

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 765, 572, 398, 401

- a) Eine Vertragsübernahme kann ohne Neuabschluß des Vertrages durch Rechtsnachfolge in den alten Vertrag herbeigeführt werden.
- b) Ein Vermieter, der im Wege einer Vertragsübernahme in einen bestehenden Mietvertrag eintritt, erlangt die Rechte aus einer dem bisherigen Vermieter gegebenen Mietbürgschaft.

BGH, Urt. v. 20. Juni 1985 - IX ZR 173/84 - OLG Hamm
LG Hagen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 173/84

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
20. Juni 1985
P o h l
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Kaufmanns Frank Sch[REDACTED], H[REDACTED] Straße [REDACTED], [REDACTED] D[REDACTED]
[REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Frau Hildegard G[REDACTED], Ha[REDACTED]-Straße [REDACTED], [REDACTED]
I[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
ner und Dr. [REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juni 1985 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Henkel, Fuchs, Winter und Dr. Graßhof

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. Oktober 1984 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte macht Rechte aus einer Bürgschaftserklärung geltend, die der Kläger gegenüber der Willy G. Vermögensverwaltungs-GmbH abgegeben haben soll. Dagegen wendet der Kläger sich mit seiner negativen Feststellungsklage.

Der inzwischen verstorbene Ehemann der Beklagten war Eigentümer des mit einem Geschäfts- und Wohnhaus bebauten Grundstücks We. Straße in I. Er vermietete das Gebäude an die "I.-Lichtspiele Gl. Theater Willy G.-GmbH", deren Gesellschafter er und die Beklagte waren. Die GmbH war zur Untervermietung berechtigt. Nach dem



Tode ihres Ehemannes wurde die Beklagte Alleineigentümerin des Grundstücks. Sie wurde ferner alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der GmbH, deren Firma sie in "Willy G[REDACTED] Vermögensverwaltungs-GmbH" (im folgenden G[REDACTED] GmbH) änderte.

Diese Gesellschaft schloß am 26. September 1975 mit dem Kläger einen Mietvertrag über die in der 1. Etage des Hauses We[REDACTED]straße [REDACTED] gelegenen Räume. Der Kläger war Geschäftsführer und Mitgesellschafter der Firma Di[REDACTED] GmbH, die in den angemieteten Räumen eine Kreditvermittlung betrieb. Der zunächst bis zum 30. April 1976 abgeschlossene Mietvertrag wurde entsprechend einer in ihm vorgesehenen Regelung bis zum 1. Februar 1978 verlängert. Er sollte sich danach jeweils für ein weiteres Jahr verlängern, wenn er nicht drei Monate vor dem jeweiligen Jahresende gekündigt würde.

Am 22. August 1977 unterzeichneten die Beklagte als Geschäftsführerin der G[REDACTED] GmbH, der Kläger sowie die beiden weiteren Gesellschafter der Firma Di[REDACTED] GmbH, Ne[REDACTED] und Ta[REDACTED], eine Vereinbarung mit folgenden Wortlaut:

"Die Vertragspartner sind sich darüber einig, daß mit Wirkung per 1.9.1977 der bisherige Mieter Herr Frank Sch[REDACTED] aus dem Vertrag ausscheidet und an dessen Stelle die Di[REDACTED] GmbH mit Sitz in [REDACTED] I[REDACTED], W[REDACTED] [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch den geschäftsführenden Gesellschafter Herr Frank Sch[REDACTED] tritt.

Die Gesellschafter der GmbH

Herr Frank Sch[REDACTED], Go[REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED] D[REDACTED]

Herr Hans-Joachim Ne[REDACTED], Ha[REDACTED] [REDACTED], [REDACTED] D[REDACTED]
[REDACTED]

Herr Werner Ta■■■■, Mi■■■■straße ■■, ■■■■ Au■■■■

übernehmen die selbstschuldnerische Bürgschaft für sämtliche Verpflichtungen aus diesem Mietvertrag."

Durch Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 25. Oktober 1979 kündigte die G■■■■ GmbH den Mietvertrag vom 26. September 1975 mit der Änderung vom 22. August 1977 zum 1. Februar 1980, weil sie das Erdgeschoß an ein Unternehmen vermieten wollte, das möglicherweise auch die darüberliegenden Räume benötigen würde. Dieser Raumbedarf trat nicht ein. Es war unter den Parteien streitig, ob die G■■■■ GmbH die Kündigung noch vor deren Wirksamwerden in einem Telefongespräch ihres Bevollmächtigten mit dem Kläger rückgängig machte. Die Firma Di■■■■ GmbH gebrauchte die von ihr angemieteten Räume nach dem 1. Februar 1980 unverändert fort.

