



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IX ZR 217/99

Verkündet am:  
15. August 2002  
P r e u ß,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 401, 765

Wird einem Zedenten eine Gewährleistungsbürgschaft zu einem Zeitpunkt erteilt, in dem die zu sichernden Gewährleistungsansprüche bereits an den Zessionar abgetreten sind, so ist dieser ungeachtet des Erfordernisses der Gläubigeridentität aus der Bürgschaft berechtigt, wenn in der Abtretungsvereinbarung der Übergang künftiger Sicherheiten vorgesehen war.

BGH, Ur. v. 15. August 2002 - IX ZR 217/99 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. April 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Kirchhof, Dr. Fischer, Raebel und Kayser

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 30. April 1999 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus Gewährleistungsbürgschaften in Anspruch.

Am 6. Juli 1988 schloß die Bauherrengemeinschaft "D. -P. "  
(im folgenden: Gemeinschaft) mit der GmbH (fortan: A.  
N. ) einen Generalunternehmervertrag (GUV) zur Errichtung von

32 Ferienwohnungen in C. . Nach § 2 Nr. 2.6 GUV war Vertragsbestandteil die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B, soweit keine abweichende Regelung getroffen wurde. In § 13 Nr. 13.1 GUV übernahm der Auftragnehmer (A. N. ) "für seine Leistungen die Gewähr entsprechend den Bestimmungen der VOB Teil B". Die Gewährleistungsfrist betrug grundsätzlich fünf Jahre (§ 13 Nr. 13.7 GUV). In § 13 Nr. 13.9 GUV war bestimmt:

"Zusätzlich tritt der Auftragnehmer hiermit seine gegen die an der Planung und an der Errichtung des Bauvorhabens beteiligten Unternehmen (insbesondere Ingenieure, Subunternehmer) ihm zustehende, gesetzliche oder vertragliche Gewährleistungsansprüche und insoweit bestehende Ansprüche an den Auftraggeber ab; dieser nimmt die Abtretung an. Der Auftragnehmer ist bis auf Widerruf ermächtigt, diese Ansprüche im eigenen Namen geltend zu machen. Der Widerruf darf nur aus wichtigem Grund erfolgen, wenn die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen gegen den Auftragnehmer ohne Erfolg bleibt (siehe auch § 11)."

Nach § 11 Nr. 11.2 GUV konnte der Sicherheitseinbehalt von 5 % der Vertragssumme gegen eine selbstschuldnerische Bürgschaft in gleicher Höhe abgelöst werden.

Am 12. August 1998 kam es zwischen der A. N. und der W. Sch. KG (im folgenden: Sch. KG) zu einem Vertrag, in dem sich die Sch. KG zur schlüsselfertigen Erstellung des Bauvorhabens verpflichtete. Vertragsgrundlage war der Generalunternehmervertrag zwischen der Gemeinschaft und der A. N. .

Mit Schreiben vom 1. Juni 1989 an die Gemeinschaft teilte die Klägerin  
- Muttergesellschaft der A. N. - der Vertreterin der Gemeinschaft mit:

"wir möchten Sie darüber informieren, daß die ... (Klägerin) die  
Geschäfte Ihrer Tochtergesellschaft A. N. GmbH  
übernommen hat und wir daher als Muttergesellschaft mit allen  
Rechten und Pflichten in die bestehenden Vertragsverhältnisse  
eingetreten sind.

Demzufolge haben wir auch uneingeschränkt alle Gewährlei-  
stungsverpflichtungen der A. N. GmbH übernom-  
men.

Im Hinblick auf die bessere finanzielle und technische Leistungs-  
fähigkeit unserer Gesellschaft gehen wir davon aus, daß Sie mit  
dieser Gewährleistungsübernahme einig gehen und bitten Sie,  
nur der Ordnung halber, die beigefügte Zweitschrift dieses  
Schreibens gegenzuzeichnen und an uns zurückzusenden."

Am 9. Juni 1989 erklärte die Gemeinschaft durch ihre Vertreterin ihr Ein-  
verständnis. Mit Datum vom 27. Juni 1989 erteilte die Sch. KG der Klägerin  
die Schlußrechnung.

Am 14. August 1989 übernahm die Beklagte gegenüber der Klägerin für  
bestimmte Bauabschnitte selbstschuldnerische Gewährleistungsbürgschaften  
über jeweils 30.000 DM. Sie sollten die Gewährleistungsverpflichtungen der  
Sch. Bau GmbH (fortan: Sch. GmbH) sichern.

