur deshalb als formwirksam, weil sie mittels Schreiben der Sparkasse vom 9.1.1995 schriftlich bestätigt wurde.

a) Die für die Prüfung der Gerichtsstandsvereinbarung maßgebliche Bestimmung

Das Oberlandesgericht hatte sich zunächst grundlegend mit der Frage auseinander zu setzen, anhand welcher Norm die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung gemessen werden muss.

Das Landgericht erkannte zwar die Existenz des Luganer Übereinkommens vom 16.9.1988 (LugÜ) und die Möglichkeit seines Vorrangs vor originären nationalem Recht. Es erklärte indes § 38 Abs. 2 ZPO für anwendbar.

Das Abkommen trat für die Schweiz am 1.1.1992 und für die Bundesrepublik Deutschland am 1.3.1995 in Kraft. Deshalb gab es im entschiedenen Fall zwei denkbare Lösungen bei der Ermittlung des anwendbaren Rechtes. § 38 ZPO wäre anwendbar gewesen, stellte man auf den Bürgschaftsvertragsschluss im November 1994 ab. Die *lex specialis* Art. 17 LugÜ wäre der richtige Maßstab, käme es zur Anwendbarkeit auf den Zeitpunkt der Klageerhebung oder aber des Entstehens von Rechtsstreitigkeiten an, was hier nach dem 1.3.1995 der Fall war.

Das Oberlandesgericht schloss sich der überwiegend in der Rechtsprechung¹² zu Art. 17 Abs. 1 EuGVÜ vertretenen Auffassung an, wonach die Klageerhebung maßgeblich ist.

Die überwiegend in der Literatur¹³ vertretene Ansicht, die den Abschluss der Gerichtsstandsvereinbarung als maßgeblich betrachtet und durch das Landgericht geteilt wurde, verwarf das Oberlandesgericht.

Wengleich die Begründung der Rechtsprechung schwerlich zu überzeugen vermag, ist davon auszugehen, dass sich die Gerichte auch künftig der prägenden Wirkung des EuGH nicht entziehen können. Der

EuGH¹⁴ meint zur Begründung des wesentlichen Zeitpunktes, die Gerichtsstandsvereinbarung sei

„ihrem Wesen nach eine Zuständigkeitsoption, die ohne rechtliche Folgen bleibe, solange kein gerichtliches Verfahren eingeleitet sei, und die erst dann Wirkungen entfalte, wenn eine Klage erhoben werde“.

Unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes lässt sich diese Ansicht nicht vertreten. Es kommt zur Wirksamkeitsbeurteilung einer vertraglichen Vereinbarung nicht darauf an, wann der vertraglich geregelte Gegenstand Wirkungen entfaltet. Entscheidend kann vielmehr nur der Zeitpunkt sein, zu dem sich die Parteien des Vertrages hierüber einig werden. Die Parteien müssen zum Zeitpunkt der Abgabe ihrer Willenserklärungen in der Lage sein, das hierzu geltende Recht zu recherchieren und auf seinen abschließenden Bestand vertrauen können. Ebenso kommt es grundsätzlich zur Beurteilung einer Bürgschaftserklärung auf die tatsächlichen Verhältnisse und Rechtsnormen (nicht aber auch die Rechtsprechung¹⁵) im Zeitpunkt der Bürgschaftserklärung¹⁶ an. Eine spätere Veränderung der Gesetzeslage, etwa durch Transformation internationalen Rechtes in nationales Gesetz kann angesichts des Rechtsstaatsprinzips nicht geeignet sein, in zuvor wirksam geschlossene Verträge einzugreifen. Dies wird gestützt durch die Überlegung, das je weiter das Vertragsverhältnis voranschreitet, der Bürge umso weniger Willens sein wird, eine neue Gerichtsstandsvereinbarung zu unterzeichnen.

Im Ergebnis kommt es auf eine Klärung der unterschiedlichen Standpunkte in Rechtsprechung und Schrifttum jedoch nicht an, zumal angesichts der Formfordernisse einer Gerichtsstandsvereinbarung § 38 ZPO und Art. 17 LugÜ sowie Art. 17 EuGVÜ die gleichen Voraussetzungen aufstellen.

