

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB §§ 638 Abs. 1 S. 2, 765, 670;

VOB/B §§ 13 Nr. 5, 17;

KO § 26;

Allg. Geschäftsbed. der Sparkassen Nr. 20;

Allg. Geschäftsbed. der Banken Nr. 13

- a) Die Verjährung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung von Gewährleistungspflichten, der anlässlich der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Werkunternehmers entsteht, beginnt gemäß § 638 Abs. 1 S. 2 BGB mit der Abnahme.
- b) Das schriftliche Nachbesserungsverlangen gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B unterbricht nur dann den Lauf der Gewährleistungsfrist, wenn es gegenüber dem Unternehmer vorgenommen wird. Eine schriftliche Rüge konkreter Mängel gegenüber einem Bürgen der Gewährleistungsverpflichtung hat diese Rechtsfolge auch dann nicht, wenn über das Vermögen des Unternehmers der Konkurs eröffnet ist.
- c) Die Gewährleistungsbürgschaft gemäß § 17 VOB/B begründet nur dann eine Bürgschaftsverpflichtung auf erstes Anfordern, wenn dies vereinbart ist.
- d) Nr. 20 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkassen und Nr. 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken befreien die bürgenden Kreditinstitute nicht davon, dem Hauptschuldner die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft anzuzeigen und ihm bei nicht auszuschließenden Zweifeln an dem Bestehen von Einwendungen gegen die Hauptschuld Gelegenheit zu geben, liquide Einwandtatsachen vorzubringen.

BGH, Urt. v. 19. September 1985 - IX 2R 16/85 - OLG Oldenburg
LG Aurich

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 16/85

URTEIL

Verkündet am:
19. September 1985
K r ä m e r
Justizsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Kreissparkasse A [REDACTED] - O [REDACTED] Sparkasse -, vertreten
durch den Vorstand, M [REDACTED], A [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und
[REDACTED] -

g e g e n

Gerhard B [REDACTED], F [REDACTED]-B [REDACTED] Nr. [REDACTED],
S [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
und [REDACTED] -

- 2 -

72

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. September 1985 durch die Richter am Bundesgerichtshof Fuchs, Zorn, Gärtner, Winter und Dr. Graßhof

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 4. Dezember 1984 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus einer Rückbürgschaft in Anspruch.

Die Firma R-Bau GmbH (Auftragnehmerin, Hauptschuldnerin) erhielt im Juni 1978 von dem Landkreis A und der Gemeinde W (Auftraggeber, Gläubiger) den Auftrag zum Ausbau eines Hauptwirtschaftsweges. Dem Vertrag lagen die Bedingungen der VOB zugrunde. Die Auftragnehmerin hatte eine Sicherheit in Form einer Bankbürgschaft über 42 000 DM zu



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

stellen. Sie schloß mit der Klägerin einen Avalkreditvertrag. Diese übernahm daraufhin am 21. Juli 1978 die Bürgschaft gegenüber den Auftraggebern. Den Rechtsbeziehungen zwischen der Auftragnehmerin und der Klägerin lagen deren Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde, die in Nr. 20 bestimmen, daß die Klägerin auch ohne gerichtliches Verfahren auf einseitiges Anfordern des Gläubigers zur Zahlung berechtigt ist, wenn sie aus einer im Auftrag ihres Kunden übernommenen Bürgschaftsverpflichtung in Anspruch genommen wird.

Die von der Klägerin unterzeichnete Bürgschaftsurkunde hat unter anderem den folgenden Wortlaut:

"... übernehmen wir ... hiermit für den Auftragnehmer die selbstschuldnerische Bürgschaft und verpflichten uns, jeden Betrag bis zur Gesamthöhe von

DM 42 000

...

an den Auftraggeber zu zahlen, sofern der Auftragnehmer seiner Verpflichtung zur vertragsgemäßen Ausführung der Leistung einschließlich der Abrechnung nicht oder nicht vollständig nachgekommen ist. Auf die Einreden der Anfechtung und der Aufrechnung sowie der Vorausklage gemäß §§ 770, 771 BGB wird verzichtet. ...

Die Bürgschaft erlischt, wenn uns die Bürgschaftsurkunde zurückgegeben wird bzw. bei Entlassung aus der Gewährleistung, wenn wir bis dahin nicht aus der Bürgschaft in Anspruch genommen wurden."

Als Sicherheit für ihre Bürgschaftsverbindlichkeit hatte die Klägerin sich bereits am 14. Juli 1978 eine Rückbürgschaft des Beklagten geben lassen; dieser ist der Schwiegervater des damaligen Geschäftsführers der Auftragnehmerin. Die von dem Beklagten unterzeichnete Urkunde hat unter anderem folgenden Wortlaut:

"... übernehme ich, der Unterzeichnende ... gegenüber der Kreissparkasse A[REDACTED] - O[REDACTED] Sparkasse - in A[REDACTED] die selbstschuldnerische Bürgschaft - und zwar unter Verzicht auf die Einrede der Anfechtung, Aufrechnung und Vorklage gemäß §§ 770, 771 BGB bis zum Höchstbetrag von

DM 42 000

... für den Fall, daß die Kreissparkasse A[REDACTED] aus der obigen Bürgschaft in Anspruch genommen wird."

Die Auftragnehmerin meldete am 15. Juni 1979 Konkurs an. Am 22. Juni 1979 kündigten die Auftraggeber den Bauvertrag. Am 27. Juni 1979 fand die Abnahme der bis dahin erbrachten Werkleistungen statt. Für die Auftragnehmerin nahm Rechtsanwalt B[REDACTED] als Sequester an der Abnahmeverhandlung teil. Die bei der Begehung festgestellten Mängel sind in einer Protokollanlage aufgeführt. Die Niederschrift sieht weiter vor, daß die Verjährungsfrist für die Gewährleistung der von der Auftragnehmerin ausgeführten Erd- und Pflasterarbeiten gemäß § 13 VOB/B am 27. Juni 1981 ende. Die Kosten, die zur Behebung der bei der Abnahme festgestellten Mängel entstanden, setzten die Auftraggeber nach Konkurseröffnung von dem Restwerklohnanspruch der Gemeinschuldnerin ab und zahlten den Restbetrag unter anderem an aussonderungsberechtigte Gläubiger aus.

