BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 181/08

Verkündet am:
8. Dezember 2009
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 765, § 767 Abs. 1 Satz 1, § 768 Abs. 1 Satz 1

MaBV § 7

InsO § 103

BGB § 204 Abs. 2 Satz 1

a) Nach dem Sicherungszweck einer gemäß § 7 Abs. 1 MaBV übernommenen Vorauszahlungsbürgschaft kann der Bürge im Falle einer Insolvenz des Bauträgers dem Anspruch des Erwerbers auf Rückgewähr von Vorausleistungen nicht entgegenhalten, mangels Vollzug der Wandelung des Bauträgervertrags gegen den Insolvenzverwalter gemäß § 634 Abs. 4, § 465 BGB aF sei ein Anspruch auf Rückabwicklung des Bauträgervertrags nicht entstanden.

b) Ein gegen den Bauträger gerichteter Nacherfüllungsanspruch erlischt nicht bereits mit Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über dessen Vermögen, sondern auch während eines Insolvenzverfahrens erst mit dem erfolglosen Ablauf einer vom Besteller gemäß § 634 Abs. 1 Satz 3 BGB aF unter Ablehnungsandrohung gesetzten Frist zur Nachbesserung.

c) Die durch die Anmeldung eines Anspruchs in einem Insolvenzverfahren nach § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB eingetretene Hemmung der Verjährung endet nicht bereits sechs Monate, nachdem der Insolvenzverwalter die angemeldete Forderung bestritten hat, sondern erst sechs Monate nach Beendigung des Insolvenzverfahrens insgesamt.

BGH, Urteil vom 8. Dezember 2009 - XI ZR 181/08 - OLG Koblenz
LG Mainz

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 2009 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers und die Richter Dr. Müller, Dr. Ellenberger, Maihold und Dr. Matthias

für Recht erkannt:

> Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 29. Mai 2008 in der Fassung der Berichtigungsbeschlüsse vom 7. Juli 2008 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.
>
> Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger nimmt die beklagte Bank aus einer nach § 7 Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) übernommenen Bürgschaft in Anspruch.

2 Mit notariellem Vertrag vom 20./21. Dezember 1995 verpflichtete sich die S. KG (im Folgenden: Hauptschuldnerin), dem Kläger das Eigentum an einer Wohnung und einem Tiefgaragenstellplatz in einem noch zu errichtenden Wohn- und Ge-

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

werbeobjekt in B. gegen Zahlung von 313.300 DM (= 160.187,75 €) zu verschaffen. Die Sachmängelgewährleistung richtete sich nach Werkvertragsrecht. Die Rückgängigmachung des Vertrages wurde ausgeschlossen. Wie in diesem Bauträgervertrag festgelegt, übernahm die Beklagte am 21. Dezember 1995 unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtbarkeit, der Aufrechenbarkeit und der Vorausklage eine Bürgschaft nach § 7 MaBV bis zu dem Höchstbetrag von 313.300 DM zur Sicherung der Ansprüche des Klägers gegen die Hauptschuldnerin "auf Rückgewähr oder Auszahlung der vorgenannten Vermögenswerte, die der Bauträger erhalten hat oder zu deren Verwendung er ermächtigt worden ist". Die Bürgschaft sollte erlöschen, "sobald die Voraussetzungen nach § 5 Ziffer 4 des Kaufvertrages vorliegen", die unter anderem eine Fertigstellungsbescheinigung des bauleitenden Architekten verlangten. Am 28. Dezember 1995 zahlte der Kläger den vollen "Kaufpreis".

3 Nach Errichtung des Objekts zeigten sich wesentliche Mängel am Gemeinschaftseigentum, die aufgrund einer Begehung mit Sachverständigen am 28. Juni 1999 in einem Fertigstellungsprotokoll festgehalten und wiederholt auf Eigentümerversammlungen thematisiert wurden. Seit dem Jahr 1999 vermietet der Kläger die von ihm erworbene Wohnung.

4 Am 18. Juli 2002 wurde über das Vermögen der Hauptschuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger meldete mit anwaltlichem Schreiben vom 6. Februar 2004, das dem Insolvenzverwalter am 16. Februar 2004 zuging, Ansprüche in einer Gesamthöhe von 2.892.368,15 € zur Tabelle an, die im Wesentlichen auf Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung an die Wohnungseigentümergemeinschaft gerichtet waren. Mit Schreiben vom 11. Mai 2005 forderte er den Insolvenzverwalter unter Fristsetzung bis zum 10. Juli 2005 zur Mängelbeseitigung auf und drohte an, die Annahme der geschuldeten Leistung nach Fristablauf abzulehnen. Im Prüftermin am 7. Juni 2005 bestritt

der Insolvenzverwalter die zur Tabelle angemeldeten Ansprüche in voller Höhe. Am 22. Dezember 2005 verlangte der Kläger von dem Insolvenzverwalter schriftlich die Wandelung seines Bauträgervertrages und meldete mit Schreiben vom selben Tag den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückübertragung der Wohnung zur Tabelle an.

5 Die Beklagte beruft sich unter anderem auf Verjährung sowohl der Bürgenschuld als auch der Hauptverbindlichkeit und stützt ein Zurückbehaltungsrecht auf vom Kläger durch Vermietung der Wohnung gezogene Nutzungen.

6 Mit am 30. Dezember 2005 eingereichter und am 9. Januar 2006 zugestellter Klage hat der Kläger die Beklagte auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 160.187,75 € nebst Zinsen in Anspruch genommen, zunächst nur hilfsweise Zug um Zug gegen Übertragung der Eigentumswohnung an die Beklagte, und die Feststellung begehrt, dass sich diese mit der Entgegennahme des Grundbesitzes in Annahmeverzug befindet. Das Landgericht hat die Klage im Haupt- und Hilfsantrag abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht den allein noch weiterverfolgten Anträgen auf Zahlung von 160.187,75 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übertragung des Grundbesitzes an die Beklagte und auf Feststellung des Annahmeverzuges stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

8 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

9 Die Beklagte habe als Bürgin für die Verpflichtung der Hauptschuldnerin einzustehen, den Kaufpreis nach Wandelung des Bauträgervertrages zurückzuzahlen, die der Kläger aufgrund erheblicher Mängel am Gemeinschaftseigentum nach erfolglosem Ablauf der bis zum 10. Juli 2005 gesetzten Nachbesserungsfrist habe beanspruchen können. Der Ausschluss des Wandelungsanspruchs im Bauträgervertrag sei gemäß § 11 Nr. 10b AGBG unwirksam. Die von der Beklagten gemäß § 7 MaBV übernommene Bürgschaft sei nicht erloschen, da die Werkleistung weder abgenommen worden sei noch deren Abnahmereife vorgelegen habe.

