BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 287/99

Verkündet am:
3. April 2003
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 765, 401, 328, 157 F; ZPO § 51 Abs. 1

a) Eine vermögenslose GmbH, die durch Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs von Verbindlichkeiten gegenüber dem Zessionar frei wird, hat ein schutzwürdiges Eigeninteresse daran, den Anspruch mit Ermächtigung des neuen Gläubigers einzuklagen, wenn sie schon bei Begründung des Anspruchs vermögenslos war und es zweifelhaft ist, ob ein Rechtsübergang auf den neuen Gläubiger stattgefunden hat.

b) Auch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern kann als Vertrag zugunsten eines Dritten vereinbart werden; dessen Berechtigung muß sich jedoch aus der Bürgschaftsurkunde selbst in Verbindung mit den unstreitigen Tatsachen ergeben.

c) Der Grundsatz, daß der Gläubiger von Hauptforderung und Bürgschaft ein und dieselbe Person sein muß, gilt auch bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern.

BGH, Urteil vom 3. April 2003 - IX ZR 287/99 - KG Berlin
LG Berlin

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. April 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Kirchhof, Dr. Fischer, Raebel und Dr. Bergmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Kammergerichts vom 4. Juni 1999 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Subunternehmervertrag vom 12. November 1992 beauftragte die Klägerin als Generalübernehmerin die H. (nachfolgend: H.) mit der schlüsselfertigen Errichtung eines Gebäudes in B. zum Pauschalpreis von 18.200.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer. Die H. führte die Arbeiten nicht selbst aus, sondern beauftragte ihrerseits am 30. November 1992 die I. GmbH (nachfolgend: I.). Nach Ausführung des Bauvorhabens und der Abnahme durch die Klägerin erstellte die H. am 6. Mai 1994 die Schlußrechnung über einen Restbetrag von 6.748.055 DM. Zuvor hatte die beklagte Bank

am 15. April 1994 im Auftrag der H. eine Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern in Höhe von 1.046.500 DM zugunsten der Klägerin erteilt.

Da die Bauherrengemeinschaft als Auftraggeberin (nachfolgend: Grundstücksgesellschaft) die Schlußrechnung nicht zahlte, schlossen die drei an der Errichtung des Bauwerks beteiligten Gesellschaften am 27. Mai 1994 eine als "Memorandum" bezeichnete Vereinbarung, um den Konkurs der Klägerin und der H. abzuwenden. Darin verzichtete die H. auf ihre über den Betrag von 5.087.000 DM hinausgehende Forderung gegen die Klägerin und trat sie im übrigen an die I. ab, die sich unter im einzelnen niedergelegten Voraussetzungen verpflichtete, diese Forderung nicht vor dem 1. Juli 1997 gegen die Klägerin geltend zu machen und ihr eine Gewährleistungsbürgschaft über 500.000 DM zu stellen. Ob damit die Gewährleistungsansprüche gegen die H. erledigt sein sollten, ist zwischen den Parteien streitig.

Am 18. August 1994 trat die Klägerin alle Ansprüche aus dem Vertrag mit der H. an die Grundstücksgesellschaft ab. Am 3. Februar 1995 wurde ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Klägerin mangels Masse abgewiesen. Die Auflösung der Gesellschaft wurde am 6. April 1995 ins Handelsregister eingetragen. Am 1. Juni 1995 erteilte die Beklagte eine neue Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern für alle Ansprüche gegen die H. bis zum Höchstbetrag von 500.000 DM. Die Bürgschaft sollte erst mit Rückgabe der Gewährleistungsbürgschaft über 1.046.500 DM in Kraft treten, was in der Folgezeit geschah.

Die Klägerin nimmt die Beklagte im Urkundenprozeß aus dieser Bürgschaft in Anspruch, weil die H. die Beseitigung von Mängeln, deren Kosten auf über 500.000 DM beziffert worden sind, abgelehnt hat. Die Grundstücksge-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

sellschaft hat die Klägerin ermächtigt, deren Rechte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einzuklagen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Kammergericht die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

Das Berufungsgericht sieht die Klage als zulässig an. Die Klägerin sei trotz der ins Handelsregister eingetragenen Auflösung der Gesellschaft parteifähig, weil sie Ansprüche gerichtlich geltend mache, die nicht offensichtlich unbegründet seien. Daß sie keine eigenen Rechte verfolge, sondern im Wege gewillkürter Prozeßstandschaft die Ansprüche der Bauherrengemeinschaft durchzusetzen suche, sei ebenfalls unbedenklich; denn sie sei dazu ermächtigt worden und habe ein eigenes berechtigtes Interesse am Erfolg der Klage.