Am 4. März und 25. Juni 1981 stellten die Auftraggeber an den von der Auftragnehmerin erbrachten Leistungen neue Mängel fest. Eine Ablichtung des Schreibens, in dem der Landkreis A[REDACTED] der Gemeinde W[REDACTED] diese Mängel schilderte, übersandte diese am 26. Juni 1981 an die Klägerin, der sie mit folgendem Anschreiben am Montag, dem 29. Juni 1981, zuging:

"Beigefügt überreiche ich das soeben von der Bauleitung der II. Reihe bei mir eingegangene Schreiben vom 25. Juni 1981 (...) über die Mängel, die innerhalb der Gewährleistungsfrist bislang sichtbar geworden sind.

Die Beseitigung der Mängel wird nach der überschläglichen Berechnung der Bauleitung rd. 60.000,-- DM Kosten verursachen. Sobald der Gemeinde als Baulastträgerin der II. Reihe endgültige Kostenabrechnungen vorliegen, wird die bis 1984 befristete Vertragserfüllungsbürgschaft der Kreissparkasse in Anspruch genommen werden.

Ich zeige hiermit die Bürgschafts-Inanspruchnahme förmlich an."

Am 22. Dezember 1981 schrieb die Gemeinde W[REDACTED] an die Klägerin, daß die Arbeiten zur Beseitigung der bis jetzt erkennbaren Mängel abgeschlossen seien. Sie fügte Rechnungen der damit beauftragten Firmen über insgesamt 57 293,04 DM bei und bat um Zahlung des verbürgten Betrages von 42 000 DM.

Mit Schreiben vom 6. Januar 1982 teilte die Klägerin dem Beklagten ihre Inanspruchnahme aus der Bürgschaft mit. Sie bat um Vorlage der über den Bauvertrag vorhandenen Unterlagen, um das Bestehen der verbürgten Schuld überprüfen zu können. Sie schrieb weiter:

"... Sofern es sich als sinnvoll und erfolgversprechend erweisen sollte, daß sich die Sparkasse von der Gemeinde W[REDACTED] auf Zahlung aus der Bürgschaft verklagen läßt, wäre von Ihnen ein angemessener Gerichtskostenvorschuß von ca. 15 000 DM zu entrichten.

Falls wir bis zum 15. des Monats von Ihnen keine Rückäußerung hören, werden wir ohne weitere Aufforderung seitens der Gemeinde W[REDACTED] Zahlung leisten und Sie aus der von Ihnen übernommenen Rückbürgschaft vom 14. Juli 1978 in Anspruch nehmen."

Der Beklagte bestritt die Verantwortlichkeit der Auftragnehmerin für die aufgetretenen Mängel. Im Hinblick auf diese Einwendungen führte die Klägerin mit der Gemeinde W[REDACTED] eingehende Gespräche über die Berechtigung der geltend gemachten Ansprüche. Am 7. März 1983 überwies sie den Bürgschaftsbetrag an die Gemeinde W[REDACTED] und unterrichtete den Beklagten davon; sie wies ihn darauf hin, daß sie sich von den bestehenden Gewährleistungsansprüchen habe überzeugen lassen. Sie vertrat im übrigen die Auffassung, sie könne sich bei einer Gewährleistungsbürgschaft ihrer Zahlungsverpflichtung nicht durch den Hinweis auf das Fehlen von Mängeln entziehen.

Das Konkursverfahren über das Vermögen der Auftragnehmerin war seinerzeit noch nicht aufgehoben.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Zahlung des Betrages von 42 000 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1. April 1983. Der Beklagte erhob die Einrede der Verjährung der Hauptverbindlichkeit. Das Landgericht gab der Klage statt; das Oberlandesgericht wies sie ab. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht meint, die verbürgte Gewährleistungsverpflichtung der Auftragnehmerin sei verjährt gewesen, als die Klägerin ihre Bürgschaft erfüllt habe. Dies

habe die Klägerin erkennen können und müssen. Sie habe daher gegen Treue- und Sorgfaltspflichten aus dem zwischen ihr und dem Beklagten bestehenden Bankgeschäft verstoßen und eine positive Vertragsverletzung begangen, die sie dazu verpflichte, den Beklagten von seiner Bürgschaftsschuld freizustellen.

Die Rückbürgschaft des Beklagten habe die Klägerin nur für den Fall einer berechtigten Inanspruchnahme aus ihrer Bürgschaft absichern sollen. Eine solche habe nach eingetretener Verjährung der Hauptschuld nicht vorgelegen, weil die Klägerin weder auf die Rechte aus § 768 BGB verzichtet noch sich dazu verpflichtet habe, auf erstes Anfordern zu zahlen.

II. Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts kann im Ergebnis, nicht aber in der Begründung gefolgt werden.

Das Berufungsgericht übersieht, daß die Erfüllung einer einredebehafteten Bürgschaftsschuld durch die Klägerin schon keine Verpflichtung des Beklagten, aufgrund der Rückbürgschaft zu zahlen, ausgelöst hat, so daß es einer Freistellung von seiner Haftung im Wege des Schadensersatzes gemäß § 249 BGB nicht bedarf. Auf die nicht unbedenkliche Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe gegen die ihr als Gläubigerin der Rückbürgschaft obliegenden Treue- und Sorgfaltspflichten verstoßen (vgl. dazu BGH, Urteile v. 5. Dezember 1962 - VIII ZR 251/61, WM 1963, 24, 25; v.