10 Einer Inanspruchnahme der Beklagten stehe nicht entgegen, dass der Insolvenzverwalter dem Wandelungsbegehren nicht zugestimmt habe. Auch wenn der Kläger nach § 634 Abs. 4, § 465 BGB aF nur einen Anspruch auf Zustimmung zur Wandelung habe, hätte er diesen gegen die Hauptschuldnerin durch unmittelbare Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises durchsetzen können. Dies gelte auch im Verhältnis zur beklagten Bürgin. Die Akzessorietät der Bürgschaft finde ihre Grenze in deren Sicherungszweck, der es dem Bürgen

versperre, sich auf solche Einreden des Hauptschuldners zu berufen, die ihren Grund in dessen Vermögenssituation hätten.

11 Die Bürgschaftsschuld sei auch nicht verjährt. Die nach Art. 229 § 6 EGBGB maßgebliche dreijährige Verjährungsfrist in § 195 BGB nF habe am 1. Januar 2006 begonnen, weil der für den Verjährungsbeginn allein maßgebliche Wandelungsanspruch erst mit Ablauf des 10. Juli 2005 entstanden sei (§ 199 BGB). Im Bestreiten des zur Tabelle angemeldeten Vorschussanspruchs durch den Insolvenzverwalter im Prüftermin am 7. Juni 2005 sei eine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung zu sehen, die eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nach § 634 Abs. 2 BGB aF entbehrlich gemacht habe. Durch das nachfolgende Wandelungsbegehren des Klägers vom 22. Dezember 2005 seien der Wandelungsanspruch und damit zugleich der Bürgschaftsanspruch entstanden. Mit der am 9. Januar 2006 zugestellten Klage habe der Kläger den Lauf der Verjährungsfrist daher rechtzeitig gehemmt. Es komme für den Verjährungsbeginn weder darauf an, wann dem Kläger erstmals Ansprüche wegen Mängeln der Werkleistung zugestanden hätten, noch sei von Bedeutung, ob der Kläger die Voraussetzungen des Wandelungsanspruchs früher hätte schaffen können. Im Interesse der Rechtssicherheit stelle das neue wie bereits das alte Schuldrecht für den Verjährungsbeginn auf das tatsächliche Entstehen des Anspruchs (§ 199 Abs. 1 BGB nF; § 198 Satz 1 BGB aF) ab.

12 Auch der durch die Wandelungserklärung entstandene Rückzahlungsanspruch sei nicht verjährt. Die fünfjährige Verjährungsfrist habe am 22. Dezember 2005 begonnen. Zu diesem Zeitpunkt habe der Kläger die Wandelung auch noch verlangen können. Der Wandelungsanspruch, der erst mit Ablauf der bis zum 10. Juli 2005 gesetzten Nachfrist entstanden sei, unterliege nach Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB den seit dem 1. Januar 2002 geltenden neuen Verjährungsvorschriften. Vor Inkrafttreten des neuen Schuldrechts habe

für diesen Anspruch auch nicht die kurze Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 BGB aF gegolten, da die Werkleistung weder abgenommen worden sei, noch der Kläger die Abnahme vor dem 1. Januar 2002 ernsthaft und endgültig verweigert habe. Die in Ermangelung der Abnahme und Abnahmeverweigerung zunächst laufende dreißigjährige Regelverjährungsfrist nach § 195 BGB aF sei bis zum 31. Dezember 2001 nicht abgelaufen gewesen.

13 Da es nach neuem Schuldrecht keinen Wandelungsanspruch mehr gebe, sondern nur ein Rücktrittsrecht, dessen Ausübung nach § 634a Abs. 4 Satz 1, § 218 BGB unwirksam werde, wenn der Nacherfüllungsanspruch verjährt sei und der Schuldner sich hierauf berufe, komme es für einen nach neuem Recht verjährenden Wandelungsanspruch nunmehr darauf an, ob zum Zeitpunkt der Wandelungserklärung der Nacherfüllungsanspruch bereits verjährt gewesen sei. Dies sei zum Zeitpunkt der Wandelungserklärung des Klägers am 22. Dezember 2005 nicht der Fall gewesen. Mangels Abnahme und Abnahmeverweigerung laufe für den Nachbesserungsanspruch nach neuem Schuldrecht die dreijährige Regelverjährung, die ab dem 1. Januar 2002 zu berechnen sei. Durch die Anmeldung des Anspruchs auf Vorschusszahlung zur Insolvenztabelle am 16. Februar 2004 habe der Kläger die Verjährungsfrist daher gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB rechtzeitig gehemmt. Dazu sei der Kläger auch berechtigt gewesen, da die Wohnungseigentümergemeinschaft die Geltendmachung der auf ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Ansprüche nicht durch einen entsprechenden Beschluss an sich gezogen habe. Die Hemmung habe bis sechs Monate nach dem Prüftermin, mithin bis zum 7. Dezember 2005, angedauert, da der Kläger erst danach seine Rechte durch Klage auf Feststellung zur Tabelle habe weiter verfolgen können.

14 Die Beklagte sei entsprechend dem Klageantrag zur Zahlung Zug um Zug gegen lastenfreie Übertragung des Eigentums an der Wohnung zu verurtei-

len. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen der vom Kläger durch Vermietung der Wohnung gezogenen Nutzungen habe die Beklagte mangels Bezifferung der Ersatzforderung hingegen nicht wirksam ausgeübt. Hierauf sei in der mündlichen Verhandlung hingewiesen worden. Die Beklagte befinde sich mit der Rücknahme des Grundbesitzes in Annahmeverzug. Da zur Übertragung des Eigentums ihre Mitwirkungshandlung erforderlich sei, genüge ein wörtliches Angebot des Klägers gemäß § 295 BGB, das konkludent in dem Zahlungsantrag auf Zug-um-Zug-Verurteilung liege und das die Beklagte durch ihren Klageabweisungsantrag abgelehnt habe.

II.

15 Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in zwei entscheidungserheblichen Punkten nicht stand. Zu Unrecht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht wegen der vom Kläger gezogenen Nutzungen nicht wirksam ausgeübt habe und dass sie sich mit der Entgegennahme der Wohnung in Annahmeverzug befinde.

16 1. Rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht angegriffen ist das Berufungsgericht allerdings von einem Anspruch des Klägers gegen die Beklagte als Bürgin gemäß § 765 BGB auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 160.187,75 € ausgegangen.