Im Verhältnis zum Brüsseler Übereinkommen vom 27.9.1968¹⁷ war das LugÜ nach Art. 54b Abs. 1 und Abs. 2 Buchst. a LugÜ anwendbar, zumal die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit für einen Beklagten zu klären war, der seinen Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet der Schweiz als Vertragsstaat hatte.

b) Formwirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung im Bürgschaftsvertrag

Nach Art. 17 Abs. 1 Satz 2 LugÜ muss ebenso wie nach dem gleichlautenden Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EuGVÜ die Prorogation schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung geschlossen werden. Der Bundesgerichtshof sah in seiner Entscheidung vom 20.2.2003 die Vereinbarung nur nach der 2. Alt. des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a LugÜ als formwirksam an, weil der zuvor nach § 151 BGB geschlossene Bürgschaftsvertrag im Nachhinein schriftlich bestätigt wurde.

¹⁰ OLG Dresden, Urteil vom 18.11.1999 - 8 U 1143/99, S. 10.

¹¹ WM 2001, 768 = WuB VII C. - 1.01 Nassall.

¹² EuGH RIW 1980, 285, 286; BGH WM 1976, 401.

¹³ MünchKomm/Gottwald, ZPO, 2. Aufl. 2001, Art. 17 EuGVÜ Rdn. 13, Fn. 29 m.w.N.; Bork, in: Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl. 1993, § 38 Rdn. 25; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2001, Rdn. 1645; ders., in: Zöller, ZPO, 23. Aufl. 2002, Art. 2 GVÜ Rdn. 9, 17.

¹⁴ EuGH RIW 1980, 285, 286.

¹⁵ Grds. kein Vertrauensschutz: Schimansky, WM 2001, 1889 ff. m.w.N., im Ergebnis ebenso, jedoch grds. die Frage des Vertrauensschutzes offenlassend: BGH WM 2002, 1347, 1349 f. = WuB I F 1 a. - 18.02 D. Schanbacher.

¹⁶ BGH WM 2002, 919, 921 f. Prognoseentscheidung = WuB I F 1 a. - 17.02 D. Schanbacher.

¹⁷ BGBl. II 1972, S. 774, i.d.F. des 3. Beitrittsübereinkommens vom 26.5.1998, BGBl. II 1994, S. 519.

aa) Standpunkte im Einzelnen

(1) Die restriktive Auslegung durch den Bundesgerichtshof

Der Bundesgerichtshof¹⁸ betrachtet eine Gerichtsstandsvereinbarung innerhalb eines Bürgschaftsvertrages dann als formunwirksam i.S.v. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a LugÜ bzw. EuGVÜ, wenn - wie in der Bankpraxis aufgrund des einseitig verpflichtenden Charakters der Bürgschaft üblich - der Vertrag nur durch den Bürgen unterzeichnet wird und der Gläubiger nur zur Legitimationszwecken unterschreibt. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes ist der sogenannten „halben Schriftlichkeit“¹⁹ auch dann nicht Rechnung getragen, wenn das Kreditinstitut das zuvor in der Geschäftsstelle erläuterte Vertragsformular in vollständig ausgefüllter Form dem Bürgen zur Unterzeichnung ins Ausland zusendet und dieser es nach Unterschrift wieder zurückreichert, ohne dass das Kreditinstitut die Bürgschaftserklärung (nochmals) bestätigt.