16. Februar 1984 - IX ZR 106/83, NJW 1984, 2455, 2456;
Mormann, WM 1963, 930, 934) kommt es daher nicht an.

1. Durch eine Rückbürgschaft verpflichtet sich der Rückbürge gegenüber dem Bürgen, für die Erfüllung etwaiger Rückgriffsansprüche des Bürgen gegen den Hauptschuldner einzustehen (BGH, Urt. v. 19. Januar 1972 - VIII ZR 111/70, LM BGB § 766 Nr. 15; BGHZ 73, 94, 96, 98; Mormann-BGB-RGRK 12. Aufl. § 765 Rdnr. 23; Staudinger/Horn BGB 12. Aufl. vor §§ 765 bis 778 Rdnr. 28). Auch das Berufungsgericht versteht die von dem Beklagten übernommene Bürgschaft in diesem Sinne.

Die Beziehungen der Beteiligten einer Rückbürgschaft unterliegen den allgemeinen Bürgschaftsregeln (Motive zu dem Entwurf eines BGB Bd. II S. 676; MünchKomm/Pecher BGB § 765 Rdnr. 58). Im Sinne dieser Bestimmungen ist der Rückbürge der Bürge. Der erste Bürge ist der Gläubiger. Hauptschuldner ist auch hier der Hauptschuldner der von dem ersten Bürgen verbürgten Verbindlichkeit. Verbürgte Hauptschuld ist ein Rückgriffsanspruch, den der erste Bürge gegen den Hauptschuldner durch die Erfüllung seiner Bürgschaftsschuld erwerben wird. Nur wenn der erste Bürge eine solche Rückgriffsforderung erlangt, besteht gemäß §§ 765, 767 BGB eine Verpflichtung des Rückbürgen.

2. Die Klägerin hatte die durch die Rückbürgschaft zu sichernde Forderung gegen die Hauptschuldnerin noch nicht erlangt, als der Beklagte sich verbürgte. Sie konnte durch die Leistung auf die Bürgschaft aus zwei rechtlichen Gesichtspunkten Rückgriffsansprüche gegen die Hauptschuldnerin erworben haben.

a) Sie wurde gemäß § 774 BGB Inhaberin des von den Auftraggebern gegen die Auftragnehmerin geltend gemachten Anspruchs, wenn dieser bestand und verbürgt war.

Die Auftraggeber hatten Gewährleistungsrechte geltend gemacht, mit denen sie Ersatz der Kosten für die Nachbesserung der im März und Juni 1981 festgestellten Werkmängel begehrt. Von dem Bestehen dieses Anspruchs geht das Berufungsgericht ohne nähere Feststellungen und Begründung aus, weil es ihn als verjährt ansieht. In der Revisionsinstanz ist daher zugunsten der Klägerin eine solche aus § 13 Nr. 5 VOB/B herzuleitende Forderung zu unterstellen.

Die Auslegung des Berufungsgerichts, daß die Bürgschaft der Klägerin auch für die Gewährleistungsansprüche der Auftraggeber galt, ist richtig und wird von der Revision nicht angegriffen.

b) Die Übernahme der Bürgschaft der Klägerin beruhte auf einem mit der Hauptschuldnerin geschlossenen Avalkreditvertrag. Dieser ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB, soweit die Bank sich zur Übernahme einer Bürgschaft verpflichtet (vgl. Staudinger/Horn aaO § 765 Rdnr. 36). Gemäß §§ 675, 670 BGB kann die Klägerin daher den auf die Bürgschaft geleisteten Betrag als Aufwendung ersetzt verlangen, wenn sie die Erfüllung ihrer Bürgschaftspflichtung für erforderlich halten durfte. Auf einen solchen Anspruch wirkt sich hier nicht die Regelung des § 23 KO aus, wonach ein von einem späteren Gemeinschuldner erteilter Geschäftsbesorgungsauftrag durch die Eröffnung des Konkurses

erlischt. Die von der Klägerin geschuldete Geschäftsbesorgung war mit Übernahme der Bürgschaft vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Auftragnehmerin ausgeführt.

3. Beide in Betracht kommende Rückgriffsansprüche scheitern aber daran, daß die Klägerin die Bürgschaft erfüllte, obwohl die verbürgte Gewährleistungsschuld bereits verjährt war.

a) Die Verjährung der Gewährleistungsrechte der Auftraggeber beurteilt sich nach der von der Revision nicht angegriffenen, zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts gemäß § 13 Nr. 4 VOB/B i.V.m. der anlässlich der Abnahme am 27. Juni 1979 getroffenen Vereinbarung der Parteien des Werkvertrages. Sie trat danach gemäß §§ 188 Abs. 2, 193 BGB mit Ablauf des 29. Juni 1981, einem Montag, ein, wenn sie nicht wirksam gehemmt oder unterbrochen war. Auch dies greift die Revision nicht an.