1. Mit Recht hat das Berufungsgericht die Klägerin trotz der Eintragung ihrer Auflösung im Handelsregister als parteifähig angesehen. Ist eine GmbH infolge Zurückweisung eines Insolvenzantrags wegen Masselosigkeit aufgelöst worden (§ 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG a.F.; § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 9. Oktober 1934 - RGBl. I 914), kann die Gesellschaft gleichwohl mit der Behauptung, ihr stehe ein vermögensrechtlicher Anspruch zu, einen Aktivprozeß führen. In-

soweit gilt sie weiterhin als parteifähig (BGHZ 48, 303, 307; BGH, Urt. v. 21. Oktober 1985 - II ZR 82/85, WM 1986, 145; v. 26. Juni 1995 - II ZR 282/93, NJW-RR 1995, 1237).

2. Die Klägerin ist auch befugt, Ansprüche der Grundstücksgesellschaft im eigenen Namen einzuklagen.

a) Nach ständiger Rechtsprechung darf eine Partei ein fremdes Recht gerichtlich geltend machen, wenn der Berechtigte ihr eine entsprechende Ermächtigung erteilt hat und sie an der Durchsetzung des Rechts ein eigenes schutzwürdiges Interesse hat (BGHZ 100, 217, 218; 102, 293, 296; BGH, Urt. v. 22. Dezember 1988 - VII ZR 129/88, WM 1989, 585, 586; v. 11. März 1999 - III ZR 205/97, NJW 1999, 1717). Die Klägerin bleibt auch nach dem Übergang der durch die Bürgschaft gesicherten Gewährleistungsansprüche der Zessionarin gegenüber selbst zur Gewährleistung verpflichtet. Das daraus folgende berechtigte Eigeninteresse des zur Durchsetzung der fremden Gewährleistungsansprüche ermächtigten Bauunternehmers erstreckt sich auch auf die als Sicherheit für diese Forderung dienende Bürgschaft (BGHZ 70, 389, 394; Urt. v. 22. Dezember 1988, aaO).

b) Allerdings verneint der Bundesgerichtshof bei einer überschuldeten, vermögenslosen GmbH in der Regel ein schutzwürdiges Eigeninteresse daran, abgetretene Forderungen im eigenen Namen und auf eigene Kosten zugunsten des neuen Gläubigers einzuklagen, weil sich mit der Liquidation der Gesellschaft deren Verbindlichkeiten von selbst erledigen und in Anbetracht dessen eine unzumutbare Beeinträchtigung des Gegners darin zu sehen ist, daß er den ihm bei erfolgloser Klage zustehenden Erstattungsanspruch voraussichtlich nicht durchsetzen kann (BGHZ 96, 151, 155). Die höchstrichterliche Rechtspre-

chung läßt jedoch die Prozeßstandschaft zu, sofern der Gegner aufgrund besonderer Umstände nicht unbillig benachteiligt wird. Dies ist etwa angenommen worden, wenn die Vermögenslosigkeit der klagenden GmbH erst während des Prozesses eingetreten ist und kein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang zwischen der Überschuldung, der Offenlegung der Abtretung und der Ermächtigung zur Prozeßführung besteht (BGH, Urt. v. 22. Dezember 1988, aaO; v. 21. Dezember 1989 - VII ZR 84/89, WM 1990, 657, 659; v. 19. September 1995 - VI ZR 166/94, NJW 1995, 3186, 3187).

c) Auch im Streitfall liegen besondere Umstände vor, die die Prozeßführung der Klägerin rechtfertigen.

Bereits bei Erteilung der Bürgschaft war die Auflösung der Klägerin im Handelsregister eingetragen. Dies war für die Repräsentanten der Beklagten erkennbar. Da sich seit Begründung des Vertragsverhältnisses, aus dem die Klägerin Ansprüche herleitet, an ihren Vermögensverhältnissen nichts Wesentliches geändert hat, wird die Beklagte nicht dadurch unbillig beeinträchtigt, daß die Zedentin den Prozeß führt. War der Vertragspartner und ehemalige Anspruchsinhaber bereits bei Vertragsschluß vermögenslos, so hat sich mit der gerichtlichen Auseinandersetzung ein Risiko verwirklicht, das für den Beklagten bereits bei Vertragsschluß erkennbar war.