Als schriftlich geschlossen i.S.v. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 LugÜ bzw. EuGVÜ betrachtet der Bundesgerichtshof eine Gerichtsstandsvereinbarung im Grundsatz nur dann, wenn jede Partei ihre Willenserklärung schriftlich abgegeben hat. Das kann - abweichend von § 126 Abs. 2 BGB - auch in getrennten Schriftstücken geschehen, sofern aus ihnen die inhaltliche Übereinstimmung beider Erklärungen hinreichend deutlich hervorgeht²⁰. In Anlehnung an das überwiegende Schrifttum²¹ meint der BGH dabei, dass bei der *Übermittlung durch moderne Kommunikationsmittel* auf eine handschriftliche Unterzeichnung verzichtet werden kann. Der Bundesgerichtshof betonte in der Entscheidung vom 22.2.2001 jedoch, dass er im Weiteren keine Stellungnahme zur Frage schuldig war, inwieweit die Unterschrift auch darüber hinaus - bei möglicher Unterzeichnung - verzichtbar ist. In jedem Falle könne aber nur dann von einer schriftlichen Willenserklärung die Rede sein, wenn sie in einem sichtbaren Text verkörpert sei, der den Urheber erkennen lasse. Der Bundesgerichtshof fordert eine schriftliche Willenskundgabe beider Parteien, die aufgrund der o.g. Zusendungsprozedur seitens des Kreditinstitutes nicht zu sehen sei, weil der Bürgschaftsvertrag nur Erklärungen des Bürgen enthalte und damit lediglich einen Entwurf einer Erklärung des Bürgen an den Gläubiger gleich komme.

Der Bundesgerichtshof vertritt ferner den Standpunkt, dass auch der 2. Alt. des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a LugÜ bzw. EuGVÜ allein dadurch nicht genüge getan ist, dass vor Unterzeichnung im Ausland in der Geschäftsstelle des Gläubigers das Formular durch den Kundenberater der Bank erläutert werde. Eine schriftliche Bestätigung sei in der Zusendung des unterzeichneten Bürgschaftsformulars durch den Bürgen nur dann zu sehen, wenn zuvor in kongruenter Weise rechtsgeschäftliche Erklärungen ausgetauscht wurden.

(2) Teleologische Erweiterung durch das Oberlandesgericht Dresden

Das Oberlandesgericht Dresden²² meint, bei normzweckorientierter Betrachtung auf die unterschriebene Gerichtsstandserklärung des Kreditinstitutes verzichten zu können. Der Bürge werde schon das vollständig ausgefüllte unterschriftsreife Bürgschaftsformular als bindende äußerliche Gerichtsstandserklärung des Kreditinstitutes begreifen, weshalb im Rechtsverkehr eine

nochmalige Bestätigung als „übertriebene Förmerei“ anzusehen sei. Zum gleichen Ergebnis kommt *Wendt Nassall*²³, nach dessen Ansicht jedenfalls beim vollständig ausgefüllten Bürgschaftsformular schon in der Zusendung durch das Kreditinstitut eine ausreichendes Angebot zu sehen ist.

bb) Stellungnahme

Die überspitzten Formanforderungen im Urteil des Bundesgerichtshofes vom 22.2.2001 überzeugen nicht. Mit dem Nichtannahme-Beschluss des IX. Zivilsenates schlägt der Bundesgerichtshof im Ergebnis den begrüßenswerten Weg ein, der zur partiellen Änderung der Rechtsprechung vom 22.2.2001 führen und durch den nunmehr²⁴ für Bürgschaftssachen zuständigen XI. Zivilsenat verfolgt werden sollte. Im Ergebnis ist dem Oberlandesgericht Dresden und der erwähnten Ansicht im Schrifttum zu folgen.

Zwar spricht zunächst der Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a 1. Alt. LugÜ bzw. EuGVÜ für die enge förmliche Auslegung dieser Bestimmung. Eine schriftliche Gerichtsstandsvereinbarung wird abgesehen von besonderen Vertragstypen und modernen Kommunikationsmitteln in der Regel nur dann gegeben sein, wenn zumindest zwei schriftliche und auch unterzeichnete Willenserklärungen vorliegen, die sich ihrem Inhalt nach decken, nicht aber auch notwendigerweise in einer einzigen Urkunde enthalten sein müssen. Bei genauerer Wortlautanalyse zeigt sich indes, das abhängig vom konkreten Vertragstyp, auf den sich die Gerichtsstandsvereinbarung bezieht, die wörtliche Auslegung unergiebig ist, zumindest aber auch für die gegenteilige erweiternde Ansicht spricht.