aa) Der Anspruch auf Zahlung der Mängelbeseitigungskosten konnte den Auftraggebern als Gewährleistungsforderung gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B oder als Schadensersatz zustehen, der geschuldet wurde, wenn ein gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B bestehender Nachbesserungsanspruch infolge des Konkurses nicht erfüllt wurde. Auch dieser von der Gewährleistungsbürgschaft mitumfaßte (vgl. Jaeger KO 9. Aufl. § 17 Rdnr. 198 m. Nachw.) Schadensersatzanspruch verjährte am 29. Juni 1981. Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung verjähren wie der Erfüllungsanspruch, an dessen Stelle sie treten (BGHZ 50, 25, 29; Palandt/Heinrichs BGB 44. Aufl. § 195 Bem. 3 d aa; Jaeger aaO § 17 Rdnr. 201). Die Verjäh-

rung eines anlässlich der Konkurseröffnung entstandenen Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung von Gewährleistungspflichten beginnt folglich gemäß § 638 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 13 Nr. 4 VOB/B ebenfalls mit der Abnahme. Es ist Sinn und Zweck der werkvertraglichen Gewährleistungsfristen, zwischen den Vertragspartnern jederzeit möglichst klare Verhältnisse zu schaffen (BGH, Urt. v. 11. Oktober 1965 - VII ZR 124/63, NJW 1966, 39, 40). Der Verjährungsbeginn für sämtliche Gewährleistungsrechte ist daher - abweichend von dem Grundsatz des § 198 BGB - einheitlich auf den Zeitpunkt der Abnahme festgelegt. Die Verjährung beginnt demnach auch dann mit der Abnahme, wenn Mängel erst viel später auftreten oder wenn die Voraussetzungen eines Zahlungsanspruchs aus § 633 Abs. 3 BGB oder aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B erst nach der Abnahme geschaffen werden (vgl. dazu BGH, Urt. v. 24. November 1969 - VII ZR 177/67, NJW 1970, 421, 423).

bb) Auch der Ablauf der Verjährungsfrist der gegen die Auftragnehmerin gerichteten Gewährleistungsansprüche wurde durch das seit 1979 über ihr Vermögen anhängige Konkursverfahren nicht beeinflusst (vgl. dazu Jaeger aaO § 3 Rdnr. 10; § 25 Rdnr. 35; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck KO 9. Aufl. § 25 Rdnr. 10). Die Auftraggeber konnten ihre Konkursforderung gemäß §§ 3, 12, 138 ff KO zur Konkurstabelle anmelden und damit gemäß § 209 Abs. 2 Nr. 2 BGB die Verjährung unterbrechen. Diese Rechtsfolge hätten sie auch mit einem an den Konkursverwalter gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B gerichteten Gewährleistungsverlangen herbeiführen können (vgl. dazu unten 3 a dd).

cc) Das Berufungsgericht führt aus, daß die Verjährung der Gewährleistungsschuld nicht gemäß §§ 208 ff BGB unterbrochen worden sei. Es sei nicht substantiiert dargelegt, daß der Konkursverwalter die Gewährleistungshaftung für die im März und Juni 1981 aufgetretenen Mängel ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt habe. Die Klägerin habe auch nicht behauptet, daß sie ihre Gewährleistungsforderung zur Konkurstabelle der Auftragnehmerin angemeldet habe oder sonstige Umstände vorgelegen hätten, die zur Unterbrechung der Verjährung geeignet gewesen wären. Das wird von der Revision nicht beanstandet.

dd) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß die Verjährung auch nicht gemäß § 13 Nr. 5 VOB/B unterbrochen worden sei. Die Auftraggeber hätten der Auftragnehmerin keine dieser Vorschrift genügende schriftliche Aufforderung zur Beseitigung der im März und Juni 1981 entdeckten Mängel übersandt. Die der Klägerin am 29. Juni 1981 zugegangene Mitteilung der Auftraggeber vom 26. Juni 1981 sei nicht dazu geeignet gewesen, den Lauf der Verjährungsfrist im Sinne des § 13 Nr. 5 VOB/B zu unterbrechen. Das Verlangen zur Mängelbeseitigung müsse dem Auftragnehmer gegenüber geäußert werden. Nach dem Zweck und der Interessenlage, die der Regelung des § 13 Nr. 5 VOB/B zugrunde lägen, könne es nicht durch eine Mängelanzeige gegenüber einem als Bürgen beteiligten Dritten ersetzt werden.

Dies greift die Revision zu Unrecht an.

Das schriftliche Nachbesserungsverlangen gemäß § 13

Nr. 5 Abs. 1 VOB/B ermöglicht eine auf Privatautonomie (§ 638 Abs. 2 BGB) beruhende einmalige, erleichterte Unterbrechung der Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB/B (vgl. BGHZ 53, 122, 126). Damit wird bezweckt, den Auftraggeber der Notwendigkeit zu entheben, durch gerichtliche Schritte die Unterbrechung der Verjährung herbeizuführen (BGH, Urt. v. 30. Oktober 1958 - VII ZR 24/58, NJW 1959, 142), und es den Beteiligten zu ermöglichen, die Ursache der Mängel und die Pflicht zu ihrer Beseitigung durch Verhandlungen und Untersuchungen ohne schädlichen Zeitdruck selbst zu klären (vgl. Hereth NJW 1963, 796, 798). Das schriftliche Nachbesserungsverlangen unterbricht daher nicht nur die Verjährung des Nachbesserungsanspruchs, sondern auch die der übrigen Gewährleistungsrechte ohne Rücksicht darauf, ob im Einzelfall überhaupt eine Mängelbeseitigung in Betracht kommt (BGHZ 62, 293, 295, 297; 66, 367, 370). Auch die Verjährung eines Zahlungsanspruchs aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B oder eines Schadensersatzanspruchs aus § 26 KO i.V.m. § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B hätte daher auf diese Weise unterbrochen werden können.