Am 6. Februar 1980 schied der Kläger als Gesellschafter und Geschäftsführer bei der Firma Di■■■■ GmbH aus.

Die Beklagte hatte am 9. April 1979 die Auflösung der G■■■■ GmbH mit Wirkung ab 1. Juli 1980 beschlossen, weil sie als Eigentümerin selbst anstelle der GmbH Vermieterin des Grundstücks W■■■■straße sein wollte. Zu diesem Zweck hatte sie in ihrer Funktion als geschäftsführende Gesellschafterin der G■■■■ GmbH sämtliche noch bestehenden Forderungen und Rechte, die sich aus den Mietverträgen mit den Mietern ergaben, an sich als Eigentümerin und neue Vermieterin des Hauses abgetreten. Dies teilte die Beklagte der

Firma Di [REDACTED] GmbH im Juni 1980 telefonisch mit und wies darauf hin, daß die Miete ab Juli 1980 nicht mehr auf das Bankkonto der G [REDACTED] GmbH, sondern auf ihr persönliches Konto zu überweisen sei. Das geschah auch.

Mit Schreiben vom 30. Oktober 1980 wies der Bevollmächtigte der Beklagten die Firma Di [REDACTED] GmbH nochmals auf die Auflösung der G [REDACTED] GmbH und darauf hin, daß die Beklagte das Mietverhältnis zukünftig allein weiterführe. Er führte weiter aus, daß dies und die Tatsache des Geschäftsführerwechsels auf Seiten der Firma Di [REDACTED] GmbH eine Neufassung des bisherigen Vertrages vom 26. September 1975 erforderten. Mit Wirkung ab 1. Januar 1981 solle daher ein neuer Vertrag gefertigt werden, der sich am bisherigen Vertrag orientieren und lediglich die zwischenzeitlich eingetretenen Änderungen enthalten solle. Der Bevollmächtigte der Beklagten schlug ferner vor, den bisher gezahlten Mietzins der inzwischen erfolgten Mietpreiserhöhung anzupassen. Ferner solle die bisher mit einer Monatspauschale von 90 DM gezahlte Heizkostenvorauszahlung zur Vermeidung sonst anfallender größerer Nachzahlungen auf 300 DM festgelegt werden.

Die Firma Di [REDACTED] GmbH äußerte im Schreiben vom 25. November 1980 ihr grundsätzliches Einverständnis mit einer Neufassung des Mietvertrages zum 1. Januar 1981; sie bat lediglich um ein Überdenken der Höhe des Mietgrundpreises. Am 23. Februar 1981 unterschrieb der Geschäftsführer der Firma Di [REDACTED] GmbH die ihm von der Beklagten übersandte Vertragsurkunde, die als "Anhang zum Mietvertrag vom 26. September 1975 ..." bezeichnet ist und unter anderem folgenden Wortlaut hat:

"1. Mit Wirkung zum 1.7.1980 tritt an die bisherige Vermieterin, die Firma Willy-G[REDACTED]-Vermögensverwaltungs GmbH, Ha[REDACTED] Straße [REDACTED], I[REDACTED], vertreten durch die Geschäftsführerin, Hildegard G[REDACTED], Frau Hildegard G[REDACTED], Ha[REDACTED]-Straße [REDACTED], I[REDACTED], persönlich als Vermieterin.

2. Mit Zusatzvereinbarung vom 22.8.1977 schied der damalige Mieter, Herr Frank Sch[REDACTED], aus dem Vertrag aus, an dessen Stelle trat die Di[REDACTED] Kreditbeschaffungs- und Handels-GmbH, We[REDACTED]straße [REDACTED], I[REDACTED], vertreten durch den geschäftsführenden Gesellschafter, Herr Frank Sch[REDACTED]

Zwischenzeitlich ist Herr Frank Sch[REDACTED] als Geschäftsführer abberufen. Die Di[REDACTED] Kreditbeschaffungs- und Handels-GmbH wird nunmehr vertreten durch den alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer Werner Ta[REDACTED], We[REDACTED]straße [REDACTED], I[REDACTED].