So ist trotz des einseitig verpflichtenden Charakters der Bürgschaft in § 765 Abs. 1 BGB vom Bürgschaftsvertrag die Rede, der zu seiner Gültigkeit der Schriftform des § 766 Satz 1 BGB bedarf, wenn er nicht mit der rechtshindernden Einwendung des § 125 Satz 1 BGB belastet sein soll. Auch ein einseitig verpflichtender Vertrag kommt nach den allgemeinen Regeln nur durch Angebot und Annahme nach den §§ 145 ff. BGB zustande. Ist der Bürgschaftsvertrag bei Versand durch das Kreditinstitut vollständig ausgefüllt, enthält er mithin alle essentialia negotii, die die Bürgschaft i.S.v. § 765 Abs. 1 BGB kennzeichnen, ist im Zugang des Bürgschaftsformulars beim Bürgen sehr wohl eine bindende Angebotserklärung²⁵ zu sehen, die der Bürge durch Unterzeichnung annehmen kann, so dass mit Zugang dieses Vertrages beim Kreditinstitut der schriftliche Bürgschaftsvertrag wirksam zustande gekommen ist. Deshalb kommt es einer aus der Perspektive eines reibungslosen Rechtsverkehrs unnatürlichen Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorganges gleich, wenn für den Bürgschaftsvertrag das Angebot schon in der Zusendung durch den Gläubiger und beim Gerichtsstandsvertrag erst in der Zurücksendung durch

¹⁸ BGH WM 2001, 768 = WuB VII C. - 1.01 *Nassall*.

¹⁹ Vgl. *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, 23. Aufl. 2002, § 38 Rdn. 27.

²⁰ BGH WM 1994, 1088 = NJW 1994, 2699, 1700.

²¹ MünchKomm/Gottwald, a.a.O. (Fn. 13), Art. 17 EuGVÜ Rdn. 17; *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 1998, Art. 17 Rdn. 30; *Killias*, Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen, 1993, S. 157 f.

²² OLG Dresden, Urteil vom 18.11.1999 - 8 U 1143/99, S. 10 f.

²³ *Nassall*, in: WuB VII C. - 1.01.

²⁴ Nach dem Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofs ist der XI. Zivilsenat seit 1.1.2001 an Stelle des IX. Zivilsenates für Bürgschaftssachen zuständig.

²⁵ Vgl. BGHZ 116, 77, 81 = WM 1992, 87 = WuB VII A. § 38 ZPO 2.92 *Thode*.

den Bürgen liegen soll. In diesem Zusammenhang überzeugt die Ansicht des Senates nicht, wonach in der Zuleitung des vollständig ausgefüllten Bürgschaftsformulars, an dem das Kreditinstitut nach Unterzeichnung durch den Bürgen keinerlei Veränderungen mehr vornehmen muss, keine rechtsgeschäftliche Erklärung des Gläubigers abgegeben werde. Der Bundesgerichtshof begründet seine Einstufung als Entwurf einer an die Klägerin gerichteten Erklärung des Bürgen damit, dass nur einseitig durch den Schuldner verpflichtende Erklärungen abgegeben werden. Abgesehen davon, dass dies gerade für die spezielle Gerichtsstandsvereinbarung nicht zutrifft, weil diese eher einen zweiseitigen Wortlaut gebraucht, deckt sich diese in der Bankpraxis übliche Formulierungsweise mit dem erwähnten einseitig verpflichtenden Charakter der Bürgschaft. Wenn das Kreditinstitut bei einer Bürgschaft im Grundsatz nichts schuldet, muss es im Übrigen auch keine verpflichtenden Erklärungen in der Bürgschaft abgeben.

