BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 183/08

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

in dem Rechtsstreit

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 des Berichtigungsbeschlusses vom 4. 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 Die Kläger nehmen die beklagte Bank aus einer nach § 7 Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) übernommenen Bürgschaft in Anspruch.

2 Mit notariellem Vertrag vom 11./15. Juli 1995 verpflichtete sich die S. KG (im Folgenden: Hauptschuldnerin), dem Kläger zu 1) das Eigentum an einer Wohnung in einem noch zu errichtenden Wohn- und Gewerbeobjekt in B. gegen

Zahlung von 341.200 DM (= 174.452,79 €) zu verschaffen. Den Klägern zu 2) und 3) verkaufte die Hauptschuldnerin eine Wohnung in demselben Objekt mit notariellem Vertrag vom 9./25. November 1995 zum Kaufpreis von 339.200 DM (= 173.430,21 €). Die Sachmängelgewährleistung richtete sich jeweils nach Werkvertragsrecht. Die Rückgängigmachung des Vertrages wurde ausgeschlossen. Wie in den Bauträgerverträgen vorgesehen, übernahm die Beklagte gegenüber dem Kläger zu 1) am 3. November 1995 und gegenüber den Klägern zu 2) und 3) am 12. Dezember 1995 unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtbarkeit, der Aufrechenbarkeit und der Vorausklage eine Bürgschaft nach § 7 MaBV bis zum Höchstbetrag von 341.200 DM (Kläger zu 1) bzw. 339.200 DM (Kläger zu 2) und 3)) zur Sicherung der Ansprüche der Kläger gegen die Hauptschuldnerin "auf Rückgewähr oder Auszahlung der vorgenannten Vermögenswerte, die der Bauträger erhalten hat oder zu deren Verwendung er ermächtigt worden ist". Die Bürgschaften sollten erlöschen, "sobald die Voraussetzungen nach § 5 Ziffer 4 des Kaufvertrages vorliegen", die unter anderem eine Fertigstellungsbescheinigung des bauleitenden Architekten verlangten. Noch im Jahr 1995 zahlten die Kläger den jeweils geschuldeten "Kaufpreis" in voller Höhe.

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 wurden.

4 Am 18. Juli 2002 wurde über das Vermögen der Hauptschuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Kläger meldeten 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. Im Prüftermin am 7. Juni 2005

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

bestritt der Insolvenzverwalter die zur Tabelle angemeldeten Ansprüche in voller Höhe. Am 5. Mai 2006 verlangten die Kläger zu 2) und 3) und am 27. Juli 2006 verlangte der Kläger zu 1) von dem Insolvenzverwalter schriftlich die Wandelung des jeweiligen Bauträgervertrages.

5 Die Beklagte beruft sich unter anderem auf Verjährung sowohl der Bürgenschuld als auch der Hauptverbindlichkeit.

6 Mit am 16. Oktober 2002 eingereichter Klage haben die Kläger die Beklagte ursprünglich auf Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung und auf Ersatz der zur Schadensfeststellung entstandenen Kosten in Anspruch genommen. Diese Klage hat das Berufungsgericht mit Urteil vom 10. Februar 2005 in Höhe von 6.200,73 € rechtskräftig abgewiesen; im Übrigen hat es den Rechtsstreit an die erste Instanz zurückverwiesen. Mit Schriftsätzen vom 11. September 2006, der Beklagten zugestellt am 10. Oktober 2006, haben die Kläger die Klage geändert. Sie haben die Beklagte auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 174.452,79 € (Kläger zu 1) nebst Zinsen bzw. in Höhe von 173.430,21 € (Kläger zu 2) und 3)) nebst Zinsen in Anspruch genommen, zunächst nur hilfsweise Zug um Zug gegen Übertragung der jeweiligen Eigentumswohnung an die Beklagte, und die Feststellung begehrt, dass sich diese mit der Entgegennahme des Grundbesitzes in Annahmeverzug befindet. Das Landgericht hat die Hauptanträge abgewiesen und den Hilfsanträgen teilweise stattgegeben. Mit ihrer Berufung haben die Kläger im Hauptantrag jeweils die Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückübertragung der jeweiligen Wohnung an die Beklagte nur für den Fall gleichzeitiger Feststellung begehrt, dass die Beklagte ihnen Zug um Zug Verwendungen und Zinsen gemäß § 347 BGB aF zu erstatten hat. Hilfsweise haben die Kläger die unbedingte Rückzahlung der Kaufpreise nebst Zinsen beantragt. Das Berufungsgericht hat unter Abweisung der Klage im Übrigen den Hilfsanträgen bis

auf einen Teil der geltend gemachten Zinsen entsprochen und die weitergehenden Berufungen beider Parteien zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