17 a) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Bürgschaft sei nicht nach § 5 Ziffer 4 des Bauträgervertrages durch eine Fertigstellungsbescheinigung des bauleitenden Architekten entfallen, ist nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat diese Vertragsklausel zu Recht nach § 5 AGBG dahin ausgelegt, dass die von der Beklagten nach § 7 MaBV übernommene Bürgschaft erst

dann erlischt, wenn gemäß § 3 Abs. 2 MaBV auch die letzte Rate fällig geworden ist, was die - hier nicht gegebene - Abnahme oder Abnahmereife der Werkleistung voraussetzt (vgl. dazu BGH, Urteile vom 30. April 1998 - VII ZR 47/97, WM 1998, 1978, 1979, vom 14. Januar 1999 - IX ZR 140/98, WM 1999, 535, 538 und vom 22. Oktober 2002 - XI ZR 393/01, WM 2002, 2411, 2412 f. und XI ZR 394/01, NJW-RR 2003, 452, 453). Dies nimmt die Revision hin.

18 b) Zu Recht und von der Revision ebenfalls nicht angegriffen hat das Berufungsgericht angenommen, dass ein Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des Kaufpreises nach vollzogener Wandelung des Bauträgervertrages vom Sicherungszweck der Bürgschaft erfasst ist. Eine Bürgschaft nach § 7 Abs. 1 MaBV sichert das Vorauszahlungsrisiko ab und erfasst demnach insbesondere Rückzahlungsansprüche, die auf einer mängelbedingten Minderung oder Wandelung oder aber einem Schadensersatzanspruch wegen (teilweiser) Nichterfüllung beruhen (BGHZ 151, 147, 151 ff.; BGHZ 172, 63, Tz. 53; BGHZ 175, 161, Tz. 17; Senat, Urteile vom 22. Oktober 2002 - XI ZR 393/01, WM 2002, 2411, 2412 und vom 11. März 2003 - XI ZR 196/02, NJW-RR 2003, 959). Dies gilt auch dann, wenn die Mängel - wie hier - am Gemeinschaftseigentum einer Wohnungseigentumsanlage bestehen (BGHZ 172, 63, Tz. 58; BGH, Urteil vom 18. September 2007 - XI ZR 211/06, WM 2007, 2352, Tz. 31 f., insoweit in BGHZ 173, 366 nicht abgedruckt, jeweils m.w.N.).

19 c) Das Berufungsgericht ist im Ergebnis zu Recht und von der Revision nicht angegriffen davon ausgegangen, dass der fehlende Vollzug der Wandelung im Verhältnis zur Hauptschuldnerin der Inanspruchnahme der Beklagten nicht entgegensteht. Der Kläger kann die Beklagte als Bürgin allein aufgrund seines Anspruchs auf Wandelung, der - wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat - im Bauträgervertrag formularmäßig nicht wirksam ausgeschlossen

werden konnte (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 2001 - VII ZR 373/99, WM 2002, 129 f.), auf Rückzahlung des Kaufpreises in Anspruch nehmen.

20 aa) Dies ergibt sich allerdings, anders als das Berufungsgericht meint, nicht bereits daraus, dass sich die Beklagte selbstschuldnerisch verbürgt hat. Der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage gemäß § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB hebt nur die Subsidiarität der Inanspruchnahme des Bürgen auf, schränkt jedoch nicht die Akzessorietät der Bürgenhaftung gemäß §§ 767, 768 BGB ein (Palandt/Sprau, BGB, 69. Aufl., § 773 Rn. 2). § 773 BGB bewahrt den Gläubiger nur davor, vom Bürgen auf Vollstreckungsversuche gegen den Hauptschuldner verwiesen zu werden, erlässt jedoch nicht eine Hauptschuldklage, wenn diese nicht der Vorbereitung der Zwangsvollstreckung dient, sondern andere Rechtswirkungen - hier den Vollzug der Wandelung - herbeiführen soll (vgl. BGHZ 76, 222, 226).

21 bb) Zutreffend geht das Berufungsgericht jedoch davon aus, dass nach dem Sicherungszweck der übernommenen Bürgschaft bereits der Anspruch auf Wandelung des Bauträgervertrages die Haftung der Beklagten auslöst.

22 (1) In der Weigerung des Insolvenzverwalters, den Vertrag unter Anerkennung der Mängel rückabzuwickeln und die Vorleistung zurückzuzahlen, verwirklicht sich gerade das Vorleistungsrisiko, das die Beklagte mit der Übernahme der Bürgschaft gemäß § 7 Abs. 1 MaBV abgesichert hat. Der Kläger soll durch die Bürgschaft im Falle der nicht vollständigen oder nicht ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung nicht schlechter stehen, als er stünde, wenn er die Vorauszahlung nicht erbracht hätte. In diesem Falle hätte er bereits aufgrund des Wandelungsanspruchs die Zahlung der Vergütung verweigern können, da diese im Rahmen eines Rückabwicklungsschuldverhältnisses zurückzugewäh-

ren gewesen wäre (BGH, Urteil vom 23. November 2006 - VII ZR 110/05, NJW-RR 2007, 378, Tz. 27).

23 (2) Aus der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Hauptschuldnerin ergibt sich nichts anderes.

24 Zwar hat der Gläubiger - wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat - im Insolvenzverfahren keine rechtliche Möglichkeit mehr, seinen Anspruch auf Wandelung durch eine entsprechende Rückzahlungsklage gegen den Willen des Insolvenzverwalters durchzusetzen (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 165/02, WM 2003, 2429, 2431). Lehnt es dieser nämlich - wie hier - ab, den Vertrag rückabzuwickeln, so kann der Auftraggeber seinen Anspruch auf Wandelung gemäß § 87 InsO nicht durch eine entsprechende Klage durchsetzen, sondern nur gemäß § 45 Satz 1 InsO mit dem ihm beizulegenden Wert als Insolvenzforderung geltend machen (zu § 17 KO: Jaeger/Henckel, Konkursordnung, 9. Aufl., § 17 Rn. 92; Henckel in FS für Wieacker (1978), S. 366, 373 f.). Dies entlastet jedoch den Bürgen nicht. Mit der Ablehnung des Insolvenzverwalters, den Vertrag rückabzuwickeln, verwirklicht sich nämlich gerade das Risiko, gegen das der Kläger durch die von der Beklagten übernommene Vorauszahlungsbürgschaft abgesichert wurde (Beck in FS für Braun, S. 159, 162 f.). Er erhält die von ihm erbrachte Vorleistung aus der Insolvenzmasse nicht mehr zurück (MünchKommInsO/Huber, 2. Aufl., § 103 Rn. 60).