Die bisherige Zusatzvereinbarung zum Vertrag vom 22.8.1977 bleibt jedoch weiterhin bestehen.

3. Der bisherige Mietvertrag begann am 1.11.1975, ist bisher ungekündigt und auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. ...

4. Mit Wirkung am 1.1.1981 beträgt die monatliche Miete DM 1 400.

Neben der Miete ist eine monatliche Heizkostenpauschale in Höhe von DM 300 zu zahlen. ..."

Am 14. September 1981 wurde die G[REDACTED] GmbH im Handelsregister gelöscht. Anfang 1982 geriet die Firma Di[REDACTED] GmbH in Zahlungsschwierigkeiten. Sie zahlte seit Februar 1982 weder die Miete noch die Heizkostenpauschale. Am 31. Dezember 1982 endete das Mietverhältnis durch Kündigung.

Die Beklagte forderte den Kläger auf, die für die Zeit von Februar bis Dezember 1982 rückständige Miete und Heizkostenpauschale sowie einen Rest von 228,38 DM aus der Heizkostenabrechnung für das Jahr 1981 an sie zu zahlen. Der Kläger lehnte dies ab, weil er sich nicht der Beklagten gegenüber verbürgt habe.

Mit seiner Klage beantragte der Kläger festzustellen, daß der Beklagten gegen ihn keine Forderungen auf Zahlung der Miete für das Mietobjekt We[REDACTED]straße für die Zeit ab 1981 zustehen. Das Landgericht wies die Klage ab. Die Berufung des Klägers blieb im wesentlichen erfolglos. Das Oberlandesgericht stellte fest, daß die von dem Kläger für die Verpflichtungen der Firma Di[REDACTED] GmbH aus dem Mietvertrag eingegangene Bürgschaftsverpflichtung vom 22. Juli 1977 sich (nur) nicht auf Mehrforderungen an Mietzinsen erstreckte, die erst durch die am 1. Januar 1981 wirksam gewordene Nachtragsvereinbarung begründet wurden. Mit seiner zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Kläger am 22. August 1977 gegenüber der G[REDACTED] GmbH wirksam die selbstschuldnerische Bürgschaft für die Verbindlichkeiten der Firma Di[REDACTED] GmbH aus dem Mietvertrag übernommen habe, in den diese durch Vereinbarung mit der Vermieterin am gleichen Tage als Mieterin eingetreten sei.

Dies greift die Revision mit ihrer Auffassung, die Schriftform des § 766 BGB sei für entscheidende Teile des Bürgschaftsvertrages nicht gewahrt, zu Unrecht an.

Das Erfordernis der Schriftform gilt für alle wesentlichen Teile der Bürgschaftserklärung. Es müssen unter anderem die Person des Gläubigers und die Schuld, für die gebürgt werden soll, aus der Urkunde zu erkennen sein. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände können im Wege der Auslegung dann herangezogen werden, wenn die Urkunde selbst dafür einen Anhaltspunkt enthält (RGZ 145, 229, 231, 232; BGHZ 26, 142, 146; 76, 187, 189; BGH, Urteile v. 8. November 1965 - VIII ZR 300/63 = WM 1965, 1240, 1243; v. 20. Mai 1970 - VIII ZR 54/69 = WM 1970, 816).

Der Senat kann die Urkunde vom 22. August 1977 im vorliegenden Fall selbst auslegen, weil der Berufungsrichter die in ihr enthaltenen Erklärungen nicht ausgelegt hat (vgl. Senatsurteil v. 13. Oktober 1983 - IX ZR 70/82 = ZIP 1984, 193, 194).

Unstreitig hatte die G[REDACTED] GmbH sich nur bereit erklärt den Kläger aus dem mit ihr über die Geschäftsräume abgeschlossenen Mietvertrag zu entlassen, wenn er und die beiden anderen Gesellschafter der Firma Di[REDACTED] GmbH die selbstschuldnerische Bürgschaft für deren Verpflichtungen als neuer Mieterin übernehmen. Die Parteien sind ferner darüber einig, daß alle drei Gesellschafter der Firma Di[REDACTED] GmbH diese Bürgschaft übernehmen und dies mit ihrer von ihnen am 22. August 1977 unterschriebenen, der G[REDACTED] GmbH übergebenen Erklärung auch zum Ausdruck bringen wollten. Damit steht fest, daß der Kläger und die Beklagte als Geschäftsführerin der G[REDACTED] GmbH die schriftliche Erklärung übereinstimmend als Übernahme einer Bürgschaft zugunsten der Vermieterin für die Verbindlichkeiten der Mieterin verstanden haben.

