

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 401, 765

Bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern geht mit der Abtretung der gesicherten Hauptforderung auch das Recht, die zur Fälligestellung der Bürgschaft erforderlichen Erklärungen abgeben zu können, auf den neuen Gläubiger über.

BGH, Urt. v. 26. Februar 1987 - IX ZR 136/86 - OLG Schleswig
LG Kiel

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 136/86

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
26. Februar 1987
Schnurr
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

S- und L- in R-, J-,
R-, vertreten durch den Vorstand Dieter L- und
Wolfgang D-, ebendort,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. -
und Dr. -

g e g e n

die Kaufleute

1. Helmuth A-, G- Weg -, B-,
2. Christian H-, Hu-straße -, Ha-,
3. Lutz F-, Sch-straße -, K-,
in Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, vertreten durch den
für sie vertretungsberechtigten Kaufmann Helmuth A-,

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Februar 1987 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Fuchs, Gärtner, Winter und Dr. Schmitz

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 7. Mai 1986 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger nehmen die beklagte Sparkasse im Urkundenprozeß aus einer Bürgschaft "auf erstes Anfordern" in Anspruch. Mit Bürgschaftsurkunde vom 26. April 1983 übernahm die Beklagte gegenüber der Firma Rh[REDACTED]-Ba[REDACTED] mbH (im folgenden: Firma Rh[REDACTED]) als Auftraggeberin eine sogenannte Vertragserfüllungsbürgschaft, in der sie sich gegenüber der Firma Rh[REDACTED] bis zu einem Betrag von 28.512,59 DM dafür verbürgte, daß deren Auftragnehmerin, die Firma Ing. Fr. He[REDACTED] GmbH & Co. KG (im folgenden: Hauptschuldnerin), ihre werkvertraglich übernommenen Verpflichtungen vertragsgemäß erfüllte. In Ziffer 5 der Bürgschaftsurkunde heißt es unter anderem: "Die Bank ist verpflichtet, an den Auftraggeber auf deren erstes Anfordern jeden geforderten Betrag



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

bis zur Gesamthöhe der Bürgschaftssumme zu zahlen. Der Aufforderung muß eine schriftliche Erklärung des Auftraggebers mit der Feststellung über die Nichterfüllung der vom Auftragnehmer vertraglich übernommenen Verpflichtungen beigefügt sein". Mit Vertrag vom 1. Mai 1983 trat die Firma Rh[REDACTED] ihre Rechte aus dem Werkvertrag und aus der Vertragserfüllungsbürgschaft an die Kläger ab, für deren Bauvorhaben die Arbeiten bestimmt waren. Nachdem ein von der Firma Rh[REDACTED] beantragtes Konkursverfahren mangels Masse eingestellt worden war, wurde sie am 5. März 1985 nach § 2 LöschG wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht.

Mit Schreiben vom 15. Januar und 27. März 1985 forderten die Kläger die Beklagte zur Zahlung der Bürgschaftssumme auf und erklärten gleichzeitig, daß die Hauptschuldnerin ihre vertraglichen Leistungen trotz Nachfristsetzung nicht erbracht habe.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der auf Zahlung der Bürgschaftssumme gerichteten Klage bis auf einen Teil der Zinsforderung stattgegeben. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist nicht begründet.

I.

Das Berufungsgericht hat die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses zutreffend bejaht. Dagegen erhebt auch die Revision keine Einwendungen.

II.

Weiterhin ist das Berufungsgericht mit Recht davon ausgegangen, daß die Kläger durch die Abtretung vom 1. Mai 1983 Inhaber der Bürgschaftsforderung geworden sind. In diesem Zusammenhang hat der Berufungsrichter zunächst die von der Beklagten in den Tatsacheninstanzen bestrittene Echtheit der Unterschrift des Geschäftsführers der Firma Rh[REDACTED] unter der Abtretungsurkunde festgestellt. Diese tatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts wird von der Revision ebenfalls nicht angegriffen.