Hier kommt noch hinzu, daß es aus Rechtsgründen zweifelhaft erscheint, ob Rechte aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Bürgschaftsvertrag auf die Zessionarin übergehen konnten (vgl. dazu unten II). Jedenfalls in einem solchen Fall handelt die vermögenslose GmbH, die dem Zessionar zur Gewährleistung verpflichtet ist, nicht rechtsmißbräuchlich, wenn sie mit dessen Ermächtigung den Prozeß selbst führt.

II.

Das Berufungsgericht meint, der geltend gemachte Anspruch sei jedenfalls im Rahmen des Urkundenprozesses begründet. Die Klägerin habe die formalen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Bürgen beachtet. Die Beklagte habe nicht liquide bewiesen, daß die Klägerin die Rechtsstellung aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern mißbräuchlich ausnutze. Aus dem "Memorandum" vom 22. Mai 1994 sei nicht zweifelsfrei zu entnehmen, daß die Beteiligten einen Verzicht auf die gegen die H. gerichteten Gewährleistungsansprüche vereinbart hätten. Unabhängig vom widerstreitenden Vortrag der Parteien sei davon auszugehen, daß die Übergabe der Bürgschaft nicht ungewollt geschehen sei. Die Durchsetzung des Klageanspruchs sei weder wegen der Vermögenslosigkeit der Klägerin noch im Hinblick auf den Inhalt der Sicherungsabrede des Subunternehmervertrags als mißbräuchlich anzusehen.

Diese Erwägungen tragen das angefochtene Urteil nicht. Im Gegenteil folgt aus dem für die rechtliche Beurteilung maßgeblichen Prozeßstoff, daß ein Anspruch aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht wirksam begründet worden ist.

1. In der Urkunde vom 1. Juni 1995 übernahm dem Wortlaut nach die Beklagte gegenüber der Klägerin eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zur Sicherung von deren Gewährleistungsansprüchen gegen die H . Das Berufungsgericht hat bereits nicht hinreichend beachtet, daß damit ein Bürgschaftsanspruch der Klägerin nicht begründet werden konnte, weil diese zu jenem Zeitpunkt nicht mehr Inhaber der gesicherten Forderung war. Die Gewährlei-

stungsansprüche gegen die H. waren an die Grundstücksgesellschaft abgetreten.

a) Nach § 767 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB gilt für den Bestand von Hauptverbindlichkeit und Bürgenschuld der Grundsatz der strengen Akzessorietät. Das trifft auch für die Rechtszuständigkeit auf der Gläubigerseite zu. Das Gesetz geht mithin davon aus, daß bei Begründung der Bürgschaft dieselbe Person Inhaber des Haupt- und des Bürgschaftsanspruchs ist (BGHZ 115, 177, 182 f). Die Gläubigeridentität kann auch durch eine spätere Abtretung der Hauptforderung nicht zerrissen werden. Ebensowenig erwirbt jemand einen Bürgschaftsanspruch, dem die gesicherte Forderung nicht mehr zusteht (BGHZ 115, 177, 183 f).

b) Diese Grundsätze gelten auch für Begründung und Übertragung der Rechte aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern.

Wie der Senat bereits mehrfach entschieden hat, handelt es sich bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht um ein Sicherungsmittel eigener Art; sie stellt vielmehr lediglich eine den Gläubiger besonders privilegierende Form der Bürgschaftsverpflichtung dar (BGH, Urt. v. 25. Februar 1999 - IX ZR 24/98, WM 1999, 895, 899; v. 24. Oktober 2002 - IX ZR 355/00, WM 2002, 2498, 2499, z.V.b. in BGHZ). Der Vorteil für den Gläubiger besteht im wesentlichen darin, daß er, wenn er Leistung aus einer solchen Bürgschaft verlangt, nicht die Schlüssigkeit der Hauptforderung darlegen, sondern lediglich die urkundlich vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllen muß und der Bürge mit allen Einwendungen ausgeschlossen ist, die nicht offensichtlich oder liquide beweisbar begründet sind. Alle übrigen aus der Akzessorietät der Bürgschaft folgenden Einwendungen sind damit nicht erledigt, sondern lediglich in einen Rückforde-

rungsprozeß verlagert. Die aus dem Akzessorietätsgrundsatz folgenden Einreden des Bürgen nach § 768 BGB können daher bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern ebensowenig wie bei einer gewöhnlichen Bürgschaft formularmäßig wirksam ausgeschlossen werden (BGHZ 147, 99, 104). Eine das Akzessorietätsprinzip aushebelnde Individualabrede hätte zur Folge, daß die Vertragspartner eine von der Bürgschaft auf erstes Anfordern verschiedene, der Garantie entsprechende Sicherheit bestellen.

