

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 765, 633 Abs. 3

Übernimmt ein Bürge eine Gewährleistungsbürgschaft für einen Bauunternehmer gegenüber einer Bauherrengemeinschaft als Auftraggeberin, so können die einzelnen Bauherren Zahlung der Bürgschaftssumme jedenfalls an alle gemeinschaftlich fordern.

BGH, Urt. v. 27. Februar 1992 - IX ZR 57/91 - OLG Schleswig
LG Kiel

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 57/91

URTEIL

Verkündet am:
27. Februar 1992
Schnurr
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

im Urkundenprozeß

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

g e g e n

- 2 -

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte

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



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 1992 durch
den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Dr. Kreft,
Kirchhof, Dr. Fischer und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des 7. Zivilsenats des Schles-
wig-Holsteinischen Oberlandesgerichts
in Schleswig vom 10. Januar 1991 aufge-
hoben und das Urteil der Kammer für
Handelssachen 1 des Landgerichts Kiel
vom 5. April 1989 abgeändert. Das
letztgenannte Urteil wird als Vorbe-
haltsurteil wie folgt neu gefaßt:

Die Beklagte wird verurteilt, an
die in der Klageschrift genannten
Wohnungseigentümer 358.300 DM nebst
4 % Zinsen seit 6. Juni 1988 zu
zahlen.

Der Beklagten bleibt die Ausführung
ihrer Rechte im Nachverfahren vor-
behalten.

Die Kosten des Rechtsstreits fallen der
Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist Verwalterin der Wohnungseigentümergeinschaft "K[REDACTED]" in K[REDACTED]. Die Wohnanlage wurde von der Firma M[REDACTED] G[REDACTED] Bau GmbH (nachfolgend: Bauunternehmerin) errichtet. Der schriftliche Bauvertrag wurde von der Bauunternehmerin mit der Bauherrengemeinschaft "K[REDACTED]-[REDACTED]", vertreten durch die Firma P[REDACTED] GmbH und Co. KG (nachfolgend: Baubetreuerin), geschlossen.

Anstelle eines vereinbarten Sicherheitseinbehalts brachte die Bauunternehmerin zwei "Gewährleistungsbürgschaften" der Beklagten über insgesamt 358.300 DM für Ansprüche der "Bauherrengemeinschaft ... hinsichtlich Erfüllung der Gewährleistungsverpflichtungen" bei. In den Bürgschaftsurkunden verpflichtete sich die Beklagte "gegenüber dem Auftraggeber" der Bauunternehmerin zur sofortigen Zahlung auf erstes schriftliches Anfordern.

Zwischen der Bauherrengemeinschaft und der Wohnungseigentümergeinschaft "K[REDACTED]" besteht Personenidentität bis auf Harald T[REDACTED], der verstorben und von der Miteigentümerin Marianne T[REDACTED] beerbt worden ist, sowie auf den Bauherren L[REDACTED], der aus der Wohnungseigentümergeinschaft ausgeschieden ist. Dieser trat im Verlaufe des zweiten Rechtszuges seine "Gewährleistungsansprüche" gegenüber der Bauunternehmerin und aus den Bürgschaften der Beklagten an die Erwerberin B[REDACTED]-B[REDACTED] schriftlich ab. Diese und alle übrigen Wohnungseigentümer schlossen mit der "Wohnungseigentümergeinschaft", vertreten durch die Klä-

gerin, schriftliche Abtretungsverträge, in denen sie alle Ansprüche gegen die Bauunternehmerin, "also Nachbesserungs- und Gewährleistungsansprüche, insbesondere das Recht auf Inanspruchnahme der Gewährleistungsbürgschaften einschließlich des Anspruchs auf Auszahlung der Bürgschaftssummen", an die Gemeinschaft abtraten. Außerdem ermächtigten diese und die einzelnen "Bauherren" durch Beschluß die Klägerin, die Ansprüche aus den Bürgschaften im eigenen Namen geltend zu machen sowie Zahlung an sich selbst zu verlangen.