25 2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Bürgschaftsforderung sei nicht verjährt. Da die dreißigjährige Verjährungsfrist des § 195 BGB aF am 1. Januar 2002 noch nicht abgelaufen war, ist für Ansprüche aus der Bürgschaft gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 EGBGB die dreijährige Regelverjährungsfrist des § 195 BGB nF maßgeblich. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen,

dass diese gemäß § 199 Abs. 1 BGB nF erst am 1. Januar 2006 zu laufen begann, da der Wandelungsanspruch erst im Laufe des Jahres 2005 entstanden ist. Der Lauf der Verjährung wurde daher nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB durch die Klageerhebung am 9. Januar 2006 gehemmt.

26 a) Der Anspruch aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft entsteht - mangels abweichender Vereinbarung der Parteien - mit Fälligkeit der gesicherten Forderung, ohne dass es für den Verjährungsbeginn auf eine zusätzliche Leistungsaufforderung des Gläubigers ankommt (Senat BGHZ 175, 161, Tz. 24 und Senatsurteile vom 8. Juli 2008 - XI ZR 230/07, WM 2008, 1731, Tz. 18 und vom 23. September 2008 - XI ZR 395/07, WM 2008, 2165, Tz. 10).

27 aa) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass es für den Verjährungsbeginn auf das Entstehen des Anspruchs auf Wandelung ankommt, da die Beklagte wegen dieses Sicherungsfalls in Anspruch genommen wird. Anders als die Revision meint, ist nicht entscheidend, ab welchem Zeitpunkt dem Kläger ein Anspruch auf Nachbesserung oder auf Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung zustand. Die Klage wird nicht auf eine Bürgschaft für den Mängelbeseitigungsanspruch gestützt, der nach § 634 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2 BGB aF mit Entstehen der sekundären Gewährleistungsansprüche erloschen ist. Vielmehr macht der Kläger die Haftung der Bürgin für einen sekundären Gewährleistungsanspruch, die Wandelung, geltend, so dass es auf dessen Entstehen ankommt.

28 bb) Entgegen der Ansicht der Revision ist für den Verjährungsbeginn der Bürgschaftsforderung auch nicht von Bedeutung, wann es dem Kläger erstmals möglich und zumutbar war, die tatbestandlichen Voraussetzungen dieses Wandelungsanspruchs zu schaffen. Ein Anspruch ist nach § 199 Abs. 1 BGB vielmehr erst dann entstanden, wenn er vom Gläubiger geltend gemacht und mit

der Klage durchgesetzt werden kann. Dies setzt grundsätzlich die Fälligkeit des Anspruchs voraus, da erst von diesem Zeitpunkt an der Gläubiger mit Erfolg die Leistung fordern und gegebenenfalls den Ablauf der Verjährungsfrist durch Klageerhebung unterbinden kann (BGH, Urteil vom 8. Juli 2008 - XI ZR 230/07, WM 2008, 1731, Tz. 17).

29 b) Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Wandelungsanspruch sei erst im Laufe des Jahres 2005 entstanden.

30 aa) Anders als die Revision meint, ist der Vertrag nicht bereits durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Hauptschuldnerin am 18. Juli 2002 in ein Abwicklungsverhältnis umgestaltet worden. Richtig ist zwar, dass der Kläger im Insolvenzverfahren seinen Anspruch auf Nachbesserung nicht mehr durchsetzen konnte (s.o. unter II 1 c bb (2)). Jedoch führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht zum Erlöschen der (Nach-) Erfüllungsansprüche im Sinne einer materiellrechtlichen Umgestaltung des Vertrages (zu § 103 InsO grundlegend BGHZ 150, 353, 359; ebenso BGHZ 155, 87, 90; BGH, Urteil vom 1. März 2007 - IX ZR 81/05, WM 2007, 840, Tz. 11). Wird der Vertrag nicht im Laufe des Insolvenzverfahrens umgestaltet, so kann das Vertragsverhältnis nach Verfahrensbeendigung zwischen den Vertragsteilen grundsätzlich so abgewickelt werden, als ob es nie zu einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens gekommen wäre (MünchKommInsO/Kreft, 2. Aufl., § 103 Rn. 18 m.w.N.).

31 bb) Auch während eines Insolvenzverfahrens geht das Vertragsverhältnis damit erst dadurch vom (Nach-) Erfüllungsstadium in das Stadium der sekundären Gewährleistungsansprüche über, dass eine vom Besteller gemäß § 634

Abs. 1 Satz 3 BGB aF unter Ablehnungsandrohung gesetzte Frist zur Nachbesserung erfolglos abgelaufen ist.

32 (1) Danach ist der Wandelungsanspruch des Klägers mit Ablauf des 10. Juli 2005 entstanden. Bis zu diesem Zeitpunkt hat der Kläger nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts mit Schreiben vom 11. Mai 2005 den Insolvenzverwalter zur vertragsgemäßen Herstellung des Gemeinschaftseigentums aufgefordert verbunden mit der Androhung, diese nach Fristablauf abzulehnen. Dies erfüllt die Anforderungen einer Erklärung gemäß § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB aF.

33 (2) Anders als das Berufungsgericht annimmt, ist der Wandelungsanspruch nicht erst durch das Wandelungsbegehren des Klägers am 22. Dezember 2005 entstanden. Dies gilt auch dann, wenn man mit dem Berufungsgericht davon ausgeht, dass der Insolvenzverwalter durch sein Bestreiten im Prüftermin am 7. Juni 2005 die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert habe und dadurch eine Nachfristsetzung gemäß § 634 Abs. 2 BGB aF entbehrlich geworden sei. Rechtsfolge des § 634 Abs. 2 BGB aF ist nur, dass der Besteller die Rechte auch ohne Fristsetzung geltend machen kann. Setzt er - wie hier der Kläger - dennoch eine den Anforderungen des § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB aF genügende Frist, ist er daran gebunden, selbst wenn dies entbehrlich gewesen sein sollte (Staudinger/Peters, BGB (2000), § 634 Rn. 22).