Diese Vorstellungen der Beteiligten sind in der Urkunde auch genügend zum Ausdruck gekommen.

In dem über der Unterschrift des Klägers befindlichen Text verbürgt dieser sich "für sämtliche Verpflichtungen aus diesem Mietvertrag"; dieser Vertrag ist im ersten Absatz der Urkunde als der Mietvertrag gekennzeichnet, bei dem nunmehr statt des Klägers die Firma Di[REDACTED] GmbH die Mieterin ist. Nach der aus der Urkunde erkennbaren Interessenlage kommt es nur in Betracht, daß die Bürgschaft zugunsten der Vermieterin für die Mieterverbindlichkeiten gelten soll.

Mit dieser in der schriftlichen Bürgschaftserklärung beschriebenen Hauptverbindlichkeit ist auch deren Gläubigerin hinreichend bestimmt. Es reicht zur Kennzeichnung des Gläubigers der verbürgten Hauptverbindlichkeit aus, wenn auf ihn aus den Angaben der Urkunde über die Hauptforderung geschlossen werden kann und wenn seine Person unter den Parteien des Bürgschaftsvertrages feststeht (RGZ 62, 379, 383; 76, 195, 200; 145, 229, 232; BGH, Urt. v. 16. April 1962 - VII ZR 194/60 = NJW 1962, 1102, 1103).

Hier ist die Urkunde zudem noch für die G. GmbH als der Gläubigerin der Hauptverbindlichkeit und der Bürgschaftsforderung unterschrieben worden. Dies ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision aus dem äußeren Erscheinungsbild des Schriftstücks. Die von der Beklagten als Geschäftsführerin der G. GmbH in deren Firmenstempel gesetzte Unterschrift befindet sich in der untersten Reihe der punktierten Linien, die für die Unterschriften aller in dem Text der Urkunde genannten vier Vertragsparteien vorgesehen sind. Der größere räumliche Abstand und das Absetzen des Firmenstempels nach rechts kennzeichnen die G. GmbH als die Vertragspartei, der gegenüber die drei Gesellschafter ihre Erklärungen abgegeben haben.

II.

Das Berufungsgericht führt aus, die Bürgschaftsschuld des Klägers sei nicht schon am 1. Februar 1980 durch Fortfall der verbürgten Hauptverbindlichkeit erloschen. Es stellt dazu fest, daß der Mietvertrag, der aufgrund der

Vereinbarung vom 22. August 1977 zwischen der Firma Di [REDACTED] GmbH und der G [REDACTED] GmbH bestanden habe, nicht durch die zum 1. Februar 1980 ausgesprochene Kündigung beendet worden sei, weil diese vorher rückgängig gemacht worden sei.

Dies greift die Revision nicht an. Diese Rechtsfolge hätte sich im übrigen auch aufgrund der Fiktion des § 568 BGB ergeben.

III.

Der Berufungsrichter erwägt nicht, ob die Beklagte schon aus eigenem Recht aus der Bürgschaft berechtigt ist. Er geht davon aus, daß sie nur im Wege einer Rechtsnachfolge die ursprünglich der G [REDACTED] GmbH zustehenden Rechte aus der Bürgschaftserklärung des Klägers erlangt haben kann.

Darin liegt kein Rechtsfehler.

1. Zwar hätte der Kläger die Bürgschaft sowohl gegenüber der G [REDACTED] GmbH erklären als auch zugleich zugunsten der Beklagten übernehmen können (vgl. BGHZ 26, 142, 148). Für einen solchen Inhalt der Bürgschaftserklärung hätte nach der Interessenlage Anlaß bestehen können, weil die Beklagte als Alleingesellschafterin der G [REDACTED] GmbH, die das Mietobjekt von ihr als Alleineigentümerin gemietet hatte, wirtschaftlich die Stellung einer Vermieterin hatte. Aufgrund dieser Interessenlage kommt jedoch eine Auslegung als Bürgschaft auch zugunsten der Beklagten nur bei entsprechenden Anhaltspunkten in der Bürgschaftsurkunde in Betracht. Daran fehlt es hier.

2. Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte habe durch Vereinbarung einer Vertragsübernahme wirksam die Vermieterstellung der G[REDACTED] GmbH erlangt. Sie sei damit Inhaberin des Miet- und entsprechend § 401 BGB auch des Bürgschaftsanspruchs geworden.