Die auf Zahlung der Bürgschaftssummen gerichtete, im Urkundenprozeß erhobene Klage blieb in beiden Vorinstanzen erfolglos. Mit der Revision begehrt die Klägerin weiterhin Zahlung an die Wohnungseigentümer.

Entscheidungsgründe

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Klägerin sei zwar für die eingeklagten Forderungen prozeßführungsbefugt,

aber nicht anspruchsberechtigt. Die Bürgschaftsforderungen stünden nicht den Bauherren oder Wohnungseigentümern persönlich, sondern einer Bauherrengemeinschaft als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu. Unabhängig davon, ob die einzelnen Bauherren Gewährleistungsrechte ausüben könnten, wiesen die Bürgschaftsurkunden jedenfalls die Gemeinschaft der Bauherren als berechtigt aus. Diese bestehe trotz Beendigung des Bauvorhabens und damit Erreichen des Gesellschaftszwecks fort, weil sie mit den Bürgschaftsforderungen Vermögen erworben habe, das weiterhin gesamthänderisch gebunden sei. Sie sei als Gesamthandsgemeinschaft nicht identisch mit der Wohnungseigentümer-Gemeinschaft. Die Abtretung der Bürgschaftsforderungen an diese sei nur von den einzelnen Bauherren, aber nicht von ihnen in ihrem Zusammenschluß als Gemeinschaft erklärt worden.

Dagegen wendet sich die Revision mit Recht.

1. Sie beanstandet zutreffend die Auslegung des Berufungsgerichts, die Bürgschaft sei unabhängig davon, wer Inhaber der Gewährleistungsrechte gewesen sei, gegenüber den Bauherren in einer gesamthänderischen Verbundenheit abgegeben worden. Diese Deutung verstößt gegen die gesetzliche Regel (§§ 133, 157 BGB), daß die Auslegung vom Wortlaut der Erklärung auszugehen hat. Die beiden Bürgschaftserklärungen der Beklagten vom 25. April und 23. Juli 1984 sind ausdrücklich "gegenüber dem Auftraggeber" der Bauunternehmerin abgegeben worden. Erst dieser ist sodann als die "Bauherrengemeinschaft K [REDACTED]" bezeichnet. Damit ist die Identität zwischen Auftraggeber und Bürgschaftsgläubiger klargestellt. Sie war zudem im Hinblick auf § 767 BGB Vor-

aussetzung für eine wirksame Gewährleistungsbürgschaft (vgl. Senatsurt. v. 19. September 1991 - IX ZR 296/90, ZIP 1991, 1350, 1351 f, z.V.b. in BGHZ 115, 177).

Der Auslegungsfehler des Berufungsgerichts hat zur Folge, daß eine das Revisionsgericht bindende Vertragsauslegung nicht vorliegt. Da der Sachverhalt im vorliegenden Zusammenhang hinreichend geklärt ist und weitere einschlägige Feststellungen nicht in Betracht kommen, kann der erkennende Senat die Auslegung selbst vornehmen (ebenso BGH, Urt. v. 23. September 1983 - V ZR 147/82, WM 1983, 1360, 1361 m.N.; Senatsurt. v. 13. Oktober 1983 - IX ZR 70/82, WM 1983, 1335, 1336; BGH, Urt. v. 20. Dezember 1983 - VI ZR 19/82, WM 1984, 271, 272; v. 14. Dezember 1990 - V ZR 223/89, NJW 1991, 1180, 1181). Sie führt zu dem Ergebnis, daß die Vertragsteile eine wirksame Bürgschaft wollten und deshalb auf jeden Fall der oder die Auftraggeber der Unternehmerin des Bauvorhabens "K [REDACTED]" zugleich Bürgschaftsgläubiger sein sollten. Eine solche Bezeichnung des Gläubigers ist - sogar unabhängig von § 350 HGB - im Hinblick auf § 766 BGB hinreichend bestimmbar, weil zur Auslegung auch Umstände berücksichtigt werden dürfen, die außerhalb der Urkunde liegen, sofern wenigstens ein Anhalt in der Urkunde selbst zu finden ist (BGHZ 26, 142, 146; Senatsurt. v. 17. Januar 1991 - IX ZR 170/90, WM 1991, 536 f; v. 14. November 1991 - IX ZR 20/91, WM 1992, 177, 179). Die von der Beklagten unterzeichneten Bürgschaftserklärungen verwiesen eindeutig auf den Auftraggeber der Bauunternehmerin, der im Bauvertrag festgelegt war.