Daher gibt es in der Frage der Gläubigeridentität keinen Unterschied zwischen der Bürgschaft auf erstes Anfordern und der in § 765 BGB normierten Haftung. Rechte aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern kann nur derjenige erwerben, der schon vorher Gläubiger der Hauptforderung ist oder sie zeitgleich übertragen erhält (§ 401 BGB).

c) Ein Anspruch aus der Urkunde vom 1. Juni 1995 ist auf die Zessionarin nicht gemäß § 401 BGB übergegangen. Diese Vorschrift setzt voraus, daß die Bürgschaft im Zeitpunkt der Abtretung bestellt ist. Wird die Bürgschaft erst nach der Abtretung erteilt, fallen im Zeitpunkt des Vertrages der Gläubiger der Hauptforderung und der Bürgschaftsgläubiger auseinander, mit der Folge, daß im Regelfall keine wirksame Bürgschaftsverpflichtung entsteht (BGH, Urt. v. 11. Mai 1966 - VIII ZR 102/65, WM 1966, 859, 861; Staudinger/Horn, BGB, 13. Bearb. § 765 Rn. 203; Lindner-Figura, NJW 2002, 3134). Zwar war die Bürgschaft vom 15. April 1994 nach dieser Vorschrift auf die Zessionarin übergegangen. Dieser Bürgschaftsvertrag wurde jedoch nicht geändert; vielmehr wurde am 1. Juni 1995 eine neue Verpflichtung begründet, deren Entstehung gerade vom Erlöschen des alten Vertrages abhängig gemacht wurde. Die Abtretungsvereinbarung der Klägerin mit der Grundstücksgesellschaft enthält auch keine Regelung, die als Übertragung künftiger Sicherheiten im Sinne des Se-

natsurteils vom 15. August 2002 (IX ZR 217/99, WM 2002, 1968) verstanden werden könnte.

d) Ein Bürgschaftsanspruch der Klägerin läßt sich auch nicht mit den Erwägungen begründen, die dem Urteil des BGH vom 17. Februar 1982 (VIII ZR 286/80, WM 1982, 485, 486) zugrunde liegen. Nach dieser Entscheidung kann eine Gewährleistungsbürgschaft, die der Unternehmer dem Bauträger zu einem Zeitpunkt erteilt hat, als dieser die gesicherten Ansprüche bereits an den Erwerber abgetreten hatte, in dem Sinne ausgelegt werden, daß sie dessen zukünftige, aufschiebend bedingte Gewährleistungsansprüche gegen den Unternehmer sichert, die sich dann ergeben, wenn jener zur Mängelbeseitigung nicht in der Lage ist und der Bauträger deshalb selbst dem Erwerber einstehen muß. Ob dieser Auffassung zuzustimmen ist, braucht der Senat nicht zu entscheiden; denn ein eigener Bürgschaftsanspruch der Klägerin kommt nur in Betracht, wenn die gesicherte Forderung wieder auf sie zurückübertragen worden ist. Das aber behauptet die Klägerin nicht. Sie klagt deshalb nicht aus eigenem Recht, sondern macht ausschließlich Ansprüche der Grundstücksgesellschaft geltend.

Im übrigen entfiele auch bei einem eigenen Anspruch das Recht, Zahlung auf erstes Anfordern zu verlangen, weil infolge der Ablehnung eines Konkursverfahrens über das Vermögen der Klägerin mangels einer die Kosten dekkenden Masse davon auszugehen ist, daß sich die Klägerin in masseloser Insolvenz befindet (vgl. BGH, Urt. v. 4. Juli 2002 - IX ZR 97/99, ZIP 2002, 1633, z.V.b. in BGHZ 151, 236).

