

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 247/96

Verkündet am:
4. Dezember 1997
Giovagnoli
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 765, 633, 634, 635; ZPO § 304 Abs. 1; VOB/B § 13 A

- a) Stützt der Gläubiger die Klage aus einer Gewährleistungsbürgschaft in einer bestimmten Reihenfolge auf Hauptforderungen, die aus voneinander unabhängigen, unterschiedlichen Mängeln hergeleitet sind, darf die Klage nicht wegen einer hilfsweise benannten Forderung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werden, solange noch offen ist, ob die vorrangigen Hauptforderungen begründet sind.

- b) Eine Gewährleistungsbürgschaft im Baurecht deckt grundsätzlich nur Ansprüche, die sich auf Mängel des Bauwerks gründen. Bei Vereinbarung der VOB/B sichert die Bürgschaft die Rechte aus § 13 VOB/B, bei Geltung der gesetzlichen Regeln die nach Abnahme sowie die gemäß §§ 634, 635 BGB schon vor Abnahme bestehenden Ansprüche.

BGH, Urt. v. 4. Dezember 1997 - IX ZR 247/96 - OLG Koblenz
LG Koblenz

- 3 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Dezember 1997 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Paulusch und die Richter Dr. Kreft, Stodolkowitz, Kirchhof und Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Grundurteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 9. Oktober 1996 aufgehoben.

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

Gerichtskosten für das Berufungsurteil und das Revisionsverfahren werden nicht erhoben.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Durch handschriftlichen Vertrag vom 20. September 1988 beauftragte die Klägerin mit der Erweiterung des auf ihrem Grundstück stehenden Möbelhauses die N. S.-B. GmbH (nachfolgend: Hauptschuldnerin oder Unternehmerin) zu einem Festpreis von 4,6 Mio DM zuzüglich Mehrwertsteuer. Die VOB sollte "weitere Vertragsgrundlage" sein. Am 22. Juni 1989 übernahm die beklagte Bank "für die fristgerechte Erfüllung der dem Auftragnehmer obliegenden Mängelgewährleistung" die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Betrag von 133.000 DM. Die von der Beklagten am 31. Oktober 1988 für Vertragserfüllung erteilte Bürgschaft über 115.000 DM wurde zurückgegeben.

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus der Bürgschaft mit der Begründung in Anspruch, das Werk der - inzwischen insolventen - Unternehmerin weise zahlreiche Mängel auf, deren Beseitigung weit über den Haftungsbetrag hinausgehende Kosten verursache. Die Klägerin erhebt in bestimmter Reihenfolge insgesamt 15 Beanstandungen. An 14. Stelle beruft sie sich darauf, die Unternehmerin sei verpflichtet gewesen, wegen einer von ihr veranlaßten Änderung der Bauweise eine neue Prüfstatik zu besorgen und zu bezahlen. Diese Statik sei zwar erbracht worden; jedoch habe die Klägerin die Gebühren von 57.110 DM auslegen müssen und nicht erstattet erhalten.

Die Beklagte ist der Ansicht, sämtliche geltend gemachten Ansprüche seien nicht von ihrer Bürgschaft gedeckt. Sie bestreitet zudem die behaupteten Mängel, jedoch nicht den die Prüfstatik betreffenden Sachverhalt, und beruft sich auf Verjährung. Das Berufungsgericht hat die Anfang Mai 1994 erhobene, vom Landgericht abgewiesene Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur Verhandlung über den Betrag zurückverwiesen. Mit der Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Es komme nicht darauf an, ob die Klägerin das Werk abgenommen habe; denn die Bürgschaft erstrecke sich auch auf alle Nachbesserungs- und mangelbedingten Schadensersatzansprüche, für die es einer Abnahme nicht bedürfe. Zwar seien der Umfang der Mängel

und die Höhe der Ansprüche streitig. Jedoch habe die Beklagte den Anspruch der Klägerin in Höhe von 57.000 DM wegen der Position "Prüfstatik" zugestanden. Die Klägerin könne selbst wegen verjährter Ansprüche auf die Bürgschaft zugreifen, wenn sie nur die Mängel in unverjährter Zeit gerügt habe. Dies sei jedenfalls hinsichtlich eines Teils durch Übersendung des Schreibens der Kreisverwaltung vom 25. Juli 1989 an die Unternehmerin geschehen.

II.