2. Das Berufungsgericht läßt es offen, wer dies war. Da es von einer eigenen Auslegung abgesehen hat, ist der erkennende Senat insoweit ebenfalls in seiner Auslegung frei.

Der - der Beklagten unstreitig bei Abgabe der Bürgschaftserklärungen bekannte - Bauvertrag vom 18. August 1982 nennt als "Auftraggeber" die "noch nicht bestehende, sondern erst einzuwerbende Bauherrengemeinschaft 'K[REDACTED]' ... vertreten zunächst ohne Vertretungsmacht durch" die Treuhänderin. Es handelt sich hierbei um eine typische Vertragsgestaltung für Bauvorhaben im Rahmen von Bauherrengemeinschaften. Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat eine derartige Vereinbarung dahin ausgelegt, daß Vertragspartner des Werkunternehmers die einzelnen "Bauherren" persönlich werden, vertreten durch den Baubetreuer (BGHZ 76, 86, 87, 90). Er hat die Bezeichnung als "Bauherrengemeinschaft" lediglich als eine - hinreichend bestimmbare - "Kurzbezeichnung" für die einzelnen Bauherren gehalten. Dementsprechend hat er jeden einzelnen von ihnen - anteilig (vgl. BGHZ 75, 26, 27 f) - für verpflichtet gehalten, den Werklohn zu zahlen. Zur Begründung hat er darauf hingewiesen, der Werkunternehmer müsse wissen, an welche (leistungsfähigen) Vertragspartner er sich zu halten habe. Für die Berechtigung und Verpflichtung der Bauherren spreche, daß sie nur dadurch die steuerlichen Vorteile erlangen könnten, die sie mit der Beteiligung an derartigen Modellen regelmäßig erstrebten. Dazu müßten sie auf eigene Rechnung oder Gefahr bauen oder bauen lassen.

Der erkennende Senat folgt dem. Der Begriff "Bauherrengemeinschaft" für einen Vertragspartner ist - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - nicht eindeutig im Sinne einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, sondern deutet eher auf eine "Gemeinschaft" nach Bruchteilen (§§ 741 f BGB) hin. Das gilt hier erst recht, weil nach dem Bauvertrage die Gemeinschaft noch gar nicht bestand, sondern die einzelnen Bauherren erst noch gefunden werden sollten und solange ohne Vertretungsmacht vertreten wurden; dies sprach erkennbar für einen bloß losen Zusammenschluß der Bauherren. Es kommt hinzu, daß die Verbindung zu einer "Bauherrengemeinschaft" - im Gegensatz zu einer Kommanditgesellschaft - typisch ist für das sogenannte "Kölner Modell", bei welchem die einzelnen Bauherren lediglich eine Innengesellschaft des bürgerlichen Rechts bilden (vgl. Weitnauer, Wohnungseigentumsgesetz 6. Aufl. Anh. Rdn. 3 zu § 3; Bärmann/Seuss, Praxis des Wohnungseigentums 3. Aufl. S. 353 f Rdn. 19, 21; Locher/Koeble, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht 3. Aufl. Rdn. 16, 547, 551 ff; Reithmann/Brych/Manhart, Kauf vom Bauträger 4. Aufl. Rdn. 147 a). Dem entsprach vorliegend der Gesellschaftsvertrag der Bauherrengemeinschaft "Kanalpackhaus", der kein eigenes Gesellschaftsvermögen, sondern Zahlungen unmittelbar an die Treuhänderin gemäß dem Betreuungsvertrage vorsah. Unter grundsätzlicher Wahrung der Selbständigkeit aller "Bauherren" sollte ihre Gesellschaft ausschließlich diejenigen Funktionen erfüllen, bei denen alle zusammenwirken mußten. Da diese Form der Rechtsgestaltung der Bauwirtschaft allgemein bekannt ist, mußten hier auch die Bauunternehmerin und die Beklagte damit rechnen.