Die Revision meint jedoch, die Kläger hätten die Sicherungsrechte aus der Urkunde vom 26. April 1983 möglicherweise deshalb nicht erworben, weil die von der Beklagten übernommene Verpflichtung rechtlich nicht als Bürgschaft, sondern als Garantie einzuordnen und damit kein akzessorisches Recht im Sinne des § 401 BGB sei. Dieser Einwand greift nicht durch. Der Bundesgerichtshof hat wieder-

holt entschieden, daß die Klausel "Zahlung auf erste Anforderung" mit dem Wesen einer Bürgschaftsverpflichtung vereinbar ist (BGHZ 74, 244; Senatsurt. v. 24. November 1983 - IX ZR 2/83, NJW 1984, 923). Daran ist festzuhalten. Deshalb bestehen auch im vorliegenden Fall keine Bedenken, die von der Beklagten übernommene Verpflichtung entsprechend ihrem Wortlaut als Bürgschaft einzuordnen. Im übrigen wären die Kläger auch dann Inhaber der Klageforderung geworden, wenn es sich dabei um einen Anspruch aus Garantievertrag handelte. Dann wäre der Rechtsübergang zwar nicht nach § 401 BGB als gesetzliche Folge der Abtretung der gesicherten Forderung aus dem Werkvertrag eingetreten. In diesem Falle wäre der Anspruch jedoch unmittelbar aufgrund der rechtsgeschäftlichen Abtretung vom 1. Mai 1983 auf die Kläger übergegangen. Denn mit dem Abtretungsvertrag sind ausdrücklich auch die Rechte aus der Urkunde vom 26. April 1983 an die Kläger abgetreten worden.

III.

Das Berufungsgericht hat weiterhin die Auffassung vertreten, daß die Kläger berechtigt waren, die zur Fälligkeit der Bürgschaft erforderliche Nichterfüllungserklärung selbst abzugeben. Zur Begründung hat es ausgeführt: In entsprechender Anwendung von § 401 BGB gingen auch in dieser Vorschrift nicht genannte akzessorische Nebenrechte mit der abgetretenen Forderung auf den neuen Gläubiger über. Im Regelfall könne es zwar durchaus dabei verbleiben, daß der ursprüngliche Gläubiger die Nichterfüllungserklärung abgebe. Im vorliegenden Fall wäre die Bürgschaft aber

dadurch praktisch wertlos, weil der alte Gläubiger nicht mehr existiere. Deshalb spreche hier die Interessenlage der Beteiligten dafür, das Recht auf Abgabe der Nichterfüllungserklärung als auf die Kläger im Wege der Abtretung übergegangen anzusehen.

Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Daß auch bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern die Bürgschaftsforderung als solche mit der Abtretung der gesicherten Forderung nach § 401 BGB auf den Zessionar übergeht, begegnet keinen Bedenken (vgl. BGHZ 90, 287, 291 zur Zulässigkeit der Abtretung des Anspruchs aus einer Garantie auf erstes Anfordern). Soweit ersichtlich haben Rechtsprechung und Schrifttum allerdings noch nicht zu der Frage Stellung genommen, wer bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern nach Abtretung der gesicherten Hauptforderung die zur Fälligestellung der Bürgschaft erforderlichen Erklärungen abgeben kann. Anders dagegen bei dem vergleichbaren Fall der Garantie auf erstes Anfordern. Hier wird die Auffassung vertreten, daß nach Abtretung der Rechte aus einer Garantie die Nichterfüllungserklärung nur von dem ursprünglichen Garantiennehmer, nicht aber von dem Zessionar abgegeben werden könne (so LG Frankfurt WM 1978, 442; Canaris, HGB-RGRK Bankvertragsrecht, 2. Bearb., Rdnr. 1130; Graf v. Westphalen, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, S. 199 f; a.A. Hadding/Häuser/Welter, Bürgschaft und Garantie in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, S. 715 f). Der II. Zivilsenat des

Bundesgerichtshofs hat die Frage in seiner Entscheidung vom 12. März 1984 (BGHZ 90, 287, 291) ausdrücklich offen gelassen.