34 (3) Die Nachfristsetzung gegenüber dem Insolvenzverwalter ging - anders als die Revision meint - auch nicht deshalb "ins Leere", weil dieser dem Nacherfüllungsverlangen im Interesse der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger aus Rechtsgründen nicht hätte nachkommen dürfen. Selbst wenn man mit der Revision annimmt, dass eine Fristsetzung unter Ablehnungsandrohung aus diesem Grund gemäß § 634 Abs. 2 BGB aF entbehrlich gewesen wä-

re, hätte dies, wie bereits dargelegt, nicht deren Wirkungslosigkeit zur Folge. Die Rechtsfolgen des § 634 Abs. 1 Satz 3 BGB aF werden auch durch eine Nachfristsetzung gegenüber dem Insolvenzverwalter herbeigeführt, unabhängig davon, ob er dem Nachbesserungsverlangen aus insolvenzrechtlichen Gründen entsprechen darf. So wie ein an den Insolvenzverwalter gerichtetes Nachbesserungsverlangen gemäß § 13 Nr. 5 VOB/B geeignet ist, die Verjährung der Mängelansprüche zu unterbrechen (BGHZ 95, 375, 382), entfaltet auch eine an den Insolvenzverwalter gerichtete Nachfristsetzung gemäß § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB aF ihre Rechtswirkungen. Selbst wenn das Nachbesserungsverlangen gegenüber dem Insolvenzverwalter wenig Erfolg verspricht, ist dieses Vorgehen für den Kläger schon deshalb sinnvoll, weil er damit auf sicherer rechtlicher Grundlage die Umgestaltung des Vertragsverhältnisses herbeiführen und den Sicherungsfall auslösen kann, für den die Beklagte als Bürgin einzustehen hat (vgl. Schmitz, Die Bauinsolvenz, 4. Aufl., Rn. 488 ff.).

35 (4) Der Wirksamkeit der Fristsetzung steht es auch nicht entgegen, dass der Kläger die Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum verlangt hat. Der Erwerber von Wohnungseigentum ist grundsätzlich berechtigt, seine Rechte aus dem Vertrag selbständig zu verfolgen, solange durch sein Vorgehen gemeinschaftsbezogene Interessen der Wohnungseigentümer oder schützenswerte Interessen des Veräußerers nicht beeinträchtigt werden (BGHZ 172, 42, Tz. 18 m.w.N.). Danach kann er auch wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum eine Frist zur Mängelbeseitigung setzen, ohne dass es dazu der Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer bedarf (BGH, Urteil vom 23. Februar 2006 - VII ZR 84/05, WM 2006, 1300, Tz. 18). Die Interessen der anderen Wohnungseigentümer werden dadurch nicht beeinträchtigt. Beseitigt der Unternehmer die Mängel nicht, so erlischt nur der Erfüllungsanspruch des Erwerbers, der die Frist gesetzt hat. Er kann nach fruchtlosem Fristablauf ohne die Mitwirkung der Gemeinschaft zwar keine gemeinschaftsbezogenen Rechte, wie den klei-

nen Schadensersatz oder die Minderung, wählen, wohl aber solche Sekundäransprüche geltend machen, die nur auf Rückgängigmachung seines Erwerbsvertrages gerichtet sind, wie den großen Schadensersatz oder - wie hier - die Wandelung (BGHZ 172, 42, Tz. 18 f.; BGH, Urteil vom 23. Februar 2006 - VII ZR 84/05, WM 2006, 1300, Tz. 18, jeweils m.w.N.).

36 3. Soweit das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, die Beklagte könne sich nicht mit Erfolg auf die Verjährung der Hauptschuld berufen, hält auch dies im Ergebnis, jedoch nicht in allen Teilen der Begründung, revisionsrechtlicher Prüfung stand. Der Anspruch auf Wandelung ist nicht verjährt, da der Kläger durch die Anmeldung des Vorschussanspruchs zur Tabelle am 16. Februar 2004 auch die Verjährung des Wandelungsanspruchs rechtzeitig gehemmt hat.

37 a) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht gemeint, maßgebliche Hauptschuld, deren Verjährung die Beklagte gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB einwenden könne, sei der gegen die Hauptschuldnerin gerichtete Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, der mit dem Wandelungsbegehren des Klägers am 22. Dezember 2005 entstanden sei. Ein solcher Rückzahlungsanspruch besteht jedoch nicht, da - wie das Berufungsgericht an anderer Stelle nicht verkannt hat - die Wandelung im Verhältnis zur Hauptschuldnerin nicht vollzogen wurde. Die maßgebliche Hauptforderung, deren Verjährung die Beklagte ihrer Inanspruchnahme entgegenhalten könnte, ist vielmehr der Anspruch auf Wandelung.

38 b) Im Ansatz zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Wandelungsanspruch, der mit Ablauf der bis zum 10. Juli 2005 gesetzten Frist entstanden ist, gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB den seit dem 1. Januar 2002 geltenden Verjährungsvorschriften unterliegt. Die Anwendung

des Art. 229 § 6 EGBGB ist nicht auf solche Ansprüche beschränkt, die zu diesem Zeitpunkt bereits bestanden, sondern erstreckt sich - erst recht - auch auf solche Ansprüche, die zwar auf vor dem Stichtag begründeten Schuldverhältnissen beruhen, jedoch erst nach dem 1. Januar 2002 entstanden sind (BGHZ 162, 30, 35; BGH, Urteil vom 26. Oktober 2005 - VIII ZR 359/04, WM 2006, 345, 346). Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, lief vor Inkrafttreten des neuen Schuldrechts auch nicht die von der Anspruchsentstehung unabhängige fünfjährige Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 BGB aF. Diese Frist hätte erst mit der Abnahme des Werks (§ 640 BGB aF) oder dessen endgültiger Abnahmeverweigerung (BGH, Urteil vom 30. September 1999 - VII ZR 162/97, WM 1999, 2558, 2559 m.w.N.) zu laufen begonnen. Nach den nicht angegriffenen rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts wurde die Werkleistung jedoch weder abgenommen, noch hat der Kläger die Abnahme vor dem 1. Januar 2002 ernsthaft und endgültig verweigert.

39 c) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht hingegen aus der Anwendbarkeit der neuen Verjährungsvorschriften hergeleitet, dass sich die Verjährung des Wandelungsanspruchs nach den nun für den mängelbedingten Rücktritt maßgeblichen Vorschriften der § 634a Abs. 4 Satz 1, § 218 Abs. 1 Satz 1 BGB bestimme, so dass dieser nicht mehr durchsetzbar sei, wenn zum Zeitpunkt der Wandelungserklärung der Nacherfüllungsanspruch bereits verjährt gewesen sei.