Dann stehen den einzelnen Bauherren auch die vertraglichen Gewährleistungsansprüche und die sie sichernden Bürgschaftsforderungen zu. Die behaupteten Mängel, für die hier Gewährleistung verlangt wird, sind vor allem an Gemeinschaftsanlagen aufgetreten; die angeblichen Reparaturkosten übersteigen die Bürgschaftssummen um ein Vielfaches. Der einzelne Bauherr kann vom Bauunternehmer Nachbesserung wegen Mängel nicht nur an seinem Sondereigentum, sondern auch am gemeinschaftlichen Eigentum und - unter den Voraussetzungen des § 633 Abs. 3 BGB - Ersatz seiner Aufwendungen für die Mängelbeseitigung sowie einen Vorschuß für die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten verlangen (BGHZ 74, 258, 262; 81, 35, 38; 110, 258, 259; BGH, Urt. v. 21. Februar 1985 - VII ZR 72/84, NJW 1985, 1551; v. 10. März 1988 - VII ZR 171/87, NJW 1988, 1718). Etwaige aus der Verwaltungsbefugnis der Wohnungseigentümergeinschaft sich ergebende Beschränkungen bei der Durchsetzung dieser Ansprüche gelten nur für das Innenverhältnis zwischen den Wohnungseigentümern (BGHZ 62, 388, 393; 68, 372, 377; BGH, Urt. v. 11. Oktober 1979 - VII ZR 247/78, WM 1979, 1364, 1366).

Für die Gewährleistungsbürgschaft gilt dasselbe. Sie soll die schnelle Nachbesserung ermöglichen, indem die dafür erforderlichen Mittel, wie ein Vorschuß gemäß § 633 Abs. 3 BGB, alsbald verfügbar sind. Wegen der identischen Funktion liegt im Zweifel auch die Aktivlegitimation gleich. Zudem sollte die Bürgschaft hier vereinbarungsgemäß einen sonst vorzusehenden Sicherungseinbehalt vom Werklohn ersetzen. Wie dieser (vgl. § 17 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B) dient sie deshalb dazu, die vertragsmäßige Ausführung der Lei-

stung und die Gewährleistung sicherzustellen. Das Argument des Berufungsgerichts, eine Berechtigung aller einzelnen Bauherren lasse nicht erkennen, wer die Gewährleistungsbürgschaft verbindlich in Anspruch nehmen dürfe und bis zu welcher Höhe, hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit dem Hinweis entkräftet, daß auch gerade zu diesem Zweck der Baubetreuer ermächtigt sei, alle den Bauherren obliegenden Aufgaben wahrzunehmen (BGHZ 76, 86, 92). Dementsprechend bestimmte § 3 des vorliegenden Gesellschaftsvertrages für die Bauherrengemeinschaft "K[REDACTED]" die Treuhänderin zur alleinigen Geschäftsführerin der Gesellschaft. Daß sie später als Rechtspersönlichkeit untergegangen ist, stellt ein allgemeines Risiko dar, dessen Bewältigung - wie sogleich ausgeführt werden wird - keine unüberwindlichen Schwierigkeiten bereitet.