Das erlassene Grundurteil begegnet schon aus prozeßrechtlichen Gründen durchgreifenden Bedenken. Dies hat das Revisionsgericht auch ohne Rüge von Amts wegen zu prüfen (BGH, Urt. v. 14. Mai 1992 - IX ZR 241/91, NJW 1992, 2487).

1. Die insgesamt 15 Positionen der Hauptforderung, auf die sich die Klage aus der Bürgschaft stützt, stellen selbständige prozessuale Ansprüche dar. Die Ersatzforderungen der Klägerin haben zwar ihre gemeinsame Grundlage in dem Bauvertrag vom 20. September 1988, gründen sich jedoch nicht auf einen einzigen Mangel oder dieselbe Pflichtverletzung, was dazu führen könnte, daß sie als bloße Rechnungsposten ein und desselben Anspruchs anzusehen wären (vgl. BGH, Urt. v. 7. Dezember 1995 - VII ZR 112/95, NJW-RR 1996, 891, 892).

Vielmehr hat die Klägerin verschiedene Mängel benannt, die zudem - insbesondere was ihre Ursachen sowie die Voraussetzungen für die Entstehung eines Zahlungsanspruchs angeht - auf selbständigen, voneinander unabhängigen Tatsachen, also mehreren Lebenssachverhalten beruhen. Was schon für die aus demselben Ereignis erwachsenen verschiedenen Schadensarten zutrifft (vgl. BGHZ 89, 383, 388; BGH, Urt. v. 22. Mai 1984 - VI ZR 228/82, NJW 1984, 2346, 2347), gilt erst recht für die aus unterschiedlichen Mängeln desselben Bauwerks hergeleiteten Ansprüche, seien sie auf Beseitigung, Kostenerstattung oder Schadensersatz gerichtet.

2. Wer aufgrund mehrerer, untereinander selbständiger Mängel eine Teilforderung auf Geldersatz einklagt, muß daher angeben, wie er die Klagesumme auf die Einzelansprüche verteilt oder in welcher Reihenfolge sie dem erhobenen Begehren zugeordnet werden sollen (BGHZ 11, 192, 194; BGH, Urt. v. 8. Dezember 1989 - V ZR 174/88, NJW 1990, 2068, 2069). Diese Notwendigkeit entfällt hier nicht deshalb, weil Gegenstand der Klage ein einheitlicher Bürgschaftsanspruch ist. Schon mit Rücksicht auf die Abhängigkeit der Bürgschaftsverpflichtung von der Hauptschuld (§ 767 BGB) sowie den Übergang der befriedigten Forderung auf den Bürgen (§ 774 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist eine entsprechende Bezeichnung erforderlich, sobald sich der Bürgschaftsanspruch auf verschiedene prozessual selbständige Hauptforderungen stützt (vgl. BGH, Urt. v. 30. November 1989 - IX ZR 249/88, NJW 1990, 1366, 1367). Dem hat

die Klägerin ordnungsgemäß Rechnung getragen. Die von ihr gewählte Vorgabe hat der Richter auch bei Erlaß eines Grundurteils zu beachten. Folglich darf über lediglich hilfsweise eingeführte Ansprüche eine Entscheidung nur ergehen, wenn feststeht, daß die vorrangig erhobenen Forderungen nicht geeignet sind, den Klageanspruch in vollem Umfang abzudecken (BGH, Urt. v. 21. Februar 1986 - V ZR 38/84, WM 1986, 617, 618; v. 7. November 1991 - IX ZR 3/91, BGHR ZPO § 304 Abs. 1 Anspruchsmehrheit 2).

3. Das Berufungsgericht hätte sich daher nicht mit dem Anspruch betreffend die Prüfstatik befassen dürfen, bevor es festgestellt hatte, daß die diesem vorausgehenden 13 Forderungen den Klageanspruch nicht rechtfertigten. Da hierzu jegliche Feststellungen fehlen, kann die ergangene Entscheidung schon aus diesem Grunde nicht bestehenbleiben.

III.

Darüber hinaus ist das Berufungsurteil auch in der Sache nicht haltbar. Nach dem für die revisionsrechtliche Beurteilung maßgeblichen Streitstand ist der Anspruch der Klägerin gegen die Unternehmerin wegen der für die Prüfstatik entstandenen Aufwendungen durch die Bürgschaft nicht gesichert.