Der Bau war mit einer Vielzahl von Mängeln behaftet. Zu deren Fest-  
stellung leitete die Gemeinschaft Anfang 1991 ein Beweissicherungsverfahren  
gegen die Klägerin ein. Die Sch. GmbH trat der Klägerin nach Streitverkün-

derung als Streithelferin bei. Nach einer Aufforderung der Klägerin zur Mängelbeseitigung teilte ihr die Sch. GmbH mit Schreiben vom 12. März 1992 mit:

"Wir werden die Mängelbeseitigung lt. VOB und Gutachten bis zum 14. April 92 vornehmen."

Im Schreiben der Sch. GmbH vom 11. Mai 1992 an die Hausverwalterin der Gemeinschaft heißt es:

"Wir beabsichtigen, in der Zeit vom 12. Juni bis 12. Juli 92 die Garantiewerke lt. Gutachten auszuführen."

Mit Schreiben vom 5. November 1992 an die Klägerin erklärte die Sch. GmbH:

"Wir werden selbstverständlich nur die Mängel aus dem Beweisicherungsverfahren beseitigen."

Die Gemeinschaft lehnte schließlich eine Mängelbeseitigung durch die Klägerin ab und ließ die Mängel anderweitig beseitigen. Am 24. März 1994 kam es zwischen ihr und der Klägerin zu einer Vereinbarung, in der es heißt:

"Die ... gemeinschaft ... und die ... (Klägerin), handelnd für die Firma A. N. GmbH, wollen durch diese Vereinbarung alle gegenseitigen Ansprüche ein für alle Mal erledigen. Hierzu vereinbaren sie:

§ 1

... (Klägerin) zahlt an die ... gemeinschaft ... DM 210.000,00... ."

Die Klägerin hat aus den drei Bürgschaften über jeweils 30.000 DM wegen nicht beseitigter Mängel Zahlung von insgesamt 76.269,53 DM nebst Zinsen verlangt. Das Landgericht hat der Klage nach Beweisaufnahme in vollem Umfang stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision begehrt die Klägerin Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

Das Berufungsgericht hat gemeint, die Klägerin habe keine Ansprüche aus den Bürgschaften erworben, weil sie nicht Inhaberin der durch diese gesicherten Gewährleistungsansprüche sei. Diese Gewährleistungsansprüche seien gemäß § 13 Nr. 13.9 GUV an die Gemeinschaft abgetreten worden; eine Rückabtretung sei nicht erfolgt. Die Bürgschaften seien nicht als solche für wen es angeht gedacht und erteilt worden. Die der A. N. eingeräumte Ermächtigung zur Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche habe der Klägerin nicht die Gläubigerstellung verschafft. Im übrigen sei die Sch. GmbH nicht zur Erfüllung der Gewährleistungsansprüche verpflichtet. Es fehle ein konstitutives Schuldanerkenntnis i.S.d. §§ 780, 781 BGB. Die Sch. GmbH sei auch nicht im Wege der privaten Schuldübernahme an die Stelle der Sch. KG in die Gewährleistungspflichten eingetreten; dazu fehle die erforderliche Genehmigung der Gemeinschaft.

II.

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

1. Die Klägerin ist aufgrund der Ermächtigung in § 13 Nr. 13.9 GUV zumindest berechtigt, Bürgschaftsansprüche im Wege der gewillkürten Prozeßstandschaft geltend zu machen (vgl. BGH, Urt. v. 10. November 1999 - VIII ZR 78/98, NJW 2000, 738 f), sofern die der Gemeinschaft abgetretenen Gewährleistungsansprüche noch nicht an sie zurückabgetreten sein sollten.