3. Waren danach die einzelnen Bauherren selbständig Gläubiger aus der Gewährleistungsbürgschaft, so ist nunmehr die Klägerin befugt, die Forderung im eigenen Namen geltend zu machen.

a) Die vertraglich vereinbarte Ausübung der Bauherrenrechte durch die Baubetreuerin ist jedenfalls dadurch entfallen, daß über deren Vermögen unstreitig das Konkursverfahren eröffnet worden ist und der Konkursverwalter die Vertragserfüllung abgelehnt hat (§ 17 KO, § 280 BGB).

b) Die Bauherren haben sodann die Klägerin ermächtigt, die Forderung im Wege der gewillkürten Prozeßstandschaft einzuziehen. Die Ermächtigung ist durch einstimmig ergangenen, protokollierten Beschluß in der Wohnungseigentümerversammlung

sammlung vom 19. Juni 1989 zugleich im Namen der "einzelnen Bauherren" ausgesprochen worden. Ob der Beschluß prozessual auch für die in der Versammlung nicht erschienenen oder vertretenen Bauherren wirkt (so wohl BGHZ 81, 35, 37 für Rechte, welche die Wohnungseigentümer nur gemeinschaftlich ausüben können), braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn da das Forderungsrecht, wie ausgeführt (oben 2), jedem Bauherren selbständig zusteht, genügt auf jeden Fall die Ermächtigung durch eine beschlußfähige Mehrheit.

Die Ermächtigung an den Verwalter, die Gewährleistungsbürgschaft im eigenen Namen klageweise geltend zu machen, ist rechtswirksam. Das persönliche sachliche Interesse der Klägerin an der Prozeßführung folgt, wie das Berufungsgericht insoweit zutreffend erkannt hat, aus ihrer Rechtsstellung als Verwalterin (§ 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG und dazu BGHZ 74, 258, 267; BGH, Urt. v. 20. März 1986 - VII ZR 81/85, BauR 1986, 447 f) und damit aus ihrer Pflicht zur ordnungsmäßigen Erfüllung ihrer Aufgaben (BGHZ 73, 302, 307; BGH, Beschl. v. 21. April 1988 - V ZB 10/87, NJW 1988, 1910).

Der Befugnis der Klägerin steht es nicht entgegen, daß nach § 2.1.3 des Bauvertrages in Verbindung mit Nr. 12.2 der zusätzlichen vorformulierten Vertragsbedingungen mit der Unternehmerin Abtretungen "nicht anerkannt" werden sollten und daß die Bürgschaft nicht ohne den Hauptanspruch übertragen werden kann (dazu Senatsurt. v. 19. September 1991 - IX ZR 296/90, aaO). In diesem Zusammenhang kann es offenbleiben, ob in den genannten Bestimmungen ein wirk-samer Abtretungsausschluß (vgl. BGH, Urt. v. 20. Novem-

ber 1967 - VIII ZR 137/65, WM 1968, 195) sogar mit Bezug auf einen Rechtsübergang von einem früheren Bauherren auf die jetzige Verwalterin der Wohnungseigentümergeinschaft läge und als solcher rechtswirksam wäre (vgl. dagegen BGHZ 82, 162, 171 f). Das könnte eine rechtsgültige Einziehungsermächtigung hier nicht hindern. Ob eine Einziehungsermächtigung für eine Forderung erteilt werden darf, deren Unabtretbarkeit vereinbart ist (§ 399 Satz 2 BGB), hängt davon ab, ob die Geltendmachung durch den Dritten dem Zweck des Abtretungsverbots zuwiderläuft (BGHZ 56, 228, 236; OLG Köln ZIP 1987, 867, 868; BGB-RGRK/Weber, 12. Aufl. § 398 Rdn. 160; vgl. auch BGH, Urt. v. 11. Februar 1960 - II ZR 233/59, VersR 1960, 300, 301 unter 3). Das ist vorliegend nicht der Fall. Das Abtretungsverbot dient dem Interesse des Schuldners an einer erleichterten, übersichtlichen Gestaltung des Abrechnungsverkehrs und dem Ausschluß des Risikos, sich mit einer nicht im voraus übersehbaren Vielzahl von Gläubigern auseinandersetzen zu müssen (BGHZ 51, 113, 117; 77, 274, 275). Dagegen besteht ein schutzwürdiges Interesse des Schuldners regelmäßig nicht, wenn - wie hier - lediglich ein (neuer) Verwalter die Rechte der einzelnen Wohnungseigentümer als Gläubiger einheitlich ausüben soll und das schriftlich festgehalten wird. In diesem Falle birgt die gerichtliche Geltendmachung durch den Prozeßstandschafter kein beachtliches Risiko für den Schuldner, sondern dient im Gegenteil dessen Interesse, möglichst nur einem einzigen Prozeß ausgesetzt zu werden. Daß dessen Ergebnis in Rechtskraft zugleich gegenüber den ermächtigenden Gläubigern erwächst, wird durch deren schriftliche Ermächtigung an die Verwalterin sichergestellt.