2. Nach § 401 Abs. 1 BGB gehen mit der abgetretenen Forderung die Hypotheken, Schiffshypotheken oder Pfandrechte sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über. Es ist allgemein anerkannt, daß Hilfsrechte, die der Ausübung oder Durchsetzung der Forderung selbst dienen, in entsprechender Anwendung von § 401 BGB mit der Forderung auf den Zessionar übergehen (BGH, Urt. v. 1. Juni 1973 - V ZR 134/72, NJW 1973, 1793, 1794; Weber in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 401 Rdnr. 19, jeweils m.w.N.). Dies gilt beispielsweise für die Fälligkeitskündigung, die Mängelgewährleistung und das Wahlrecht des Gläubigers (BGH aaO). Auch das Recht, dem Schuldner eine Nachfrist zu setzen und die spätere Ablehnung der Leistung anzudrohen, steht dem Abtretungsempfänger zu (BGH, Urt. v. 21. Juni 1985 - V ZR 134/84, NJW 1985, 2640, 2641, m.w.N.). Gleiches muß nach Auffassung des erkennenden Senats auch für das Recht des Gläubigers gelten, die zur Fälligestellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern erforderlichen Erklärungen abgeben zu können. Sein Recht, durch einseitige Erklärung über die Nichterfüllung der gesicherten Forderung von dem Bürgen die Zahlung der Bürgschaftssumme verlangen zu können, ist ein Hilfsrecht, das der Durchsetzung der Bürgschaftsforderung dient. Dieses Recht macht geradezu das Wesen der Bürgschaft auf erstes Anfordern aus. Dadurch wird der schnelle Zugriff des Gläubigers auf die Bürgschaftssumme gesichert. Durch den Ausschluß von Einwendungen und Einreden gegen die gesicherte Hauptforderung ist der Bürge genötigt,

diese Einwendungen gegebenenfalls erst in einem Rückforderungsprozeß nach § 812 BGB geltend zu machen. Auf diese Weise wird der möglicherweise langwierige Streit über die materielle Berechtigung des Gläubigers in ein späteres Stadium verlagert (vgl. BGHZ 74, 244, 247 f; Horn, NJW 1980, 2153 ff). Wenn man dem Zessionar einer Forderung, die durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern gesichert ist, das Recht zur Fälligestellung der Bürgschaft absprechen wollte, wäre die Bürgschaft in der Hand des Zessionars stark entwertet. Die Abtretung der Hauptforderung hätte damit zu einer Veränderung des Inhalts der kraft Gesetzes (§ 401 BGB) mit abgetretenen Bürgschaftsforderung geführt. Das zeigt der vorliegende Fall besonders deutlich. Da die ursprüngliche Gläubigerin nicht mehr existiert, kann sie die Nichterfüllungserklärung nicht mehr abgeben. Wenn man trotz der Abtretung nur ihr die Abgabe der Nichterfüllungserklärung zubilligen wollte, hätte sich die Bürgschaft auf erstes Anfordern infolge der Abtretung in eine normale selbstschuldnerische Bürgschaft verwandelt. Das wird der Interessenlage der Beteiligten nicht gerecht.

Die Revision vertritt vor allem die Auffassung, bei der Befugnis, die Bürgschaft auf erstes Anfordern durch Nichterfüllungserklärung fällig stellen zu können, handele es sich um ein höchstpersönliches Recht, das dem ursprünglichen Gläubiger nur aufgrund besonderen Vertrauens eingeräumt worden sei. Wegen seiner höchstpersönlichen Natur könne dieses Recht weder abgetreten werden noch könne es kraft Gesetzes in entsprechender Anwendung von § 401 BGB auf einen neuen Gläubiger übergehen (ebenso LG Frankfurt aaO). Im Einzelfall mögen die Dinge so liegen, daß nach dem Willen

der Beteiligten die Befugnis zur Fälligestellung der Bürgschaft auf erstes Anfordern nur einer bestimmten Person zustehen und nicht auf einen neuen Gläubiger übergehen soll, was im übrigen auch ohne weiteres durch eine entsprechende Vereinbarung geregelt werden kann. Das bedarf aber jeweils besonderer Feststellung. Im Regelfall gebieten die berechtigten Interessen des Zessionars, daß er eine für die abgetretene Forderung bestellte Bürgschaft auf erstes Anfordern unter denselben erleichterten Voraussetzungen fällig stellen kann, die auch für den Zedenten galten. Im vorliegenden Fall sind keine besonderen Umstände ersichtlich, die dafür sprechen könnten, die Befugnis zur Fälligestellung der Bürgschaft solle ausschließlich der Firma Rhombus zustehen. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, daß die Beklagte bei der Übernahme der Bürgschaft in erster Linie darauf vertraut hat, die Hauptschuldnerin werde ihre Verpflichtungen aus dem Werkvertrag ordnungsgemäß erfüllen. Auch die Interessen der Hauptschuldnerin vermögen keine andere Beurteilung zu recht-

fertigen. Der Hauptschuldner hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, daß das Recht zur Fälligestellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern stets nur dem ursprünglichen Gläubiger zusteht.

Merz

Fuchs

Gärtner

Winter

Schmitz