Die Teleologie einer Gerichtsstandsvereinbarung bestätigt diese Sichtweise. Eine Gerichtsstandsvereinbarung schließen die Parteien nicht ihrer selbst wegen. Sie bezieht sich vielmehr immer auf ein konkretes Rechtsverhältnis, aus dem unterschiedliche Ansichten erwachsen können. Sie wäre folglich eine „leere Hülse ohne Kern“, gäbe es keinen konkreten Vertrag, auf den sie sich beziehen kann. Es liegt folglich nicht fern, wenigstens in Punkto Formerfordernis eine Annäherung zwischen beidem zu erreichen. Zwar ist allgemein anerkannt, dass diese Annäherung nicht dergestalt erfolgen muss, dass die Gerichtsstandsvereinbarung der Form des Hauptvertrages genügen muss, wenn dieser höhere Anforderungen, etwa eine notarielle Beurkundung, stellt²⁶. Umgekehrt spricht aber vieles dafür, dass bei Schuldverhältnissen, die schon nach materiellem Zivilrecht der Schriftform bedürfen, die Art und Weise dieser Schriftform die Wirksamkeitsobergrenze für die Gerichtsstandsvereinbarung bildet. Denn der durch die Gerichtsstandsvereinbarung geregelte Vertrag stellt den Kernpunkt dieser Vereinbarung dar.

Auch der Sinn und Zweck der Formvorschriften § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO, Art. 17 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a LugÜ bzw. EuGVÜ gebietet keine andere Auslegung. Zutreffend stellt der Bundesgerichtshof darauf ab, dass die insofern aufgestellten Voraussetzungen eng auszulegen sind²⁷, weil die Formerfordernisse dieser Bestimmungen „gewährleisten sollen, dass die Einigung zwischen den Parteien zweifelsfrei feststeht“²⁸. Dahinter steht der Gedanke, dass für die Partei, deren Gerichtsstand abbedungen wird, mit der Prorogation einschneidende Folgen verbunden sein können. Bei einem schriftlichen unterzeichneten Vertrag, wie ihn der Sparkassenverlag verwendet, kann jedoch kein Zweifel an dem Feststehen der Vereinbarung aufkommen. Zu Recht betont vor diesem Hintergrund das Oberlandesgericht Dresden, dass aus der Sicht des Empfängerhorizontes des Bürgen mit Unterzeichnung des vollständig ausgefüllten Bürgschaftsformulars vernünftigerweise eine bindende Vereinbarung zu unterstellen ist, zu der es der Bürge als bloße Förmerei ansehen würde, wenn ihm die Bürgschaft nochmals zum Zwecke einer rechtsgeschäftlichen Erklärung zurückgesandt wird. Für den Bürgen gelten vielmehr alle Erklärungen mit Unterzeichnung und Zurücksendung des Vertrages als abgeschlossen. Überspitzter Formalismus, wie er hierin zum Ausdruck käme, soll angesichts der Teleologie der Bestimmungen vermieden werden²⁹. Ebenso wie beim Bürgschaftsvertrag wird auch bei der Gerichtsstandsvereinbarung durch die Unterschrift des Bürgen, zu dessen Nachteil

fakultativ ein anderes Gericht zuständig sein soll, dem Gesichtspunkt der Warnfunktion hinreichend Rechnung getragen.

Schließlich führt die nunmehr zu verzeichnende Judikatur des Bundesgerichtshofs zu praktischen Anwendungsschwierigkeiten und willkürlichen Ungleichbehandlungen vergleichbarer Lebenssachverhalte, die den Bundesgerichtshof veranlassen sollten, den nunmehr richtig eingeschlagenen Weg konsequenter weiter zu verfolgen.

Die Ungereimtheiten in der Rechtswirklichkeit bestehen einmal im zeitlichen Moment der Bestätigung bei allen in der üblichen Kreditsicherungspraxis bereits getroffenen Gerichtsstandsvereinbarungen und zum anderen in der Qualität der Bestätigung.