1. Die Bürgschaft der Beklagten ist bereits in der Überschrift als eine solche für Mängelgewährleistungsansprüche bezeichnet. Die Verpflichtungserklärung der Beklagten bezieht sich ebenfalls ausdrücklich nur auf solche Ansprüche. Gleichzeitig wurde die Erfüllungsbürgschaft zurückgegeben, die auch Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung vertraglicher Hauptpflichten deckt (vgl. BGH, Urt. v. 17. Dezember 1987 - IX ZR 263/86, ZIP 1988, 222, 224; v. 21. März 1989 - IX ZR 82/88, ZIP 1989, 627, 628). Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß die Parteien eine Haftung der Beklagten in einem über den Wortlaut der Urkunde hinausgehenden Sinn vereinbart haben. Eventuelle Unklarheiten über den Umfang der mit der Bürgschaft gesicherten Hauptschuld gehen im übrigen zu Lasten des Gläubigers (BGHZ 76, 187; BGH, Urt. v. 5. Juli 1990 - IX ZR 294/89, WM 1990, 1410, 1412). Daher ist zumindest derzeit anzunehmen, daß die Bürgschaft der Beklagten ausschließlich Gewährleistungsansprüche sichert.

2. Die Gewährleistung des Unternehmers meint dessen Haftung für Mängel des von ihm zu erstellenden Werks. Einen entsprechenden Fehler weist das Gebäude hinsichtlich der Prüfstatik nicht auf; diese wurde vielmehr ordnungsgemäß erbracht. Entgegen der Meinung der Revisionserwiderung handelt es sich auch nicht um einen Mangelfolgeschaden. Eine zusätzliche Prüfstatik wurde erforderlich, weil die Unternehmerin

im Einvernehmen mit der Klägerin statt der zunächst gewählten Stahlbeton-Fertigteile eine Ortbeton-Konstruktion vorgesehen hatte. Das vertragswidrige Handeln der Hauptschuldnerin lag allein darin, daß sie nicht, wie mit der Klägerin vereinbart, die Kosten dieser zweiten Prüfstatik bezahlt und die der Klägerin insoweit entstandenen Aufwendungen nicht erstattet hat. Daher handelt es sich nicht um einen Mangel des Bauwerks, sondern um eine sonstige Vertragsverletzung (vgl. BGH, Urt. v. 7. Februar 1977 - VII ZR 10/75, NJW 1977, 714; v. 8. Dezember 1988 - VII ZR 83/88, NJW 1989, 1793, 1794), für die der Auftragnehmer nicht nach den Gewährleistungsvorschriften, sondern aus anderem Rechtsgrund einzustehen hat.

IV.

Für die neue Verhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist es rechtlich nicht gleichgültig, ob die Klägerin das Bauwerk abgenommen hat. War die VOB/B vereinbart, entstanden Gewährleistungsrechte gemäß § 13 VOB/B erst mit der Abnahme (BGHZ 51, 275, 276; Ingenstau/Korbion, VOB 13. Aufl. B § 13 Rdnr. 4). Die Haftung der Beklagten umfaßt daher nicht even-

tuelle Ansprüche der Klägerin aus § 4 Nr. 7 VOB/B. Gelten die Vorschriften der §§ 633 ff BGB, können Gewährleistungsansprüche schon vor Ablieferung, also auch vor Abnahme, jedoch nur unter den in § 634 BGB bezeichneten Voraussetzungen, begründet sein.

2. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob die Mängel vor oder nach der Abnahme aufgetreten sind. Ist das Werk abgenommen, deckt die Gewährleistungsbürgschaft auch Ansprüche aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (Ingenstau/Korbion, aaO § 17 Rdnr. 28; OLG Frankfurt BauR 1987, 101, Revision nicht angenommen durch Beschl. des BGH v. 23. Oktober 1986 - VII ZR 74/86); denn der Nachbesserungsanspruch stellt nach der VOB/B den primären und hauptsächlichen Gewährleistungsanspruch dar (vgl. BGHZ 53, 122, 127). Zwar wird der Mängelbeseitigungsanspruch des gesetzlichen Werkvertragsrechts (§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB) nach Abnahme als modifizierter Erfüllungsanspruch angesehen (BGHZ 61, 42, 45; 96, 111, 116). Dieser begriffliche Unterschied ist jedoch nicht wesentlich. Maßgeblich ist vielmehr, daß die Ansprüche aus § 633 Abs. 2 und 3 BGB und aus § 13 Nr. 5 VOB/B demselben Zweck dienen und deshalb von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nach Inhalt und Umfang im wesentlichen gleichgesetzt werden (vgl. BGHZ 96, 111, 116 ff). Daher sind sie nach der Abnahme auch in derselben Weise durch eine Gewährleistungsbürgschaft gesichert. Darüber hinaus kann der Bürge sowohl bei Vereinbarung der VOB/B als auch bei Geltung der gesetzlichen Vor-