Dies hält den Angriffen der Revision stand.

a) Das Berufungsgericht geht von dem richtigen rechtlichen Ansatz aus, daß die Beklagte Rechte der G[REDACTED] GmbH nur durch Sonder- und nicht durch Gesamtrechtsnachfolge erworben haben kann.

Eine Umwandlung der G[REDACTED] GmbH gemäß §§ 24, 1, 15 UmwG fand nicht statt. Die GmbH ist daher nicht in dem Vermögen der Beklagten aufgegangen, so daß diese auch nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in vollem Umfang an die Stelle der GmbH als Partei von Mietvertrag und Bürgschaft getreten ist (vgl. dazu BGHZ 77, 167, 170).

b) Es ist auch richtig, wenn das Berufungsgericht bei seiner Prüfung, ob die Beklagte Rechte aus der Bürgschaft erworben hat, nicht auf die Frage abstellt, ob die G[REDACTED] GmbH der Beklagten ihre Bürgschaftsforderung abgetreten hat. Der Berufungsrichter geht zutreffend davon aus, daß Rechte aus der Bürgschaft nur über die Inhaberschaft an der verbürgten Hauptforderung erworben werden können. Die Bürgschaft ist gemäß §§ 765, 767 BGB von dem Bestehen der Hauptschuld und deren Umfang dauernd abhängig. Bürgschaftsgläubiger kann kein anderer sein als der Gläubiger der Haupt-

forderung (Mormann-BGB-RGRK 12. Aufl. § 765 Rdnr. 7). Die Bürgschaft kann daher nicht ohne die Hauptforderung übertragen werden (BGH, Urt. v. 24. Januar 1980 - III ZR 169/78 = WM 1980, 372). Die Abtretung der Hauptforderung führt gemäß § 401 BGB zum Erwerb der Bürgschaftsforderung.

c) Die Ansprüche der G. GmbH aus dem Mietvertrag sind nach Auffassung des Berufungsrichters nicht durch Abtretung gemäß § 398 BGB auf die Beklagte übergegangen. Die Beklagte habe vielmehr auch die vertraglichen Verpflichtungen der GmbH aus dem Mietvertrag übernehmen und insgesamt in die Parteistellung der Vermieterin eintreten sollen. Die Vereinbarung einer solchen Vertragsübernahme sei rechtlich zulässig und führe dazu, daß die neue Partei alle Rechte und Pflichten übernehme, die nach dem - bestehenbleibenden - Vertrag für die ausscheidende Partei begründet seien. Diese Auswechslung eines Vertragspartners könne sowohl im Wege eines dreiseitigen Vertrages zwischen der ausscheidenden, der übernehmenden und der verbleibenden Partei vereinbart werden als auch durch Vertrag zwischen ursprünglicher und neuer Partei, wenn der verbleibende Teil zustimme.

d) Dies entspricht der allgemeinen Auffassung von Rechtsprechung und Literatur (BGH, Urteile v. 24. September 1959 - VIII ZR 112/58 = LM BGB § 535 Nr. 21 a; v. 10. November 1960 - VIII ZR 167/59 = NJW 1961, 453; BGHZ 44, 229, 231; BGH, Urteile v. 7. März 1973 - VIII ZR 204/71 = WM 1973, 489; v. 21. Juni 1978 - VIII ZR 155/77 = JZ 1978, 568; v. 14. Dezember 1978 - III ZR 104/77 = WM 1979, 279; BGHZ 72, 394, 396; Weber-BGB-RGRK aaO vor § 398 Rdnr. 8, 9; Palandt/Heinrichs BGB 44. Aufl. § 398 Bem. 10). Auch die Revision greift dies nicht an.

Die Revision nimmt auch die Feststellung des Berufungsrichters hin, die Beteiligten hätten bei ihren Absprachen den alten Mietvertrag, auf dem die Mietzinsansprüche beruhten, für die der Kläger sich verbürgt habe, bestehen lassen und ihn nur bezüglich der Vermieterpartei und der Mietzinshöhe abändern wollen.

Diese Vorstellung der Parteien konnte mit einer Vertragsübernahme rechtlich verwirklicht werden, so daß die Auslegung, die das Berufungsgericht dem Inhalt der Vereinbarung der Beteiligten gegeben hat, möglich ist.