2. Bürgschaftsverträge können auch in der Weise geschlossen werden, daß ein Dritter als Inhaber der Hauptforderung die Rechte gemäß § 328 BGB

erwerben soll (BGH, Urt. v. 20. Oktober 1988 - IX ZR 47/87, NJW-RR 1989, 315, 317 f). Das gilt für Bürgschaften auf erstes Anfordern ebenfalls. Jedoch muß die Vereinbarung eines solchen Anspruchs schon aus dem Inhalt der Bürgschaftsurkunde hinreichend erkennbar hervorgehen. Sonstige dem Gericht vorliegende Urkunden sowie unstreitige Tatsachen können dabei ergänzend berücksichtigt werden (BGH, Urt. v. 25. Februar 1999 - IX ZR 24/98, WM 1999, 895). Diese strengen formalen Anforderungen folgen aus der Natur des Rechtsinstituts, das dem Gläubiger eine vereinfachte Durchsetzung seines behaupteten Anspruchs ermöglicht. Diese Rechtswirkungen sind nur dann gerechtfertigt, wenn sich schon aus der Bürgschaftsurkunde selbst zweifelsfrei ergibt, daß die geltend gemachte Forderung gesichert ist. Die entsprechenden Voraussetzungen sind vom Gläubiger darzulegen und nachzuweisen (BGH, Urt. v. 25. Februar 1999, aaO S. 897).

Da die Auslegung lediglich die Bürgschaftsurkunde vom 1. Juni 1995 sowie die unstreitigen Tatsachen zu berücksichtigen hat, kann sie der Senat selbst vornehmen. Sie führt zu dem Ergebnis, daß die Beklagte für den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch der Zessionarin nicht aufgrund einer Bürgschaft auf erstes Anfordern einzustehen hat.

a) Die Bürgschaftsurkunde vom 1. Juni 1995 bezeichnet als Gläubigerin ausdrücklich die Klägerin. In solchen Fällen kann im allgemeinen nicht statt der benannten Person ein Dritter als Gläubiger angesehen werden; denn die Person des Gläubigers ist für den Bürgen von wesentlicher Bedeutung (vgl. BGH, Urt. v. 15. August 2002 - IX ZR 217/99, WM 2002, 1968, 1969). Dieser Grundsatz, der schon bei der gesetzlichen Bürgschaft (§ 765 BGB) gilt, gewinnt bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern wegen der dort geltenden Formenstrenge erhöhte Bedeutung.

b) Für eine Auslegung der Bürgschaft in dem Sinne, daß sie dem Zessionar gegenüber erteilt sein soll, könnte in der Urkunde selbst allenfalls folgender Satz einen Anknüpfungspunkt bilden:

> "Diese Bürgschaft tritt in Kraft, sobald uns unsere Gewährleistungsbürgschaft Nr. ... vom 15.04.1994 in Höhe von DM 1.046.500,00 im Original vorliegt."

Die Rechte aus der Bürgschaft über 1.046.500 DM waren aufgrund der unstreitigen Abtretung vom 18. August 1994 gemäß § 401 BGB auf die Grundstücksgesellschaft übergegangen. Ob dieser Hinweis als ausreichend anzusehen wäre, wenn die Zessionarin die alte Bürgschaft erhalten hätte oder die Urkunde von der Klägerin treuhänderisch für sie verwahrt worden wäre, kann dahingestellt bleiben; denn so liegen die Dinge im Streitfall nicht.

Nach dem Vortrag der Klägerin wandte sich der Geschäftsführer der H. im Frühjahr 1995 an den Liquidator der Klägerin und verlangte die Herausgabe der Bürgschaft vom 15. April 1994. Der Liquidator habe ihm daraufhin mitgeteilt, daß dies im Hinblick auf das Kreditarrangement der Klägerin bei der K. Bank nicht möglich sei, ohne daß eine neue Gewährleistungsbürgschaft übergeben werde. Man habe sich am 31. Mai 1995 darauf geeinigt, eine entsprechende Bürgschaft beizubringen. Unstreitig wurde die Bürgschaftsurkunde anschließend der K. Bank übergeben. Die Parteien streiten lediglich darüber, auf welchem Weg dies geschehen ist. Die Klägerin behauptet, der Liquidator habe die Urkunde zur K. Bank gebracht. Die Beklagte trägt vor, der Mitarbeiter K. der H. habe die Bürgschaftsurkunde bei der K. Bank persönlich abgegeben.