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 die Kläger aufgrund erheblicher Mängel am Gemeinschaftseigentum am 5. Mai 2006 bzw. 27. Juli 2006 zulässigerweise erklärt hätten. Der Ausschluss des Wandelungsanspruchs im Bauträgervertrag sei gemäß § 11 Nr. 10b AGBG unwirksam. Die von der Beklagten gemäß § 7 MaBV übernommenen Bürgschaften seien 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 den Wandelungsbegehren nicht zugestimmt habe. Auch

wenn die Kläger nach § 634 Abs. 4, § 465 BGB aF nur einen Anspruch auf Zustimmung zur Wandelung hätten, wäre dieser gegen die Hauptschuldnerin durch unmittelbare Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises durchsetzbar gewesen. 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 Einreden des Hauptschuldners zu berufen, die ihren Grund in dessen Vermögenssituation hätten.

11 Die Bürgschaftsschuld der Beklagten sei weder gegenüber dem Kläger zu 1) noch gegenüber den Klägern zu 2) und 3) verjährt. Die nach Art. 229 § 6 EGBGB maßgebliche dreijährige Verjährungsfrist in § 195 BGB nF habe in beiden Fällen am 1. Januar 2007 begonnen, weil der für den Verjährungsbeginn allein maßgebliche Wandelungsanspruch hinsichtlich des Klägers zu 1) erst am 27. Juli 2006 und hinsichtlich der Kläger zu 2) und 3) erst am 5. Mai 2006 entstanden sei (§ 199 BGB). Das von einem anderen Miteigentümer verfasste Schreiben vom 30. September 1999, durch den dieser die Hauptschuldnerin zur Mängelbeseitigung bis zum 1. November 1999 aufgefordert habe, enthalte keine relevante Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung im Sinne des § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB aF, weil es nicht von den Klägern stamme und die dortige Erklärung auch nicht für sie abgegeben worden sei.

12 Im Bestreiten der von den Klägern zur Tabelle angemeldeten Vorschussansprüche 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 die nachfolgenden Wandelungsbegehren vom 5. Mai 2006 und 27. Juli 2006 seien die Wandelungsansprüche der Kläger und damit auch deren Ansprüche aus den Bürgschaften entstanden. Mit Umstellung der Klage auf Erstattung der Erwerbspreise, die der Beklagten am 10. Oktober

2006 zugestellt worden sei, sei der Lauf der Verjährungsfrist nach Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB i.V.m. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB nF rechtzeitig gehemmt worden. Es komme für den Verjährungsbeginn weder darauf an, wann den Klägern überhaupt erstmals Ansprüche wegen Mängeln der Werkleistung zugestanden hätten, noch sei von Bedeutung, ob die Kläger die Voraussetzungen des jeweiligen Wandelungsanspruchs früher hätten 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.

13 Auch die durch die Wandelungserklärung entstandenen Rückzahlungsansprüche seien nicht verjährt. Die fünfjährige Verjährungsfrist habe für den Kläger zu 1) am 27. Juli 2006 und für die Kläger zu 2) und 3) am 5. Mai 2006 begonnen. Zu diesem Zeitpunkt hätten die Kläger die Wandelung auch noch verlangen können. Die Wandelungsansprüche der Kläger, die mit den jeweiligen Wandelungsbegehren im Jahr 2006 entstanden seien, unterlägen nach Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB den seit dem 1. Januar 2002 geltenden neuen Verjährungsvorschriften. Es habe vor Inkrafttreten des neuen Schuldrechts auch nicht die kurze Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 BGB aF gegolten, da die Werkleistung weder abgenommen worden sei, noch die Kläger die Abnahme vor dem 1. Januar 2002 ernsthaft und endgültig verweigert hätten. Die in Ermangelung der Abnahme und Abnahmeverweigerung zunächst laufende dreißigjährige Regelverjährungsfrist nach § 195 BGB aF sei bis zum 31. Dezember 2001 nicht abgelaufen gewesen.