Zwar hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs es noch in zwei Entscheidungen (Urteile v. 24. September 1959 - VIII ZR 112/58 aaO; v. 21. Juni 1978 - VIII ZR 155/77 aaO) offen gelassen, ob durch eine Vertragsübernahme die Aufrechterhaltung der Identität des alten Vertrages möglich ist. Diese Rechtsfolge ist hier bedeutsam, weil die Bürgschaftsverpflichtung des Klägers gemäß § 767 Abs. 1 BGB erloschen wäre, wenn entsprechend einer früher vertretenen Mindermeinung (vgl. dazu die Nachweise bei BGH, Urt. v. 24. September 1959 aaO) die Vereinbarung einer Vertragsübernahme nur durch Aufhebung des alten und Abschluß eines neuen Vertrages zu den Bedingungen des aufgehobenen vollzogen werden könnte.

Diese Auffassung ist abzulehnen.

Zwar kann eine Vertragsübernahme auch auf diese Weise gewollt und vereinbart sein. Sie kann aber auch ohne Neuabschluß des Vertrages durch Rechtsnachfolge in den alten Vertrag herbeigeführt werden, indem ein Vertragspartner unter Aufrechterhaltung der Identität des Vertrages ausgewechselt wird (davon gehen wohl auch die Entscheidungen des VIII. Zivilsenats v. 10. November 1960 - VIII ZR 167/59 = NJW 1961, 453, 454 und v. 3. Juli 1974 - VIII ZR 6/73 = WM 1974, 908, 909 aus, ebenso BGHZ 44, 229, 231; BGH, Urteile v. 28. November 1969 - V ZR 20/66 = WM 1970, 195, 196; v. 14. Dezember 1978 - III ZR 104/77 aaO; Piper, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt 1963 S. 30; Staudinger/Emmerich BGB 12. Aufl. § 535 Rdnr. 11, Weber-BGB-RGRK aaO Rdnr. 8; Erman/Westermann BGB 7. Aufl. vor § 414 Rdnr. 2; Coester MDR 1974, 803, 804; Nörr in Nörr/Scheyhing Sukzessionen, 1983, § 17 II S. 250).

e) Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Vertragsübernahme hier Anfang 1981 durch dreiseitigen Vertrag zwischen der G■■■■ GmbH, der Beklagten und der Firma Di■■■■ GmbH vereinbart wurde. Dies sei zwar rechtlich möglich gewesen, weil die GmbH sich zu dieser Zeit noch in der Liquidation befunden habe und daher noch nicht beendet gewesen sei. Aus tatsächlichen Gründen seien entsprechende Absprachen aber zweifelhaft. Die Vertragsübernahme sei in der Weise zustande gekommen, daß die G■■■■ GmbH am 9. April 1979 mit der Beklagten deren Eintritt in die Vermieterstellung vereinbart und die Firma Di■■■■ GmbH dem später zugestimmt habe. Diese Genehmigung sei entweder bereits durch anstandslose Zahlung des Mietzinses an die Beklagte ab 1. August 1980 erfolgt, spätestens sei sie aber durch die Anfang 1981 getroffene Vereinbarung erteilt worden.

f) Dagegen wendet sich die Revision zu Unrecht.

Die Beklagte konnte im April 1979 als Geschäftsführerin und Alleingesellschafterin der G[REDACTED] GmbH mit sich selbst wirksam vereinbaren, daß sie in die Vermieterstellung der GmbH eintritt (vgl. BGHZ 56, 97; 75, 358). Diese Vereinbarung war bis zur Genehmigung durch die Mieterin, die Firma Di[REDACTED] GmbH, schwebend unwirksam. Sie begründete im übrigen aber eine gegenseitige Bindung der beiden Vertragsparteien (RGZ 64, 149, 154; Steffen-BGB-RGRK aaO § 184 Rdnr. 4; Palandt/Heinrichs aaO § 184 Bem. 1). Die Genehmigung durch die Mieterin erfolgte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts spätestens Anfang 1981. Damit wurde die Vertragsübernahme gemäß § 184 Abs. 1 BGB rückwirkend wirksam. Dem steht auch § 35 Abs. 4 GmbHG in der Fassung des Gesetzes vom 4. Juli 1980 (BGBl I 836) nicht entgegen, weil die Mieterin und nicht die G[REDACTED] GmbH die Genehmigung erklärte.

Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die zwischen der Beklagten und der G[REDACTED] GmbH im Jahre 1979 vereinbarte Vertragsübernahme habe Anfang 1981 nicht mehr von der Mieterin genehmigt werden können, weil die G[REDACTED] GmbH zu jener Zeit bereits beendet gewesen sei. Das trifft nicht zu. Der Berufungsrichter stellt fest, daß die G[REDACTED] GmbH sich Anfang 1981 noch in Liquidation befand. Bis zu dem Wirksamwerden der Vertragsübernahme blieb sie zudem Vermieterin und Inhaberin der Mietzinsansprüche. Sie hatte damit noch Vermögen und konnte nicht infolge des Auflösungsbeschlusses beendet werden (vgl. dazu Baumbach/Hueck GmbHG 13. Aufl. Üb § 60 Bem. I B).

Die Revision beruft sich auch zu Unrecht darauf, daß der Grundsatz der Verwirkung der Genehmigungsfähigkeit der schon 1979 vereinbarten Vertragsübernahme entgegenstehe. Für die Erteilung der Genehmigung besteht keine gesetzliche Frist.

g) Der Eintritt der Beklagten in die Vermieterstellung der G[REDACTED] GmbH hat nach Auffassung des Berufungsgerichts den Erwerb der Bürgschaftsforderung der Vermieterin aufgrund analoger Anwendung des § 401 BGB zur Folge. § 401 BGB sei nicht unmittelbar anzuwenden, weil der Rechtserwerb der Beklagten nicht auf einer Abtretung, sondern einer Vertragsübernahme beruhe. § 401 BGB führe im übrigen darum nicht unmittelbar zur Berechtigung der Beklagten aus der Bürgschaft, weil durch eine Abtretung Rechte aus einer bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger nur insoweit übergangen, als die abgetretene Forderung bereits entstanden gewesen sei. Die Mietzinsschulden, für die die Beklagte die Bürgschaft in Anspruch nehme, seien aber erst ab Februar 1982, also nach der Abtretung, entstanden. Die bei einer Vertragsübernahme gerechtfertigte entsprechende Anwendung des § 401 BGB führe jedoch dazu, daß die für die Mietzinsschuld bestellte Bürgschaft auch insoweit auf die Beklagte übergegangen sei, als es um die Sicherung der nach Vertragsübernahme entstandenen Verbindlichkeiten der Firma Di[REDACTED] GmbH gehe. § 401 BGB sei auf die Vertragsübernahme anzuwenden, weil die neue Partei eines Vertragsverhältnisses das gleiche Sicherungsbedürfnis habe wie der neue Gläubiger einer Forderung. Der Bürge werde damit auch nicht benachteiligt. Die Person des Gläubigers sei für ihn - anders als die Person des Hauptschuldners - regelmäßig ohne Belang. Vertraglichen Abspra-

chen zwischen Hauptschuldner und Neugläubiger, die zu seinen Lasten gingen, könne er aus § 767 Abs. 1 Satz 2 BGB begehen. Der Bürge müsse es auch hinnehmen, daß er bei einem gesetzlichen Wechsel des Vermieters gemäß §§ 571, 572 BGB dem Neugläubiger verpflichtet bleibe. Schließlich sei im vorliegenden Fall die Besonderheit zu berücksichtigen, daß in tatsächlicher Beziehung eine Identität zwischen der Alt- und Neugläubigerin bestehe, da letztere ihre alleinige Gesellschafterin und die Alleineigentümerin des Mietobjekts gewesen sei.

h) Dem kann im Ergebnis gefolgt werden.

aa) Den Überlegungen des Berufungsrichters dazu, daß der Kläger eine Berechtigung der Beklagten auch hinzunehmen habe, weil diese mit der Gläubigerin der Bürgschaftsforderung wirtschaftlich identisch sei, kann nicht zugestimmt werden.

Die GmbH und ihr Alleingesellschafter sind unterschiedliche Rechtspersönlichkeiten. Der Alleingesellschafter wählt die Gestaltungsmöglichkeit, sein Vermögen und das der Gesellschaft rechtlich zu trennen, bewußt zu seinem Vorteil. Die rechtliche Verschiedenheit der GmbH und ihres Alleingesellschafters kann in besonderen Ausnahmefällen zwar dann unberücksichtigt bleiben, wenn zwingende Gründe im Interesse eines redlichen Geschäftsverkehrs dies erfordern. Das kann aber lediglich zugunsten eines Dritten und nicht etwa zum Vorteil des Alleingesellschafters geschehen (vgl. BGHZ 22, 226, 230; Anm. Fischer zu LM GmbHG § 13 Nr. 1).

bb) Die Rechtsprechung hat die Frage des Übergangs einer Bürgschaft auf die Partei, die durch Vertragsübernahme Gläubigerin einer verbürgten Hauptforderung geworden ist, bisher nur vereinzelt behandelt und sie auch nicht grundsätzlich entschieden.