3. Durchgreifende Bedenken bestehen endlich nicht deswegen, weil der Klageantrag auf Zahlung an "die in der Klageschrift aufgeführten Mitglieder der Eigentümergemeinschaft" gerichtet ist und die Klage den "Bauherren" L. nicht aufführt. In diesem Zusammenhang braucht nicht entschieden zu werden, ob jeder der mehreren "Bauherren" gemäß § 428 BGB ohnehin die gesamte Leistung an sich fordern kann oder ob sie Mitgläubiger im Sinne von § 432 BGB sind (offengelassen auch in BGH, Urt. v. 11. Oktober 1979 - VII ZR 247/78, WM 1979, 1364, 1365 unter 2 b; Beschl. v. 26. September 1991 - VII ZR 291/90, z.V.b.).

L. hat seine frühere Eigentumswohnung unstreitig an Frau B.-B. veräußert. Durch schriftliche Vereinbarung vom 28. Dezember 1989 hat er seine Gewährleistungsansprüche gegen die Bauunternehmerin und die Zahlungsforderungen aus den hier fraglichen Gewährleistungsbürgschaften an die Nacheigentümerin abgetreten. Diese wiederum hat alle ihre Ansprüche gegen die Bauunternehmerin, "insbesondere das Recht auf Inanspruchnahme der Gewährleistungsbürgschaften einschließlich des Anspruchs auf Auszahlung der Bürgschaftssummen", an die Wohnungseigentümergeinschaft, vertreten durch die Klägerin, durch schriftlichen Vertrag "abgetreten". Die Maßnahme erfolgte ausdrücklich "aufgrund der Ermächtigung gemäß Beschluß in der ... Eigentümerversammlung vom 19. Juni 1989", also auch in Kenntnis des Beschlusses, daß die Klägerin die hier eingeklagten Ansprüche im eigenen Namen geltend machen und Zahlung sogar an sich selbst verlangen sollte (§ 185 Abs. 1 BGB). Dadurch wird zugleich das Verlangen auf Zahlung an die Wohnungseigentü-

mergemeinschaft gerechtfertigt, auch wenn diese Eigentümerin nicht ausdrücklich als Mitglied in der Klageschrift aufgeführt ist.

Soweit der frühere Bauherr und Miteigentümer Harald T[REDACTED] zwischenzeitlich verstorben ist, ist er von der Wohnungseigentümerin Marianne T[REDACTED] gemäß Erbschein vom 11. Juli 1988 allein beerbt worden (§ 1922 BGB). Deren Ermächtigung ersetzt damit ohne weiteres auch diejenige des früheren Miteigentümers.

4. Das angefochtene Urteil beruht daher auf einem Rechtsfehler und ist aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO).

II.

Nach dem festgestellten Sachverhalt ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Die Klage ist begründet.

1. Die Beklagte hat sich verpflichtet, durch ihre Bürgschaft Sicherheit zu leisten für Ansprüche der Bauherren gegen die Bauunternehmerin unter anderem "hinsichtlich Erfüllung der Gewährleistungsverpflichtung" und insoweit auf erstes schriftliches Anfordern zu zahlen. Die Klägerin hat für die Wohnungseigentümer mit Schreiben vom 22. Januar 1988 die Beklagte zur Zahlung aufgefordert und diese hierbei auf die einzelnen zu beseitigenden Mängel sowie die voraussichtlich entstehenden, weitaus höheren Kosten hinge-

wiesen. Hierzu war sogar jeder einzelne Bauherr für die anderen mitberechtigt, also auch die Klägerin in ihrer Vertretung. Damit sind die vertraglich festgelegten Anspruchsvoraussetzungen (§ 765 BGB) erfüllt.