Der Auffassung des Berufungsgerichts, daß die schriftliche Rüge konkreter Mängel nur dann den Lauf der Gewährleistungsfrist unterbreche, wenn sie gegenüber dem Auftragnehmer vorgenommen werde und eine Anzeige gegenüber den Bürgen nicht dieselbe Rechtsfolge habe, ist zuzustimmen. Dies folgt zum einen schon daraus, daß der Bürge dem Gläubiger den selbständigen Anspruch aus der Bürgschaft, aber keine Gewährleistung schuldet (vgl. BGHZ 76, 222, 225). Gegen den Bürgen läuft nicht die Verjährung des Gewährlei-

stungsanspruchs - der Hauptschuld. Diese Verjährung kann daher gegen ihn auch nicht unterbrochen werden. Ihm gegenüber läuft nur die Verjährung der Bürgschaftsschuld (BGH aaO mit Nachweisen; OLG Celle OLGZ 21, 208, 209). Nur über die Abhängigkeit der Bürgschaftsschuld von der Hauptschuld wird erreicht, daß der Bürge gemäß § 768 BGB dem Bürgschaftsgläubiger die dem Hauptschuldner gegenüber eingetretene Verjährung entgegenhalten kann.

Auch nach ihrem Sinn und Zweck kann die besondere Unterbrechungshandlung des § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B nur dem Hauptschuldner und nicht auch dem Bürgen gegenüber vorgenommen werden. Die mit ihr bezweckte Möglichkeit zur Prüfung angeblich vorhandener Werkmängel muß der Auftragnehmer erhalten; er muß dazu in die Lage versetzt werden, umgehend Beweise zu sichern. Er bleibt daran auch dann interessiert, wenn der Gläubiger nicht ihn aus der Gewährleistungshaftung, sondern den zahlungskräftigeren Bürgen aus der selbstschuldnerischen Bürgschaft in Anspruch nehmen will. Seine Gewährleistungsschuld erlischt nicht mit der Zahlung des Bürgen, sondern dieser erwirbt gemäß § 774 BGB die Forderung des Gläubigers.

Aus diesen Gründen kann auch das über das Vermögen der Hauptschuldnerin eröffnete Konkursverfahren keine andere rechtliche Beurteilung rechtfertigen. Es ist zwar verständlich, daß ein Gläubiger bei Vorhandensein eines zahlungskräftigen Gewährleistungsbürgen nicht daran interessiert ist, an dem über das Vermögen des Auftragnehmers eröffneten Konkursverfahren teilzunehmen, und er sein Vorgehen daher auf die Inanspruchnahme des Bürgen konzentriert. Dies kann

ihn aber nicht davon befreien, den Ablauf der Verjährungsfrist für die Hauptforderung im Auge zu behalten und sie durch mögliche Maßnahmen zu unterbrechen.

Der Konkurs über das Vermögen des Hauptschuldners führt nicht dazu, daß die Bürgschaftsschuld ihre Abhängigkeit von der Hauptschuld verliert und daher auch unabhängig von deren Verjährung zu erfüllen ist. Die Akzessorietät der Bürgschaftsverpflichtung tritt nur dann zurück, wenn die Hauptschuld aus Gründen untergeht, in ihrem Bestand verringert oder einredebehaftet wird, die auf den Vermögensverfall des Hauptschuldners zurückzuführen sind - ein Ereignis, gegen das die Bürgschaft gerade Schutz gewähren sollte (vgl. BGH, Urt. v. 25. November 1981 - VIII ZR 299/80, NJW 1982, 875, 876). Die Verjährung der Gewährleistungsschuld trat aber unabhängig von dem Konkursverfahren ein und nicht, weil die Auftragnehmerin zahlungsunfähig war. Wie dargestellt, war eine Unterbrechung gemäß §§ 208 ff BGB oder gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B trotz des Konkursverfahrens weiterhin möglich.

b) Nach allem kann die Hauptschuldnerin einem auf die Klägerin gemäß § 774 BGB übergegangenen Gewährleistungsanspruch gemäß §§ 412, 404 BGB die Einrede der Verjährung entgegenhalten. Aus diesem Grund beruft sich auch der Beklagte, soweit er als Bürge für die Rückgriffsforderung der Klägerin aus § 774 BGB in Anspruch genommen wird, mit Recht gemäß § 768 BGB auf die Verjährung.

c) Ein Rückgriffsanspruch der Klägerin aus §§ 675, 670 BGB scheitert daran, daß sie nach Eintritt der Verjährung

der verbürgten Gewährleistungsschuld die Erfüllung der Bürgschaft weder nach dem Inhalt ihrer Bürgschaftsverpflichtung noch ihrer Rechtsbeziehungen zu der Auftragnehmerin für erforderlich halten durfte.

aa) Das Berufungsgericht legt die durch Individualvertrag übernommene Bürgschaft der Klägerin dahin aus, daß diese zwar auf die Rechte aus §§ 770, 771 BGB, nicht aber auf die aus § 768 BGB verzichtet habe. Das greift die Revision nicht an.

Das Berufungsgericht meint, die Klägerin habe sich in dem Bürgschaftsvertrag vom 21. Juli 1978 auch nicht bereit gefunden, auf erstes Anfordern zu zahlen, und daher mögliche Einwendungen aus §§ 767, 768 BGB nicht nur einem Rückforderungsverlangen aus §§ 812, 813 BGB vorbehalten. Die Bürgschaft sei nicht als Bürgschaft auf erstes Anfordern formuliert worden. Es sei daher im Hinblick auf die vermutete Vollständigkeit einer Urkunde davon auszugehen, daß nicht auf erste Anforderung zu leisten gewesen sei. Das ergebe auch das Verhalten der Klägerin nach ihrer Inanspruchnahme. Daraus werde deutlich, daß sie sich nicht davon befreit gefühlt habe, ohne Rücksicht auf Streitigkeiten über die ordnungsgemäße Erfüllung des Werkvertrages zahlen zu können.

Auch aus Nr. 20 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin ergebe sich kein anderer Inhalt ihrer Bürgschaftsverpflichtung. Die dort gewählte Formulierung "auf einseitiges Anfordern" begründe nicht eine Bürgschaft auf

"erstes Anfordern". Die Bank bleibe schon im Hinblick auf § 9 AGBG verpflichtet, vor einer Zahlung auf die Bürgschaft ihren Kunden anzuhören und offensichtlich begründete Einwendungen gegen die verbürgte Hauptschuld vorzubringen.