2. Die Bürgschaften sind wirksam.

a) Allerdings ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß die Voraussetzungen von Bürgschaften zugunsten Dritter nicht erfüllt sind. Anders als in dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20. Oktober 1988 (IX ZR 47/87, WM 1988, 1883 ff) zugrunde liegenden Fall sind in den Bürgschaftsurkunden vom 14. August 1989 Gläubiger (Klägerin) und Hauptschuldner (Sch. GmbH) ausdrücklich bestimmt. Es geht deshalb nicht ohne weiteres an, entgegen dem Wortlaut nicht die Klägerin, sondern die Gemeinschaft als Zessionarin der Gewährleistungsansprüche als Bürgschaftsgläubigerin anzusehen.

b) Indessen hat das Berufungsgericht den Regelungsgehalt von § 13 Nr. 13.9 GUV nicht voll ausgeschöpft. In dieser Klausel sind nicht nur die Gewährleistungsansprüche der A. N. gegen Subunternehmer, sondern

zusätzlich "insoweit bestehende Ansprüche" an die Gemeinschaft abgetreten worden. Unter derartigen Ansprüchen sind dem Wortlaut nach jedenfalls auch Ansprüche aus Sicherheiten zu verstehen, die für die Gewährleistungsansprüche bestellt werden. Dieses Verständnis hat die Auftragnehmerin (A. N. ) zumindest nach § 5 AGBG (nunmehr § 305 c Abs. 2 BGB) gegen sich gelten zu lassen.

Hätte die Beklagte die Bürgschaften für Gewährleistungsansprüche der A. N. gegen die Sch. KG erteilt, wären sie gemäß § 401 Abs. 1 BGB aufgrund der Regelung in § 13 Nr. 13.9 GUV auf die Gemeinschaft übergegangen. Daß die Bürgschaften nicht bereits bei Abschluß des Vertrages zwischen der A. N. und der Sch. KG, sondern erst später übernommen wurden, stünde dem nicht entgegen. Die Ansprüche aus künftigen Sicherheiten (Bürgschaften) für die (künftigen) Gewährleistungsansprüche wurden zugleich mit diesen an denselben Zessionar abgetreten, so daß der Gläubiger der Hauptforderung und derjenige aus der Bürgschaft nicht auseinanderfielen. Darauf, ob Hauptforderung und/oder Bürgenforderung einem Durchgangserwerb der A. N. als Zedentin unterlagen, kommt es im Streitfall bei der insoweit gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht entscheidend an. Ausschlaggebend ist, daß Zedent und Zessionar sich bei Abtretung der Hauptforderung zugleich über die Abtretung künftiger Sicherheiten für diese geeinigt hatten. Diese Einigung machte einen zu demselben Ergebnis führenden Vertrag zwischen Bürgen und Zessionar oder zwischen Bürgen und Zedent zugunsten des Zessionars überflüssig. Aus diesem Grund kann auf sich beruhen, ob die Wirksamkeit der Bürgschaften auch mit den Erwägungen des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 17. Februar 1982 (VIII ZR 286/80, WM 1982, 485 f) begründet werden könnte.



c) Die Bürgschaften sind auch nicht deshalb unwirksam, weil sie zugunsten der Klägerin für Verbindlichkeiten der Sch. GmbH übernommen wurden.

aa) Die Klägerin ist aufgrund Vertragsübernahme zwischen ihr und der A. N. unter Zustimmung der Gemeinschaft in die Rechte und Pflichten der A. N. aus dem Generalunternehmervertrag vom 6. Juli 1988 eingetreten, soweit diese Rechte und Pflichten noch offenstanden (vgl. BGHZ 95, 88, 93 ff; 96, 302, 308; Staudinger/Busch, BGB 13. Bearb. 1999 Einl. zu §§ 398 ff Rn. 201). Dies ergibt sich mit der gebotenen Klarheit aus dem Schreiben der Klägerin vom 1. Juni 1989. Nach dem ersten Absatz dieses Schreibens ist die Klägerin "mit allen Rechten und Pflichten in die bestehenden Vertragsverhältnisse eingetreten". Im zweiten Absatz des Schreibens heißt es demnach folgerichtig, die Klägerin habe "auch" alle Gewährleistungspflichten der A. N. übernommen. Dieser Gewährleistungsübernahme hat die Gemeinschaft zugestimmt. Damit sind nach Sinn und Zweck der Vertragsübernahme auch die Wirkungen der Klausel in § 13 Nr. 13.9 GUV übergegangen. Daß in der Vereinbarung vom 24. März 1994 zwischen der Klägerin und der Gemeinschaft davon die Rede ist, die Klägerin handele für die A. N., vermag die Wirksamkeit der Vertragsübernahme nicht in Zweifel zu ziehen. Diese Formulierung läßt sich ohne weiteres als ein bloßer Hinweis auf den in dem Vertrag vom 6. Juli 1988 aufgeführten ursprünglichen Vertragspartner der Gemeinschaft verstehen. Diese Annahme wird dadurch bestätigt, daß die Beklagte in der Tatsacheninstanz den Inhalt des Schreibens vom 1. Juni 1989 und sein Verständnis als "Übertragungsakt" nicht in Zweifel gezogen hat (vgl. GA 202). War aber die Klägerin in die Rechtsposition der A. N. eingerückt, so kommen den zu