40 Bei den vorgenannten Bestimmungen handelt es sich nicht um Vorschriften über die Verjährung im Sinne von Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB. Die Regelung in § 634a Abs. 4, § 218 Abs. 1 Satz 1 BGB wurde erforderlich, weil die Ansprüche auf Wandelung und Minderung durch die Schuldrechtsreform als Gestaltungsrechte gefasst wurden, die nicht der Verjährung unterliegen (vgl. § 194 Abs. 1 BGB), deren Ausübungsmöglichkeit jedoch gleichwohl zeitlich be-

grenzt sein sollte (BT-Drucksache 14/6040, S.124). In der Literatur wird § 218 Abs. 1 BGB teils als Einrede qualifiziert (Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 12. Aufl., § 218 Rn. 5; Henrich in Bamberger/Roth BGB, 2. Aufl., § 218 Rn. 4; PWW/Kesseler, BGB, 4. Aufl., § 218 Rn. 1), teils als eigenes Gestaltungsrecht des Gewährleistungspflichtigen (MünchKommBGB/Grothe, 5. Aufl., § 218 Rn. 6; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 218 Rn. 5; Staudinger/Peters, BGB (2004), § 218 Rn. 3). Regelungsinhalt ist jedenfalls weder die Verjährung eines Anspruchs, die vielmehr tatbestandlich vorausgesetzt wird, noch die Verjährung eines Gestaltungsrechts. Auf die - hier zu untersuchende - Verjährung eines Anspruchs können diese Vorschriften von vorneherein keine Anwendung finden.

41 Der Anspruch auf Wandelung fällt damit unter die dreijährige Regelverjährungsfrist des § 195 BGB nF, die - wie oben dargestellt - gemäß § 199 Abs. 1 BGB am 1. Januar 2006 zu laufen begann, so dass ohne verjährungshemmende Maßnahmen mit Ablauf des 31. Dezember 2008 Verjährung eingetreten wäre.

42 d) Wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend macht, ist durch die Anmeldung des Anspruchs auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur Tabelle am 16. Februar 2004 gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB dessen Verjährung und zugleich auch die Verjährung des Wandelungsanspruchs gehemmt worden. Diese Hemmungswirkung dauert noch an.

43 aa) Die Anmeldung des Vorschussanspruchs zur Tabelle hat dessen Verjährung nach § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB rechtzeitig gehemmt. Dabei kann dahinstehen, ob dem Kläger zum Zeitpunkt der Anmeldung ein Anspruch auf Zahlung des Vorschusses zur Mängelbeseitigung tatsächlich zustand, da die Hemmungswirkung des § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB unabhängig vom Bestehen

des geltend gemachten Anspruchs allein aufgrund der Wirksamkeit der Anmeldung eintritt (vgl. MünchKommBGB/Grothe, 5. Aufl., § 204 Rn. 50; Staudinger/Peters, BGB (2004), § 204 Rn. 97). Zum Zeitpunkt der Anmeldung am 16. Februar 2004 wäre die Verjährungsfrist eines etwaigen Vorschussanspruchs noch nicht abgelaufen gewesen. Mangels Abnahme und endgültiger Abnahmeverweigerung lief vor dem 1. Januar 2002 für alle mängelbedingten Ansprüche nur die dreißigjährige Regelverjährung des § 195 BGB aF (für § 635 BGB aF BGH, Urteil vom 30. September 1999 - VII ZR 162/97, WM 1999, 2558, 2559; allgemein für alle Mängelansprüche Palandt/Sprau, BGB, 61. Aufl., § 638 Rn. 6; Soergel/Teichmann, BGB, 12. Aufl., § 638 Rn. 25; Staudinger/Peters, BGB (2000), § 638 Rn. 25) und ab dem 1. Januar 2002 gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 EGBGB die dreijährige Regelverjährungsfrist des § 195 BGB nF. Diese hätte erst mit Ablauf des 31. Dezember 2004 geendet.

44 bb) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Kläger zur Geltendmachung eines Vorschussanspruchs befugt war. Dem steht nicht entgegen, dass die geltend gemachten Mängel am Gemeinschaftseigentum bestehen. Der einzelne Wohnungseigentümer ist grundsätzlich berechtigt, auch solche Rechte eigenständig zu verfolgen, die ihrem Inhalt nach auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichtet sind. Dies gilt auch für den Anspruch auf Vorschuss mit der Maßgabe, dass er - wie dies der Kläger im Rahmen der Anmeldung seines Anspruchs zur Tabelle getan hat - nur Zahlung an die Gemeinschaft verlangen kann (BGHZ 172, 42, Tz. 18). Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts, die die Revision ausdrücklich hinnimmt, hat die Wohnungseigentümergemeinschaft einen Beschluss, die den einzelnen Erwerber von der Verfolgung dieser Rechte ausgeschlossen hätte (vgl. BGHZ 172, 42, Tz. 20), nicht gefasst.

45 cc) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts endete die Hemmung der Verjährung auch nicht sechs Monate, nachdem der Insolvenzverwalter im Prüftermin am 7. Juni 2005 die angemeldete Forderung bestritten hat. Die Hemmungswirkung endet vielmehr nach § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB erst, wenn das Insolvenzverfahren durch Aufhebungsbeschluss (§§ 200, 258 InsO) oder Einstellung (§ 207 InsO) beendet worden ist.

46 Der Senat erachtet die ganz überwiegend in der Literatur vertretene Ansicht für zutreffend, nach der es für das Ende der Hemmungswirkung auf die Beendigung des Insolvenzverfahrens ankommt (Braun/Specovius, InsO, 3. Aufl., § 174 Rn. 37; Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 12. Aufl., § 204 Rn. 48; Henrich in Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 204 Rn. 66; MünchKommBGB/Grothe, 5. Aufl., § 204 Rn. 100; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 204 Rn. 42; PWW/Kesseler, BGB, 4. Aufl., § 204 Rn. 17; Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 174 Rn. 28; Wenner/Schuster, BB 2006, 2649, 2653; ebenso KG Berlin, BauR 2007, 1896, 1897 f.) und nicht auf das Ende des "Verfahrens der Forderungsanmeldung", das mit dem endgültigen Bestreiten der Forderung durch den Insolvenzverwalter bzw. dessen Bekanntgabe gegenüber den Gläubigern eintrete (so Vogel, BauR 2004, 1365, 1367; im Ergebnis wohl ebenso Staudinger/Peters, BGB (2004), § 204 Rn. 140).