Nach Auffassung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs erstreckt sich die Haftung des Kreditbürgen bei Eintritt einer anderen Bank in ein Kreditverhältnis nur auf die Darlehensansprüche, die zu der Zeit bestanden, zu der die zuerst kreditgebende Bank ausschied. Die Bürgschaft deckte aber nicht die Forderungen, die durch von der neuen Bank gewährte Kredite entstanden seien (RG WarnRspr 1914 Nr. 184; BGHZ 26, 142, 148; BGHZ 77, 167, 170/171). § 401 BGB wird insoweit nicht angewandt, weil die spätere Kreditgewährung durch den neuen Gläubiger weitere Ansprüche für diesen kraft der eigenen Kreditgewährung und nicht kraft einer Abtretung begründe (Anm. Rietschel LM BGB § 766 Nr. 3). Dieser Auffassung hat sich die Literatur angeschlossen (Nachweise bei BGHZ 77, 167, 170; vgl. auch Scheyhing in Nörr/Scheyhing aaO § 5 I S. 71).

In einem Fall, in dem ein Vermieter, dem eine Mietbürgschaft gegeben war, mit dem Käufer seines Grundbesitzes dessen Eintritt in den Mietvertrag vereinbart hatte, haben das Kammergericht (OLGZ 25, 20) und das Reichsgericht (WarnRspr 1913 Nr. 286) im Hinblick auf die gleichzeitig gemäß § 571 BGB erfolgte gesetzliche Vertragsübernahme § 572 BGB angewandt und die Auffassung vertreten, die Mietbürgschaft sei auf den neuen Vermieter übergegangen, da die

Stellung eines Bürgen gemäß § 232 Abs. 2 BGB als Leistung einer Sicherheit im Sinne des § 572 BGB anzusehen sei.

Dieser Auffassung folgt die Literatur (Gelhaar-BGB-RGRK aaO § 572 Rdnr. 1; Soergel/Kummer BGB 11. Aufl. § 572 Rdnr. 1; Staudinger/Emmerich aaO § 572 Rdn. 4). Nach Auffassung von Nörr (Nörr/Scheyhing aaO § 22 IV S. 277) gehen akzessorische Sicherungsrechte, die zugunsten des Ausscheidenden bestellt worden waren, wie bei § 401 BGB auf den Eintretenden über.

cc) Der vorliegende Fall zwingt nicht zu einer grundsätzlichen Entscheidung der Frage, ob in jedem Falle einer Vertragsübernahme die neue Partei auch eine der alten Partei gegebene Bürgschaft erwirbt. Ein Vermieter allerdings, der in einen im übrigen aufrechterhaltenen Mietvertrag eintritt, erlangt damit auch die Rechte aus einer bestehenden Mietbürgschaft. Der Mietvertrag bleibt in seiner Identität erhalten. Die Auswechslung des Vermieters hat keinen Einfluß auf die vereinbarten Vertragspflichten des Mieters. Die einzige Änderung des Inhalts der verbürgten Hauptschuld ist

der Wechsel der Person ihres Gläubigers. Dies macht es aber weder unter dem Gesichtspunkt der Akzessorietät der Bürgschaft noch des Schutzes des Bürgen vor einer nachträglichen Ausweitung seiner Verpflichtung oder der Erhöhung des eingegangenen Risikos erforderlich, den Mietbürgen aus seiner Haftung zu entlassen. Die mit § 572 BGB für den Fall des gesetzlichen Vermieterwechsels von dem Gesetzgeber getroffene Regelung (vgl. oben bb) bestätigt dies. Eine unter Mitwirkung des Mieters durch Rechtsgeschäft vereinbarte Auswechslung des Vermieters führt nicht zu weitergehenden Einwirkungen auf die verbürgten Verbindlichkeiten des Mieters. Vor Verschlechterungen seiner Rechtsstellung im übrigen schützt den Bürgen § 767 BGB ausreichend.

Merz

Henkel

Fuchs

Winter

Graßhof