ihren Gunsten übernommenen Bürgschaften keine anderen Rechtsfolgen zu, als wenn sie - ohne die Vertragsübernahme - der A. N. erteilt worden wären. Sie unterfielen mithin der Abtretungsklausel des § 13 Nr. 13.9 GUV (vgl. oben zu II 2 b).

bb) Es fehlt auch nicht an einer Hauptschuld der Sch. GmbH. Es kann auf sich beruhen, ob zwischen der Sch. GmbH und der Sch. KG wegen der Gewährleistungspflichten eine privative Schuldübernahme vereinbart wurde - das Berufungsgericht hat dies offengelassen - und ob die A. N., die Klägerin und/oder die Gemeinschaft einer solchen Vereinbarung zugestimmt haben (vgl. § 415 Abs. 1 BGB). Dies letzte hat das Berufungsgericht im Gegensatz zum Landgericht verneint. Dies läßt Rechtsfehler nicht erkennen. Im Zweifel will ein Gläubiger einen Schuldner nicht verlieren (vgl. BGH, Urt. v. 8. Dezember 1977 - III ZR 88/76, WM 1978, 351 f; v. 20. Oktober 1982 - IVa ZR 81/81, NJW 1983, 678 f).

Es mag ferner mit dem Berufungsgericht davon ausgegangen werden, daß es an einem Schuldversprechen oder einem Schuldanerkennnis (§§ 780, 781 BGB) der Sch. GmbH gegenüber der Klägerin fehlt. Nicht erörtert hat das Berufungsgericht jedoch einen Schuldbeitritt der Sch. GmbH zu Gewährleistungsverpflichtungen der Sch. KG. Die deshalb vom Revisionsgericht vorzunehmende Prüfung führt aufgrund des unstreitigen und insoweit nicht mehr ergänzungsfähigen Sachverhalts zur Annahme eines solchen Schuldbeitritts der Sch. GmbH. Diese hat sowohl gegenüber der Gemeinschaft als auch - wiederholt - gegenüber der Klägerin zugesagt, die in dem während des Beweissicherungsverfahrens eingeholten Gutachten aufgeführten Mängel zu beseitigen. Sie hat nie zum Ausdruck gebracht, daß sie damit ledig-

lich Pflichten der Sch. KG, nicht aber eigene Verbindlichkeiten erfüllen wolle. Vielmehr konnte die Klägerin die Zusagen der Sch. GmbH nur dahin verstehen, daß sie damit ihr - der Klägerin - gegenüber bestehende Pflichten erfüllen wolle. Für dieses Verständnis spricht auch, daß sie der Klägerin im Beweissicherungsverfahren als Streithelferin beigetreten ist. Daß die Sch. GmbH die Gewährleistungspflichten gegenüber der Klägerin als ihre eigenen ansah, wird schließlich dadurch bestätigt, daß sie die Beklagte veranlaßte, für ihre Verpflichtungen gegenüber der Klägerin die in Rede stehenden Bürgschaften zu übernehmen.

Die Ansprüche der Klägerin aus dem Schuldbeitritt der Sch. GmbH zu den Gewährleistungspflichten der Sch. KG als Subunternehmerin stellen "insoweit bestehende Ansprüche" i.S.v. § 13 Nr. 13.9 GUV dar und wurden deshalb zusammen mit den dafür erteilten Bürgschaften (§ 401 BGB) im voraus an die Gemeinschaft abgetreten (vgl. oben zu II 2 b).

Die Klägerin ist nach dieser Klausel ermächtigt, die Ansprüche im eigenen Namen geltend zu machen (vgl. oben zu II 1).

### III.

Das Berufungsurteil kann danach nicht bestehen bleiben. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen zur Höhe der Hauptschulden getroffen hat. Die Zurückverweisung gibt ihm Gelegenheit, diese Feststellungen nachzuholen.

Kreft  
scher

Kirchhof

Fi-

Raebel

Kayser