Inbesondere letztes Erfordernis wirft die Frage danach auf, welche Erklärung des Kreditinstitutes speziell geeignet ist, einen zuvor geschlossenen Bürgschaftsvertrag nebst Prorogation zu bestätigen. Bei Betrachtung des entscheidenden Unterschieds zwischen dem für den Gläubiger nachteilhaften Urteil vom 22.2.2001³⁰ und den den Gläubiger privilegierenden Beschluss vom 20.2.2003³¹, wird deutlich, welche Unbilligkeit ein überspitzter Formalismus zur Folge haben kann. Im jüngeren Beschluss war die Klage der Sparkasse letztlich nur deshalb zulässig, weil sie sich auf ein in der Sparkassenpraxis durchaus übliches sogenanntes Bürgenbenachrichtigungsschreiben berufen konnte, welches die Sparkasse zwei Monate nach Bürgschaftsvertragschluss an den Bürgen in die Schweiz versandte. Ohne ergänzende Vertragsauslegung ist unter eingeweihten Kreisen bekannt, dass ein derartiges Schreiben nichts mit einer Bestätigung des Bürgschaftsvertrages oder gar einer Gerichtsstandsvereinbarung zu tun hat. Dies konnte die Sparkasse also allgemein - und gerichtsbehaftet - mittels des Schreiben nicht gewollt haben. Der Zweck einer solchen deklaratorischen Benachrichtigung besteht nur darin, dem Bürgen Auskunft zum Stand der verbürgten Hauptschuld zu geben. Dass die Bürgschaft als Kreditsicherheit weiter benötigt wird, bis die gesicherte Forderung erfüllt ist oder der Bürge mit Recht kündigte, versteht sich auch ohne ein derartiges Schreiben. Umgekehrt ist, solange der Senat an dieser Auffassung festhält, qualitativ von äußerst geringen Anforderungen an das Bestätigungsschreiben auszugehen. Wenn das fragliche Benachrichtigungsschreiben diesen Anforderungen gerecht wird, dürfte auch ähnliche Korrespondenz etwa zur Erfüllung der vertraglichen Auskunftspflichtung des Bürgen zur Einkommens- und Vermögenslage ausreichend sein.

Zum zeitlichen Moment der Bestätigung ist zweifelhaft, bis wann diese erfolgen kann. Aufgrund der Begründung des Beschlusses vom 20.2.2003 ist davon auszugehen, dass nicht die zeitlichen Voraussetzungen des § 147 Abs. 2 BGB wenigstens entsprechend Geltung entfalten. Denn es geht nur um eine Bestätigung eines, wie der Bundesgerichtshof sagt, schon zuvor nach § 151 BGB wirksam zustande gekommenen Bürgschaftsvertrages. Gelten aber keine zeitlichen Grenzen, so kann die Bestätigung selbst noch nach Rechtshängigkeit erfolgen. Der Gläubiger, der den ausländischen Bürgen an seinem Gerichtsstand auf Zahlung verklagt, bestä-

²⁶ *Vollkommer*, a.a.O. (Fn. 19), § 38 Rdn. 8; BGHZ 69, 265 f. = WM 1977, 1450.

²⁷ Vgl. für den Bereich des EuGVÜ, EuGH NJW 1977, 494; 1997, 1431, 1432.

²⁸ BGH WM 2001, 768 = WuB VII C. - 1.01 Nassall.

²⁹ *Kropholler*, a.a.O. (Fn. 21), Art. 17 Rdn. 35 m.w.N.

³⁰ BGH WM 2001, 768 = WuB VII C. - 1.01 Nassall.

³¹ BGH, Beschluss vom 20.2.2003 - IX ZR 9/00.

tigt mit der Wahl dieses Gerichtes durch schlüssiges Handeln die Gerichtsstandsvereinbarung mit Rechtshängigkeit - Zustellung -. Dieser Gedankengang veranlasste den Prozessbevollmächtigten des Kreditinstitutes auf erste durch den OLG-Senat mittels Hinweis geäußerte Bedenken zur Form der Prorogation, den Bürgschaftsvertrag in der Berufungsinstanz auch noch durch die Klägerin/Berufungsbeklagte unterzeichnen zu lassen. Obwohl ein derartiges Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung streitgegenständlich nach § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO nicht bedenklich war³², verwarf es das Oberlandesgericht als „jedenfalls nicht zeitnah“³³. Zur mangelnden Rechtzeitigkeit der Bestätigung bzw. Unterzeichnung fehlt jegliche Begründung. Für die Kreditsicherungspraxis steht damit nur fest, dass höchstrichterlich bestätigt zwei Monate nach Vertragsschluss ausreichen; eine Bestätigung nach Rechtshängigkeit indes wohl nicht mehr. Letzteres widerspricht dem Grundsatz, dass eine Prorogation prinzipiell nur nach Entstehen der Streitigkeit zulässig ist, § 38 Abs. 3 Nr. 1 ZPO.