47 Dafür spricht zum einen die Gesetzesbegründung, die von dem "Ende der Hemmung durch die Beendigung des Insolvenzverfahrens" ausgeht (BT-Drucksache 14/6040, S. 118). Nach der Vorgängervorschrift des § 214 Abs. 1 BGB aF endete die Verjährungsunterbrechung ebenfalls mit dem Ende des Insolvenzverfahrens. Der Gesetzgeber musste über die Umstellung auf einen Hemmungstatbestand hinaus keine Änderungen vornehmen, da er davon ausging, dass die Neuregelung des § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB sachlich der Vorgängervorschrift des § 209 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF entspricht (BT-Drucksache

14/6040, S. 115). Zudem sieht die Insolvenzordnung kein eigenständiges "Verfahren" der Forderungsanmeldung vor. Folgerichtig ist in § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB auch von der Anmeldung des Anspruchs "im Insolvenzverfahren" die Rede. Diesem Verständnis steht auch nicht der Wortlaut des § 204 Abs. 2 BGB entgegen, der von der Beendigung des "eingeleiteten" Verfahrens spricht. Damit hat der Gesetzgeber das Ende der Hemmungswirkung in § 204 Abs. 2 BGB lediglich einheitlich für alle Hemmungstatbestände des § 204 Abs. 1 Nr. 1 bis 14 BGB formuliert. Im Falle des § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB ist maßgeblich, dass der Gläubiger mit der Forderungsanmeldung seine Teilnahme an dem laufenden Insolvenzverfahren eingeleitet hat.

48 dd) Zu Recht weist die Revisionserwiderung darauf hin, dass sich die Hemmungswirkung des § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB auch auf den Wandelungsanspruch erstreckt. Da die Anmeldung im Jahr 2004 erfolgte, ergibt sich dies jedoch nicht aus § 639 Abs. 1, § 477 Abs. 3 BGB aF, sondern aus dem gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB anwendbaren § 213 BGB.

49 Danach erstreckt sich die Hemmung auf alle Ansprüche, die aus demselben Rechtsgrund wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind. Dies ist für alle heute in § 634 BGB geregelten werkvertraglichen Nacherfüllungs- und Gewährleistungsrechte anzunehmen, die auf demselben Mangel beruhen (Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 12. Aufl., § 213 Rn. 4 f.; MünchKommBGB/Grothe, 5. Aufl., § 213 Rn. 5; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 213 Rn. 3; Staudinger/Peters, BGB (2004), § 213 Rn. 3 f.). In der Rechtsprechung war bereits zur Vorgängervorschrift des § 639 Abs. 1, § 477 Abs. 3 BGB aF anerkannt, dass sich die Unterbrechung bzw. Hemmung der Verjährung des Mängelbeseitigungsanspruchs, des Vorschussanspruchs oder des Anspruchs auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten auch auf alle anderen in § 638 BGB aF bezeichneten Ansprüche - also auch den Anspruch auf Wan-

delung - erstreckt (BGHZ 66, 142, 147; BGHZ 95, 250, 255). Nichts anderes gilt für § 213 BGB, durch den der Gesetzgeber nur eine den Rechtsgedanken der § 639 Abs. 1, § 477 Abs. 3 BGB aF verallgemeinernde Regelung schaffen wollte, um damit die Entwicklung der Rechtsprechung nachzuvollziehen (BT-Drucksache 14/6040, S.121).

50 4. Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht wegen eines der Hauptschuldnerin zustehenden Nutzungsersatzanspruchs nicht wirksam ausgeübt. Zu Recht macht die Revision geltend, diese Auffassung beruhe auf einer unzureichenden Erfassung des Prozessstoffs.

51 Zwar gehört es zur wirksamen Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts, dass der Schuldner den konkreten Gegenleistungsanspruch, auf den er seine Leistungsverweigerung stützt, genau bezeichnet (BGH, Urteil vom 27. September 1984 - IX ZR 53/83, WM 1984, 1543, 1545, insoweit in BGHZ 92, 194 nicht abgedruckt). Dies hat die Beklagte nach dem von der Revision aufgezeigten Tatsachenvortrag jedoch getan. Der Kläger vermietet die Wohnung seit dem Jahr 1999. Die Beklagte hat sich bereits in erster Instanz auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen und dabei deutlich gemacht, dass sie dieses mit einem ihrer Ansicht nach bestehenden Nutzungsersatzanspruch der Hauptschuldnerin in Höhe von 31.126 € begründet. Sie hat auch dargelegt, dass sie diesen Betrag auf Grundlage einer ortsüblichen Monatsmiete in Höhe von 394 € und einer Vermietungsdauer vom 1. August 1999 bis 28. Februar 2006 errechnet. Auf diesen Vortrag hat sie in der Berufungsinstanz ausdrücklich Bezug genommen. Damit war erkennbar, mit welchem Gegenanspruch die Beklagte ihr Zurückbehaltungsrecht begründet, so dass sie dieses - unabhängig von der Frage, ob ein Nutzungsersatzanspruch der Hauptschuldnerin in dieser Höhe besteht - wirksam erhoben hat. Dieser Vortrag ist der Entscheidung mangels

gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts im Revisionsverfahren zugrunde zu legen. Auf einen entsprechenden Tatbestandsberichtigungsantrag der Beklagten hat das Berufungsgericht die Feststellung, die Beklagte habe nicht mitgeteilt, mit welchem Betrag der Nutzungsersatzanspruch angesetzt werde, aus den Entscheidungsgründen gestrichen.

52 5. Mit Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte befinde sich mit der Annahme der vom Kläger Zug um Zug angebotenen Übertragung des Wohnungseigentums in Verzug, da sie auf den entsprechenden Antrag des Klägers Klageabweisung beantragt habe.

53 a) Bei Zug um Zug zu erbringenden Leistungen kommt der Gläubiger gemäß § 298 BGB in Verzug, wenn er zwar die ihm angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet. Voraussetzung ist aber, dass der Schuldner seine Leistung ordnungsgemäß angeboten hat. Solange er das nicht getan hat, kann die Verweigerung der Gegenleistung keinen Annahmeverzug des Gläubigers begründen (BGH, Beschluss vom 6. Oktober 1994 - V ZR 92/94, WM 1994, 2287, 2288). An einem solchen Angebot des Klägers fehlt es hier.