Die Bürgschaft der Klägerin sei auch nicht wie eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu behandeln, weil sie eine Gewährleistungsbürgschaft für einen den Regeln der VOB unterliegenden Werkvertrag gewesen sei. Zwar sehe § 17 VOB/B vor, daß eine Bürgschaft an die Stelle des Einbehalts von Geld treten könne; sie müsse daher - jedenfalls bei öffentlichen Auftraggebern, die nach § 17 Nr. 6 Abs. 4 VOB/B vorgehen könnten - so gut wie liquide Mittel sein. Selbst wenn im Regelfall nur eine Bürgschaft auf erstes Anfordern liquiden Mitteln gleichwertig sein könne, sei die von der Klägerin eingegangene Bürgschaftsverpflichtung schon darum nicht wie eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu behandeln, weil sie nach dem Inhalt des Werkvertrages nicht an die Stelle einer Sicherheit in Form von Geld getreten sei. Die Parteien des Bauvertrages hätten nämlich von vornherein als Sicherheitsleistung die Stellung einer Bankbürgschaft über 42 000 DM vereinbart, sodaß die Auftraggeber gar keinen Anspruch auf Überlassung liquider Mittel gehabt hätten. Folgerichtig sei daher die Klausel "Zahlung auf erste Anforderung" bewußt nicht in die Bürgschaftsurkunden aufgenommen worden.

Das Berufungsgericht geht bei der Beurteilung des Inhalts der von der Klägerin gegenüber den Auftraggebern übernommenen Bürgschaft zu Unrecht auf die Regelung der Nr. 20 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkassen

ein. Diese Bestimmung gilt nur im Innenverhältnis zwischen der Klägerin und ihrer Kundin, der Hauptschuldnerin. Der Bürgschaftsgläubiger erwirbt daraus keine Rechte. Diese bestimmen sich allein nach dem Inhalt der ihm gegenüber übernommenen Bürgschaftsverpflichtung (BGHZ 74, 244, 247).

Deren Inhalt legt das Berufungsgericht bindend und auch naheliegend aus. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg, weil die Auslegung des Tatrichters weder gesetzliche Auslegungsregeln noch Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt und auch alle wesentlichen Tatsachen berücksichtigt.

Der Revision kann nicht gefolgt werden, wenn sie meint, jede von einer Bank übernommene, an die Stelle einer Sicherheitsleistung tretende Gewährleistungsbürgschaft sei wie eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu behandeln. Einer solchen Auslegung steht die Interessenlage entgegen (§§ 133, 157 BGB). Die Bürgschaft auf erstes Anfordern ist ein besonders risikoreiches Rechtsgeschäft, das zu Mißbräuchen verleitet (vgl. dazu Nielsen ZIP 1982, 253; Horn NJW 1980, 2153, 2156). Es muß daher einer Vereinbarung der Beteiligten überlassen bleiben, ob sie dieses Risiko zur besseren Erreichung des Zwecks einer Gewährleistungsbürgschaft eingehen wollen.

Die Auffassung der Revision findet in den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGHZ 74, 244; Senatsurteil v. 24. November 1983 - IX ZR 2/83, NJW 1984, 923) keine Grundlage. Bei dem diesen Urteilen zugrunde liegenden Sachverhalt war durch ausdrückliche Erklärung eine Bürgschaft auf erstes

Anfordern übernommen worden. Die Revision kann sich für ihre Auffassung auch nicht auf die von ihr zitierten Bemerkungen von Ingenstau/Korbion aaO § 17 VOB/B Rdnr. 20 stützen. Diese sind unklar und stehen auch zu den Ausführungen aaO § 17 VOB/B Rdnr. 10 a in Widerspruch. Dort wird gesagt, daß die Bürgschaft auf erstes Anfordern eine denkbare Ausgestaltung der Gewährleistungsbürgschaft ist, die von den Parteien aber jeweils vereinbart werden müsse (so auch Hickl BauR 1979, 463, 465 Anm. 14).

bb) Die Klägerin hat somit auf eine Bürgschaft geleistet, deren Erfüllung sie gemäß § 768 BGB verweigern konnte. Ihre Aufwendungen waren daher objektiv nicht erforderlich. Gemäß §§ 675, 670 BGB kann sie deren Erstattung nur dann von der Auftragnehmerin begehren, wenn sie dennoch nach den besonderen Umständen annehmen durfte, sie sei als Bürgin zur Zahlung verpflichtet.

Die Beurteilung des Beauftragten, seine Aufwendung sei notwendig, ist bei objektiv fehlender Notwendigkeit nur dann im Sinne des § 670 BGB gerechtfertigt, wenn er seine Entscheidung nach sorgfältiger, den Umständen des Falles gebotener Prüfung trifft (RGZ 149, 205, 207; Steffen-BGB-RGRK aaO § 670 Rdnr. 6; MünchKomm/Seiler aaO § 670 Rdnr. 9).

Die Klägerin hat sich ihre Entscheidung, die Bürgschaftsschuld zu erfüllen, nicht leicht gemacht. Nachdem die Auftraggeber sie zur Zahlung der Bürgschaftssumme aufgefordert hatten, unterrichtete sie davon den Beklagten und forderte ihn zur Vorlage von Unterlagen über den Bauvertrag

auf. Sie zahlte erst fast 15 Monate nach ihrer endgültigen Inanspruchnahme, weil sie zwischenzeitlich über das Vorhandensein von Werkmängeln Ermittlungen führte. Das genügte aber nicht. Sie hat die Hauptschuldnerin der verbürgten Verbindlichkeit nicht angehört und sich über die Verjährung der verbürgten Gewährleistungsverpflichtung keine Gedanken gemacht; dies hat sie in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht eingeräumt.