2. Anwendbares Recht

Mit der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit und damit der Zulässigkeit der Klage war noch nicht die Frage nach dem auf den Bürgschaftsvertrag anwendbaren Recht beantwortet. Hierfür kommt es nach deutschem internationalen Privatrecht ganz entscheidend auf das Recht des Staates an, mit dem der Bürgschaftsvertrag die engsten Verbindungen aufweist (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGBGB); es sei denn, die Parteien trafen eine vorrangige Rechtswahlvereinbarung nach Art. 27 EGBGB.

a) Bürgschaftsstatut

Gibt es keine individuelle oder AGB-mäßige Rechtswahlvereinbarung, wird nach Art. 28 Abs. 2 EGBGB vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Bei der Bürgschaft erbringt nur der Bürge eine Leistung, so dass die Vermutung nach Art. 28 Abs. 2 EGBGB die Anwendbarkeit des OR zur Folge gehabt hätte³⁴. Hiernach bedarf es zur Wirksamkeit der Bürgschaft grundsätzlich der Zustimmung der Ehefrau, Art. 494 Abs. 1 OR und nach Art. 493 Abs. 2 Satz 1 OR der öffentlichen Beurkundung der Bürgschaftserklärung.

Nach deutschem IPR kommt es nicht wie das OLG Dresden teils andeutete aufgrund der Akzessorietät der Bürgschaft auf die Hauptschuld an. Die mangelnde Maßgeblichkeit der Hauptschuld wird in Rechtsprechung³⁵ und Schrifttum³⁶ einhellig anerkannt. Andere Tendenzen sind bislang lediglich im französischen IPR aufgrund instanzgerichtlicher Rechtsprechung in Frankreich aufgekommen, wonach wegen der Ausweichklausel des Art. 28 Abs. 5 EGBGB maßgeblich sein soll, welches Recht auf die gesicherte Forderung anwendbar ist³⁷.

b) Rechtswahlvereinbarung

Um derartige Risiken zu vermeiden, wird in der Kreditsicherungspraxis zwischen Gläubiger und Siche-

rungsgeber eine Rechtswahlvereinbarung getroffen. Nach Art. 27 Abs. 1 Satz 1 EGBGB unterliegt der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl muss nach Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB ausdrücklich sein oder sich mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben.

(aa) Ausdrückliche Rechtswahl

In der Bürgschaftspraxis der Sparkassen, die für beide o.g. BGH-Entscheidungen maßgeblich war, findet sich die ausdrückliche Rechtswahlvereinbarung in Nr. 6 Abs. 1 AGB-Sparkassen, wonach auf die Geschäftsbeziehung vorbehaltlich der in Art. 29 EGBGB geregelten Ausnahmen deutsches Recht Anwendung findet. Die Geltung dieser AGB setzt ihre Einbeziehung in den Bürgschaftsvertrag nach § 2 AGB-Gesetz a.F.³⁸ voraus. Diese Bestimmung hat beim Vertragsschluss außerhalb der Geschäftsstelle zur Folge, dass dem Bürgen die AGB mit übergeben werden müssen, es sei denn, es gelten die vereinfachten Einbeziehungs Voraussetzungen nach § 24 AGB-Gesetz a.F.³⁹ oder der Bürge kannte die AGB schon zuvor, etwa weil sie bei der Vertragsunterzeichnung mit der Hauptschuldnerin einbezogen wurden, bei der der Bürge als Geschäftsführer unterzeichnete⁴⁰. In dem Sachverhalt, der der Entscheidung des Oberlandesgerichtes Dresden vom 18.11.1999 und dem Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 20.2.2003 zugrunde lag, konnte das Kreditinstitut die Beifügung der AGB-Sparkassen zum Schreiben an den Bürgen nicht nachweisen, nachdem die Sparkasse im Urkundenprozess klagte, der Bürge dies bestritten hatte und der Bürge nach Ansicht des Oberlandesgerichtes Dresden nicht als Kaufmann bzw. Unternehmer i.S.v. § 24 Satz 1 Nr. 1 AGB-Gesetz a.F.⁴¹ einzustufen war.