2. Die von der Beklagten abgegebenen Gewährleistungsbürgschaften sind als Bürgschaften auf erstes Anfordern rechtswirksam, unabhängig davon, daß die Beklagte gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 KWG nicht als Kreditinstitut gilt. Jedenfalls im Hinblick auf §§ 2 Abs. 3, 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 KWG besitzen Versicherungsgesellschaften typischerweise die Erfahrung in Garantiegeschäften, die erforderlich ist, damit die Bedeutung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern voll erfaßt werden kann.

3. Durch die Verpflichtung "zur sofortigen Zahlung auf erstes schriftliches Anfordern" sagt der Bürge zu, Einwendungen aus dem Hauptschuldverhältnis allein durch die Rückforderung der zunächst geleisteten Zahlung gemäß § 812 BGB geltend zu machen (BGHZ 74, 244, 247 f; Senatsurt. v. 24. November 1983 - IX ZR 2/83, NJW 1984, 923, 924). Lediglich die Voraussetzungen eines rechtsmißbräuchlichen Verlangens des Gläubigers sind schon im ersten Zahlungsprozeß zu prüfen. Daran sind aber wegen des Zwecks einer Bürgschaft auf erstes Anfordern, dem Gläubiger schnell flüssige Mittel zur Verfügung zu stellen, strenge Anforderungen zu stellen. Der Einwand des Rechtsmißbrauchs setzt deshalb voraus, daß die materielle Berechtigung des Gläubigers aus der Bürgschaft nach deren Bedingungen oder wegen Nichtbestehens der Hauptschuld offensichtlich fehlt (Senatsurt. v. 31. Januar 1985 - IX ZR 66/84, NJW 1985, 1694, 1695). Dies

trifft nur zu, wenn die mißbräuchliche Ausnützung der formalen Rechtsstellung für jedermann klar ersichtlich ist. Streitfragen tatsächlicher und rechtlicher Natur, deren Beantwortung sich nicht von selbst ergibt, sind nicht im Ausgangsprozeß zu entscheiden (Senatsurt. v. 21. April 1988 - IX ZR 113/87, NJW 1988, 2610 f; v. 17. Januar 1989 - IX ZR 65/88, ZIP 1989, 437, 438; v. 13. Juli 1989 - IX ZR 223/88, ZIP 1989, 1108, 1109 im Anschluß an BGHZ 90, 287, 292 ff).

Daran gemessen, ist die Klage hier nicht rechtsmißbräuchlich. Die Beklagte beruft sich insoweit allein auf Verjährung der Gewährleistungsansprüche. Demgegenüber macht die Klägerin geltend, daß die zweijährige Verjährungsfrist nach § 13 Nr. 4 VOB/B - die mit der Abnahme der Bauleistungen unstreitig nicht vor dem 13. März 1984 zu laufen begonnen hat - durch die schriftliche Mängelrüge vom 27. Februar 1986 gegenüber der Bauunternehmerin unterbrochen worden sei, § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B. Nach dem Inhalt dieses Nachbesserungsverlangens wurde der Bauunternehmerin ein Protokoll über Mängelfeststellungen zugeleitet. Später ist die Verjährung erneut durch den Eingang des Antrags auf Beweissicherung unterbrochen worden (§§ 639 Abs. 1, 477 Abs. 2 BGB), dem das Amtsgericht Kiel durch Beschluß vom 26. Oktober 1987 stattgegeben haben soll. Die Unterbrechung hätte bis zur Übermittlung des eingeholten Gutachtens vom 5. Januar 1990 angedauert. Danach ist der Senat nicht in der Lage, den Eintritt einer Verjährung als offensichtlich festzustellen.

Der Ausspruch über die Zinsforderung beruht auf § 288
Abs. 1 Satz 1 ZPO, die Kostenentscheidung auf § 91 ZPO.

Merz

Kreft

Kirchhof

Fischer

Ganter