Nach dem eigenen Vortrag der Klägerin hatten die Beteiligten damals nicht im Sinn, einen Bürgschaftsanspruch zugunsten der Zessionarin zu begründen. Vielmehr bestand bei der Klägerin die Vorstellung, die Bürgschaft sei ein taugliches Sicherungsmittel für die Kreditansprüche ihrer Hausbank. Zwar war diese Auffassung rechtlich unhaltbar. Die Bürgschaftsverpflichtung konnte wirksam werden nur gegenüber der Zessionarin als der Inhaberin des gesicherten Anspruchs. Das allein reicht jedenfalls nicht aus, um nunmehr im Wege ergänzender Vertragsauslegung eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zugunsten der Zessionarin zu bejahen; denn das stände in Widerspruch zu den Anforderungen an die Rechtsklarheit, die aus Gründen des Verkehrsschutzes an den in der Bürgschaftsurkunde niedergelegten Vertragsinhalt zu stellen sind.

c) Im Hinblick auf den tatsächlich geäußerten Willen der Parteien läßt sich aus den Umständen, die hier allein in die Auslegung einbezogen werden dürfen, nicht nach Treu und Glauben annehmen, daß die Klägerin, hätte sie die Rechtslage erkannt, einen Bürgschaftsvertrag zugunsten der Zessionarin geschlossen hätte. Ein Wille, der Zessionarin etwas zuzuwenden, läßt sich aus den hier für die Auslegung bedeutsamen Tatsachen nicht erkennen.

III.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO a.F.), weil die Klägerin den geltend gemachten Anspruch nicht aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern herleiten kann.

1. Die Sache ist jedoch nicht reif zur abschließenden Entscheidung.

a) Scheitert die auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern gestützte Klage, weil aus der Urkunde nicht hinreichend deutlich hervorgeht, daß der geltend gemachte Anspruch gesichert ist, muß anschließend geprüft werden, ob der Kläger den Anspruch nach den Regeln des gesetzlichen Bürgschaftsrechts beweisen kann; denn eine Vereinbarung über eine Bürgschaft auf erstes Anfordern ist grundsätzlich in dem Sinne auszulegen, daß sie zugleich eine einfache Bürgschaft als Verpflichtung enthält (BGH, Urt. v. 25. Februar 1999, aaO S. 899; v. 4. Juli 2002, aaO S. 1635). Die Entstehung eines solchen Anspruchs kann auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden, die für eine Bürgschaft auf erstes Anfordern rechtlich unerheblich sind. Diese dem Tatrichter obliegende Prüfung ist bisher nicht vorgenommen worden.

b) Eine solche Überprüfung ist im Streitfall nicht deshalb entbehrlich, weil die Klägerin im Urkundenprozeß vorgeht und mit den gemäß §§ 592, 595 ZPO zulässigen Beweismitteln aus den oben zu II 2 b, c genannten Gründen auch nicht bewiesen werden kann, daß ein gewöhnlicher Bürgschaftsanspruch entstanden ist. In den Vorinstanzen haben die Beteiligten nicht erkannt, daß der Anspruch möglicherweise an fehlender Gläubigeridentität scheitert. Die Parteien müssen daher noch Gelegenheit erhalten, ihr Prozeßverhalten darauf einzurichten und eventuell aus ihrer Sicht wesentliches Vorbringen in den Rechtsstreit einzuführen. Sollte sich die Klägerin veranlaßt sehen, vom Urkundenprozeß nunmehr Abstand zu nehmen, wird das Berufungsgericht zu beachten haben, daß dies in der Berufungsinstanz unter den gleichen Voraussetzungen wie eine Klageänderung zulässig ist (BGHZ 29, 337, 339; 69, 66, 69; BGH, Urt. v. 19. Oktober 1999 - XI ZR 308/98, WM 1999, 2324, 2326).

2. Sollte das Berufungsgericht aufgrund der neuen Verhandlung zu dem Ergebnis gelangen, daß ein Anspruch aus einer gewöhnlichen Bürgschaft in

Betracht kommt, wird es die Einwendungen und die Beweisanträge der Beklagten umfassend neu prüfen und insbesondere nochmals zu würdigen haben, ob die Klägerin in dem "Memorandum" vom 22. Mai 1994 auf Gewährleistungsansprüche gegen die H. wirksam verzichtet hat.

Kreft Kirchhof Fischer

Raebel Bergmann