(bb) Stillschweigende Rechtswahl

Deshalb kam es für die Anwendbarkeit deutschen Rechtes darauf an, ob sie sich aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergab, Art. 27 Abs. 1 Satz 2, 2. und 3. Var. EGBGB. Hierfür sprach zwar nicht wie das Oberlandesgericht⁴² meinte die bei der Bürgschaft von Gesetzes wegen immer zu verzeichnende enge Verknüpfung zwischen Bürgschaft und Hauptschuld (Akzessorietät). Im Ergebnis stütze sich das Berufungsgericht aber zu Recht auf die im Bürgschaftsvertrag enthaltenen Regelungen, die einmal für das deutsche Recht kennzeichnend sind und zum anderen das deutsche BGB und die deutsche ZPO teils ausdrücklich in Bezug nahmen. Das billigte der Bundesgerichtshof im Beschluss vom 20.2.2003⁴³ zu Recht.

³² *Vollkommer*, a.a.O. (Fn. 19), § 38 Rdn. 12.

³³ OLG Dresden, Urteil vom 18.11.1999 - 8 U 1143/99, S. 9

³⁴ *Welter*, a.a.O. (Fn. 3), § 118 Rdn. 41.

³⁵ BGH WM 1993, 496 = WuB I F 1 a. - 8.93 *Thode* = NJW 1993, 1126; LG Hamburg RIW 1993, 144.

³⁶ *MünchKomm/Martiny*, BGB, 3. Aufl. 1998, Art. 28 EGBGB Rdn. 220; *Nielsen*, BuB, Bd. 3, Loseblatt 09.01, Rdn. 5/17 a ff.

³⁷ *Welter*, a.a.O. (Fn. 3), § 118 Rdn. 41.

³⁸ § 305 Abs. 2 BGB n.F.

³⁹ § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB n.F.

⁴⁰ Mit dieser Frage hat sich das OLG Dresden nicht ausreichend auseinandergesetzt.

⁴¹ § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB n.F.: „Unternehmer“.

⁴² *Vollkommer*, a.a.O. (Fn. 19), § 38 Rdn. 12.

⁴³ BGH WM 2001, 768 = WuB VII C. - 1.01 *Nassall*.

3. Ergebnis

Um Prozessrisiken der streitgegenständlich zu verzeichnenden Art zu vermeiden, ist Kreditinstituten zweierlei zu empfehlen.

Einmal sollten zu bereits erklärten Bürgschaften in nachweisbarer Form zumindest schriftliche Bestätigungen erfolgen, die die fakultative Gerichtsstandsvereinbarung als zweiseitig erscheinen lassen, sofern dies die zeitliche Nähe noch erlaubt. Ist die zeitliche Nähe im oben genannten Sinne zweifelhaft, sollte eine neue zweiseitige Gerichtsstandsvereinbarung getroffen werden.

Zum anderen ist trotz der zutreffenden gläubigerfreundlichen Auslegung durch den Bundesgerichtshof bei der Rechtswahl auf eine explizite Vereinbarung zum anwendbaren Recht Wert zu legen. Ist die Einbeziehung der AGB nicht im oben genannten Sinne nachweisbar, empfiehlt sich auch hier im Nachhinein eine deutliche Regelung, die zusammen mit der Gerichtsstandsvereinbarung erfolgen kann. Bei Neuvertragschlüssen außerhalb der Geschäftsstelle muss die Übergabe i.S.d. Einbeziehung in transparenter Weise festgehalten werden. Werden diese Gesichtspunkte beachtet, sind unüberschaubare Rechtsstreitigkeiten dieser Art vermeidbar.