Umfang und Inhalt der im Verhältnis zum Hauptschuldner bestehenden Pflichten des Bürgen bestimmen sich nach dem Inhalt der Rechtsbeziehungen beider Beteiligten, der Interessenlage und den Einzelumständen (Staudinger/Horn aaO § 765 Rdnr. 39). Der Bürge ist verpflichtet, bei der Befriedigung des Gläubigers auch das Interesse des Geschäftsherrn zu wahren (RGZ 59, 207, 209; Mormann-BGB-RGRK aaO § 774 Rdnr. 5). Dazu gehört die sorgfältige Prüfung der Berechtigung des Gläubigers (Horn NJW 1980, 2153, 2157). Der Bürge hat den ihm über die Hauptforderung bekannten Sachverhalt in der Regel auf für ihn offenkundige Einwendungen oder Einreden zu überprüfen (vgl. auch Staudinger/ Horn aaO § 774 Rdnr. 21).

Wenn der Klägerin bei der Erfüllung der Bürgschaft das Abnahmeprotokoll vom 27. Juni 1979 vorgelegen haben sollte, hat sie den Ablauf der Gewährleistungsfrist zum Ende des Monats Juni 1981 gekannt oder schuldhaft nicht erkannt.

Der Revision ist allerdings zuzustimmen, daß der Berufsrichter nicht bindend feststellt, die Klägerin habe den Inhalt des Abnahmeprotokolls vom 27. Juni 1979 und damit

auch den dort festgelegten Termin für den Ablauf der Gewährleistungsfristen gekannt. Er geht zwar zunächst davon aus, daß der Klägerin bei ihren Verhandlungen, die sie mit den Auftraggebern über das Vorhandensein von Mängeln führte, das Abnahmeprotokoll vorgelegen habe. Im Widerspruch dazu steht aber die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin jedenfalls dazu verpflichtet gewesen sei, sich Einblick in diese Unterlagen zu verschaffen, die sie habe anfordern können. Zugunsten der Klägerin ist daher für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß ihr der Ablauf der Gewährleistungsfrist am 29. Juni 1981 nicht bekannt war. Aber auch dann mußte es sich ihr aufdrängen, daß die Gewährleistungsrechte verjährt sein könnten. Sie wußte, daß der Bauvertrag schon Mitte 1979 beendet war. Sie mußte als Kreditinstitut, das gewerbsmäßig Gewährleistungsbürgschaften übernimmt, die kurze Verjährung der verbürgten Ansprüche kennen und schon bei ihrer Inanspruchnahme, Ende 1981, die Verjährung in Betracht ziehen; umso mehr mußte sie diese erwägen, als sie erst im März 1983 ihre Bürgschaft erfüllte.

Entgegen der mit der Revision erstmals vorgetragenen Ansicht, die den Erklärungen der Klägerin in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht widerspricht, lag es für sie auch nicht nahe anzunehmen, die Auftraggeber hätten der Auftragnehmerin ebenfalls am 26. Juni 1981 eine schriftliche Mängelanzeige zugesandt und damit den Lauf einer neuen Gewährleistungsfrist in Gang gesetzt. Weder der Inhalt der der Klägerin zugegangenen Schreiben noch das Schweigen des Beklagten und der Auftragnehmerin zu verjährungsrechtlichen Fragen boten ihr Veranlassung für diese Vermutung. Die Hauptschuldnerin hatte

keinen Anlaß, sich dazu zu äußern, weil die Klägerin ihr die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft nicht angezeigt hatte. Der Beklagte konnte davon, ob dem Konkursverwalter bis spätestens 29. Juni 1981 Mängel schriftlich angezeigt worden waren, gar nichts wissen.

Die Klägerin konnte nach allem nicht davon ausgehen, daß die von ihr verbürgte Hauptschuld ohne Zweifel einrededfrei sei. Es bestand daher keinerlei Veranlassung für sie, davon abzusehen, den Konkursverwalter der Hauptschuldnerin von ihrer Inanspruchnahme zu unterrichten und ihn nach dem Vorhandensein von Einwendungen oder Einreden gegen die Gewährleistungsforderungen zu befragen. Solche Anhörungspflichten hat ein Bürge, der von dem Hauptschuldner Aufwendungsersatz für seine Zahlungen verlangen will, grundsätzlich (vgl. Staudinger/Horn aaO § 765 Rdnr. 37). Nur der Hauptschuldner verfügt in der Regel über die Kenntnisse und Urkunden, die erforderlich sind, um Einwendungen und Einreden gegen die verbürgte Schuld vorzubringen und zu belegen.

cc) Diese grundlegende Sorgfaltspflicht eines Bürgen hat eine Sparkasse oder Bank auch dann zu erfüllen, wenn ihrem Geschäftsbesorgungsverhältnis zu dem Kunden - wie hier - die Regelung der Nr. 20 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkassen bzw. die inhaltsgleiche Bedingung der Nr. 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken zugrunde liegt.

Das Verständnis des Regelungsinhalts von Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann aufgrund einer sich nach objektiven Maßstäben richtenden Auslegung gewonnen werden. Ent-

scheidend sind dabei der Wortlaut, der typische wirtschaftliche Zweck und die in einschlägigen Kreisen herrschenden Anschauungen (BGHZ 49, 84, 88; 60, 174, 177; BGH, Urt. v. 26. Oktober 1977 - VIII ZR 197/75, WM 1978, 10, 11; Ulmer in Ulmer/ Brandner/Hensen AGB 4. Aufl. § 5 Rdnr. 16, 20).