schriften auf Zahlung eines Vorschusses für die Mängelbeseitigung in Anspruch genommen werden (BGH, Urt. v. 5. April 1984 - VII ZR 167/83, NJW 1984, 2456; v. 27. Februar 1992 - IX ZR 57/91, ZIP 1992, 466, 467).

3. Nicht geklärt ist bisher, ob die Klägerin die Geltung der VOB/B wirksam vereinbart hat. Sie behauptet, sie habe lediglich als Grundstückseigentümerin und nicht als Kaufmann gehandelt; die Unternehmerin habe den Bauvertrag formuliert. War die Klägerin im Baugewerbe nicht hinreichend bewandert und auch nicht durch eine im Bauwesen tätige Person bei den Vertragsverhandlungen vertreten, konnte die VOB/B dann gemäß § 2 Abs. 1 AGBG nur in der Weise Vertragsbestandteil werden, daß die Klägerin zuvor Gelegenheit erhielt, von dem Inhalt der Regelung Kenntnis zu nehmen (vgl. BGHZ 109, 192, 196; BGH, Urt. v. 14. Februar 1991 - VII ZR 132/90, BauR 1991, 328; v. 26. März 1992 - VII ZR 258/90, NJW-RR 1992, 913; v. 19. Mai 1994 - VII ZR 26/93, NJW 1994, 2547). Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, ob die Klägerin, wie die Beklagte behauptet, zusammen mit dem Angebot der Hauptschuldnerin den vollständigen Text der VOB/B erhalten hat oder die Voraussetzungen gegeben waren, unter denen die VOB/B durch bloße Bezugnahme Vertragsinhalt wurde.

4. Richten sich die Gläubigeransprüche nach der VOB/B, waren sie im Zeitpunkt der Klageerhebung verjährt, sofern der Ablauf der Verjährungsfrist nicht wegen zwischenzeitli-

cher Löschung des Unternehmens im Handelsregister gemäß § 203 BGB eine ausreichend lange Zeit gehemmt war (vgl. BGHZ 74, 212, 213; 105, 259, 260; BAG AP Nr. 2 zu § 203 BGB; OLG Hamm NJW-RR 1990, 477, 478). Die Beklagte hat in der Revisionsverhandlung vorgetragen, die Gewährleistungsansprüche der Klägerin gegen die Hauptschuldnerin seien inzwischen wegen Verjährung rechtskräftig abgewiesen worden. Dieser neue Tatsachenvortrag ist erheblich; denn der Bürge kann sich gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB auf das zugunsten des Hauptschuldners ergangene Urteil berufen (BGH, Urt. v. 24. November 1969 - VIII ZR 78/68, NJW 1970, 279; v. 11. Dezember 1986 - IX ZR 165/85, NJW-RR 1987, 683, 685). In diesem Falle käme es jedoch auf die zwischen den Parteien streitige Frage an, ob die Klägerin die jeweiligen Mängel in unverjährter Zeit gerügt hat, weil sie dann noch die geleistete Sicherheit verwerten, also die Beklagte aus der Bürgschaft in Anspruch nehmen dürfte (vgl. BGHZ 121, 168, 173).

5. Schließlich wird das Berufungsgericht zu beachten haben, daß die Klägerin einen Teil des Werklohns der Unternehmerin zurückbehalten hat und sie sich daraus wegen der zu Recht erhobenen Forderungen befriedigen darf. Sie kann die Bürgin deshalb nur in Anspruch nehmen, soweit ihre Forderungen den ihr zur Verfügung stehenden Betrag übersteigen. Dies ergibt sich schon aus Sinn und Zweck der Gewährleistungsbürgschaft, die allein den Sicherungseinbehalt des Auftrag-

gebers ersetzen soll (vgl. BGH, Urt. v. 3. Juli 1997
- VII ZR 115/95, ZIP 1997, 1654, 1655, z.V.b. in BGHZ).

Paulusch

Kreft

Stodolkowitz

Kirchhof

Fischer