54 b) Zum einen verkennt das Berufungsgericht, dass bei einer Verpflichtung zur Übertragung von Grundeigentum das wörtliche Angebot nicht schon gemäß § 295 Satz 1 Alt. 2 BGB deswegen entbehrlich ist, weil es zur Bewirkung der Leistung der Mitwirkungshandlung des Gläubigers bedürfte. In diesen Fällen ist grundsätzlich ein tatsächliches Angebot gemäß § 294 BGB durch Mitteilung eines Termins bei einem zur Auflassung bereiten Notar erforderlich, um den Annahmeverzug auszulösen (BGHZ 116, 244, 249 f.; BGH, Urteil vom 15. November 1996 - V ZR 292/95, WM 1997, 424). Ein wörtliches Angebot durch den auf Zug-um-Zug-Verurteilung gerichteten Klageantrag wäre nur dann

gemäß § 295 Satz 1 Alt. 1 BGB ausreichend gewesen, wenn die Beklagte zuvor bereits die Annahme der Leistung verweigert hätte (vgl. BGHZ 116, 224, 250; BGH, Urteil vom 15. November 1996, aaO, S. 424 f.). Dazu hat das Berufungsgericht jedoch keine Feststellungen getroffen.

55 Unabhängig davon hat der Kläger mit seinem Klageantrag die ihm obliegende Leistung schon deswegen nicht wie geschuldet angeboten, weil er sich zur Übertragung des Wohnungseigentums an die Beklagte bereit erklärt hat. Ein vom Bürgen erhobenes Zurückbehaltungsrecht führt zwar zu dessen Verurteilung Zug um Zug (BGHZ 153, 293, 301). Die vom Gläubiger zu erbringende Gegenleistung hat dieser aber nicht an den Bürgen, sondern an den Hauptschuldner zu bewirken (Staudinger/Horn, BGB (1997), § 768 Rn. 10). Auch wenn das Berufungsgericht aus prozessualen Gründen an den Klageantrag, der auf Übertragung des Eigentums der Wohnung an die Beklagte gerichtet ist, gebunden war, so ändert das nichts daran, dass die materiellrechtlichen Voraussetzungen eines Annahmeverzuges nicht gegeben sind.

III.

56 Die angefochtene Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

57 Die Beklagte ist nicht gehindert, sich auf ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 320, § 348, § 347 Satz 2 BGB aF wegen der vom Kläger durch Vermietung gezogenen Nutzungen zu berufen, weil die Wandelung im Verhältnis zur Hauptschuldnerin nicht vollzogen wurde. Zwar ist die verbürgte Rückzahlungsverbindlichkeit bislang nicht entstanden und die Bürgschaftsforderung gegen die Beklagte besteht aus diesem Grunde selbständig. Diese Verselbständigung

bedeutet jedoch nicht, dass die Bürgschaft jeglichen Bezug zur Hauptverbindlichkeit verliert. Sie wird lediglich vom Bestand der Hauptforderung unabhängig, richtet sich jedoch inhaltlich weiterhin nach dieser (BGHZ 153, 337, 340). Danach steht der Beklagten gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Nutzungsvorteile zu, die der Kläger der Hauptschuldnerin im Falle der Rückabwicklung des Bauträgervertrages zu ersetzen hätte.

58 Einer Zug-um-Zug-Verurteilung des Klägers steht nicht entgegen, dass der Hauptschuldnerin mangels Vollzugs der Wandelung kein entsprechender Nutzungsersatzanspruch zusteht. § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt - wie auch § 767 BGB - die gesetzgeberische Entscheidung zugrunde, dass der Gläubiger vom Bürgen nicht mehr und nichts anderes erhalten soll, als er vom Hauptschuldner hätte fordern können (BGHZ 143, 381, 384 f.; BGHZ 153, 337, 341 m.w.N.). Dies wäre aber dann der Fall, wenn der Kläger - wie nach einer vollzogenen Wandelung - die Rückzahlung des Kaufpreises erreichen könnte, ihm aber die Nutzungsvorteile der Wohnung verbleiben würden, die er bei Rückabwicklung des Bauträgervertrages der Hauptschuldnerin gemäß § 634 Abs. 4, § 467 Satz 1, § 347 Satz 2 BGB aF hätte vergüten müssen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Sicherungszweck der Bürgschaft. Da die Bürgschaft dazu dient, dem Gläubiger Sicherheit bei Vermögensverfall des Hauptschuldners zu geben, kann der Bürge sich gegenüber dem Gläubiger nur auf solchen Einreden des Hauptschuldners nicht berufen, die ihren Grund in dessen Vermögenssituation haben (BGHZ 153, 337, 341 m.w.N.). Eine solche Einrede ist das von der Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht jedoch nicht. Der vom Kläger zu leistende Nutzungsersatz stellt ihn vielmehr gerade so, als sei er nicht durch die Insolvenz der Hauptschuldnerin gehindert gewesen, seinen Wandelungsanspruch durchzusetzen.

IV.

59 Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Entscheidung reif ist, ist sie zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

60 Das Berufungsgericht wird - nachdem die Parteien Gelegenheit zum ergänzenden Vortrag hatten - über die Höhe des vom Kläger an den Insolvenzverwalter zu zahlenden Nutzungsersatzes zu befinden haben. Der Senat weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass vorliegend für die Berechnung der Nutzungsvorteile, die nach § 347 Satz 2, § 987 Abs. 1 BGB aF zu vergüten sind, weder - wie die Beklagte meint - die ortsübliche Miete maßgeblich ist, noch - wie der Kläger dies seinem Vortrag zugrunde legt - eine zeitanteilige lineare Wertminderung der Wohnung im Vergleich des tatsächlichen Gebrauchs zur voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer (sog. Wertverzehr). Beide Berechnungsmethoden kommen nur in Betracht, wenn es um den Wert der Gebrauchsvorteile geht, die der Erwerber durch Eigennutzung der ihm überlassenen Immobilie erzielt hat (vgl. dazu und zur Abgrenzung beider Berechnungsmethoden BGHZ 167, 108, Tz. 10 ff. m.w.N.). Hat der Erwerber - wie hier der Kläger - konkrete Nutzungen dadurch gezogen, dass er den zurückzugewährenden Gegenstand vermietet hat, so sind gemäß § 100, § 99 Abs. 3 BGB diese Nutzungen, hier der erlangte Mietzins, herauszugeben.

61 Das weitere Verfahren bietet Gelegenheit, die im Ausspruch des Berufungsurteils unterbliebene, in den Entscheidungsgründen jedoch angesprochene teilweise Abweisung des Zinsanspruchs nachzuholen.

Wiechers Müller Ellenberger

Maihold Matthias

Vorinstanzen:
LG Mainz, Entscheidung vom 10.07.2007 - 6 O 312/05 -
OLG Koblenz, Entscheidung vom 29.05.2008 - 6 U 1067/07 -