Der Wortlaut der Nr. 20 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin stellt der Zahlung nach gerichtlichem Verfahren die Leistung auf einseitiges Anfordern gegenüber. Dies weist darauf hin, daß die Bank auf die Klärung der Einwendungen oder Einreden gegen die Hauptforderung verzichten darf, die streitig sind und daher in einem Rechtsstreit entschieden werden müssen. Der Wortlaut entbindet die Sparkasse daher nicht ohne weiteres von der grundlegenden Pflicht eines Bürgen, den Hauptschuldner anzuhören und seine liquiden Einwendungen und Einreden zu berücksichtigen.

Die Sparkassen und Banken bezwecken mit der Regelung der Nr. 20 bzw. 13 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen, den Wert von Bankbürgschaften für die Gläubiger zu gewährleisten. Dieser würde beeinträchtigt, wenn das bürgende Kreditinstitut Einwendungen und Einreden gegen die Hauptschuld auf Verlangen des Schuldners vor der Zahlung auf die Bürgschaft in einem Rechtsstreit klären lassen müßte (vgl. Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. Rdnr. 2623). Dagegen wird der Wert einer Bankbürgschaft nicht beeinträchtigt, wenn der Bürge den Hauptschuldner vor der Zahlung anhört und gegebenenfalls dessen liquide Einwendungen oder Einreden vorbringt. Damit können alsbald eindeutige, der Rechtslage entsprechende Verhältnisse geschaffen werden. Keiner der Beteiligten kann daher vernünftigerweise die Pflicht des Kre-

ditinstituts bestreiten, dem Hauptschuldner Gelegenheit zum Vorbringen offenkundiger Einwandtatsachen zu geben.

Wäre die Bank im Verhältnis zum Hauptschuldner berechtigt, ohne seine Anhörung auf die Bürgschaft zu zahlen, so könnte der Gläubiger auch in den Fällen in den Besitz der Bürgschaftssumme kommen, in denen das Nicht(mehr)bestehen der Hauptschuld oder Einreden gegen sie offensichtlich würden, wenn der Hauptschuldner Gelegenheit zur Vorlage von Beweismitteln hätte. Obwohl der Hauptschuldner in solchen Fällen von der Bank gemäß §§ 675, 667 BGB die Abtretung ihrer Ansprüche aus §§ 812, 813 BGB gegen den Gläubiger verlangen kann, gibt ihm dies keinen ausreichenden Ausgleich. Es droht nicht nur die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung seitens des Gläubigers, sondern in Fällen der Verjährung versagt gemäß §§ 813 Abs. 1 Satz 2, 222 Abs. 2 BGB der Anspruch auf Rückforderung, wenn die Zahlung des Bürgen, die er gemäß § 768 BGB verweigern konnte, eine Leistung im Sinne des § 222 Abs. 2 BGB ist. Dieser Beeinträchtigung des Hauptschuldners stehen keine sie rechtfertigenden Vorteile und Interessen der Bank gegenüber; darauf verweist Canaris (aaO Rdnr. 2624) mit Recht.

Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, daß die Praxis die Regelung der Nr. 20 bzw. 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkassen und Banken anders versteht. In der neueren Literatur gibt es dazu keine abweichenden Auffassungen. Es wird allgemein weder auf die Unklarheitenregelung des § 5 AGBG zurückgegriffen noch eine Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGBG vorgenommen, weil schon die Auslegung ergebe, daß die Kreditinstitute nicht davon befreit seien, dem

Hauptschuldner die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft anzuzeigen und ihm bei nicht auszuschließenden Zweifeln an dem Vorhandensein von Einwendungen Gelegenheit zu geben, liquide Einwandtatsachen vorzubringen (vgl. Canaris aaO Rdnr. 1110, 2623 f; Horn NJW 1980, 2153, 2157; Staudinger/Horn aaO § 765 Rdnr. 39; Werhahn/Schebesta, Die neuen Bankbedingungen 1980 Rdnr. 182; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen aaO Anh. §§ 9 bis 11 Rdnr. 162; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher AGBG § 9 B 20; die nicht begründete abweichende Auffassung von Liesecke WM 1968, 27, 28 wird - soweit ersichtlich - nicht mehr vertreten). Auch der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (II ZR 44/68, WM 1969, 832) geht anscheinend von diesem Verständnis der Nr. 20 bzw. 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute als selbstverständlich aus.

Die Revision bejaht ebenfalls Anhörungs- und Prüfungspflichten der bürgenden Sparkasse. Sie irrt aber, wenn sie meint, die Klägerin habe im vorliegenden Fall ihren Pflichten damit genügt, daß sie den Beklagten von ihrer Inanspruchnahme unterrichtet und zur Vorlage von Urkunden über die verbürgte Hauptschuld aufgefordert habe.

Die Übernahme der Bürgschaft der Klägerin beruhte nicht auf einem Vertrag mit dem Beklagten; dieser war gar nicht Kunde der Klägerin. Er konnte auch nicht ebensogut wie die Auftragnehmerin oder der Verwalter im Konkurs über deren Vermögen den für die Hauptschuld erheblichen Sachverhalt kennen; von ihm konnte erst recht nicht der Besitz und die Vorlage der zur Belegung von Einwendungen und Einreden erforderlichen Urkunden erwartet werden.

Nach allem durfte die Klägerin sich nicht für verpflichtet halten, auf die Bürgschaft zu zahlen, ohne die Auftragnehmerin anzuhören und die Verjährung der Gewährleistungsschuld zu erwägen.

4. Die Klägerin hat somit keinen Anspruch aus der Rückbürgschaft. Ihrer verbürgten Rückgriffsforderung aus § 774 BGB hält der Beklagte mit Erfolg die Einrede der Verjährung entgegen. Ein verbürgter Rückgriffsanspruch aus §§ 675, 670 BGB ist nicht entstanden.

Fuchs

Zorn

Gärtner

Winter

Graßhof