14 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 Wandelungserklärungen der Kläger am 5. Mai 2006 bzw. 27. Juli 2006 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. Ein späterer Fristbeginn sei auch nicht im Hinblick auf die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB anzunehmen. Hinsichtlich des Klägers zu 1) zeige dies insbesondere seine Vorschussklage gegen die Hauptschuldnerin vom 18. Juli 2001. Die Kläger zu 2) und 3) seien spätestens aufgrund der Wohnungseigentümerversammlung am 30. Juni 2001 über den Nachbesserungsanspruch informiert gewesen. Durch die Anmeldung der Ansprüche auf Vorschusszahlung zur Insolvenztabelle am 16. Februar 2004 sei die Verjährungsfrist daher gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB rechtzeitig gehemmt worden. Dazu seien die 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 die Kläger erst danach ihre Rechte durch Klage auf Feststellung zur Tabelle hätten weiter verfolgen können. Unter Berücksichtigung dieser Hemmung des Fristlaufes wäre die für den jeweiligen Nachbesserungsanspruch hier geltende dreijährige Regelverjährungsfrist im Verlaufe des November 2006 abgelaufen, so dass die Wandelung am 5. Mai 2006 bzw. 27. Juli 2006 rechtzeitig begehrt worden sei.

15 Die Hauptanträge der Kläger hätten dennoch keinen Erfolg, da für die begehrte Feststellung, dass die Rückübereignung des Grundbesitzes nur Zug um Zug gegen Ersatz der Verwendungen und Zinsen zu erfolgen habe, das

Feststellungsinteresse fehle. Die Klage sei hingegen mit den auf unbedingte Zahlung gerichteten Hilfsanträgen begründet. Zwar verlange die Beklagte gegenüber den Klageforderungen einredeweise die lastenfreie Übertragung des Grundbesitzes an sich. Ein solches eigenes Gegenrecht stehe der Beklagten indes nicht zu. Sie könne gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB nur ein der Hauptschuldnerin zustehendes Zurückbehaltungsrecht mit dem Inhalt der Rückübertragung der Eigentumswohnungen an diese bzw. an den Insolvenzverwalter geltend machen. Ein solches Zurückbehaltungsrecht habe die Beklagte jedoch nicht erhoben.

II.

16 Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

17 1. Rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht angegriffen hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass gemäß § 765 BGB der Kläger zu 1) in Höhe von 174.452,79 € und die Kläger zu 2) und 3) in Höhe von 173.430,21 € einen Anspruch auf Kaufpreisrückzahlung gegen die Beklagte als Bürgin haben. Soweit im Tenor hinsichtlich des Klägers zu 1) nur ein Betrag in Höhe von 174.350,53 € zugesprochen wurde, handelt es sich um eine offensichtliche Unrichtigkeit gemäß § 319 ZPO, die ersichtlich darauf beruht, dass nicht der Kaufpreis in Höhe von 341.200 DM in € umgerechnet wurde, sondern nur der im Tatbestand ausgewiesene Betrag von 341.000 DM. Dessen Unrichtigkeit ergibt sich jedoch aus der ebenfalls in Bezug genommenen Anlage 4 zur Klageschrift. Dass dem entsprechenden Hilfsantrag des Klägers zu 1) in Höhe von 174.452,79 € in vollem Umfang entsprochen werden sollte, ist den Entscheidungsgründen zweifelsfrei zu entnehmen.

18 a) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Bürgschaften seien 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.

19 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 Bürgschaften 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.).

20 c) Das Berufungsgericht ist im Ergebnis zu Recht und von der Revision nicht angegriffen davon ausgegangen, dass der fehlende Vollzug der Wande-

lungen im Verhältnis zur Hauptschuldnerin der Inanspruchnahme der Beklagten nicht entgegensteht. Die Kläger können die Beklagte als Bürgin allein aufgrund ihres 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.

21 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).

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

23 (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. Die Kläger sollen durch die Bürgschaften im Falle der nicht vollständigen oder nicht ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung nicht schlechter stehen, als sie stünden,

wenn sie die Vorauszahlungen nicht erbracht hätten. In diesem Falle hätten sie bereits aufgrund ihres Wandelungsanspruchs die Zahlung der Vergütung verweigern können, da diese im Rahmen eines Rückabwicklungsschuldverhältnisses zurückzugewähren gewesen wäre (BGH, Urteil vom 23. November 2006 - VII ZR 110/05, NJW-RR 2007, 378, Tz. 27).

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

25 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 die Kläger durch die von der Beklagten übernommenen Vorauszahlungsbürgschaften abgesichert wurden (Beck in FS für Braun, S. 159, 162 f.): Sie erhalten die von ihnen erbrachten Vorleistungen aus der Insolvenzmasse nicht mehr zurück (MünchKommInsO/Huber, 2. Aufl., § 103 Rn. 60).

26 2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Bürgschaftsforderungen seien nicht verjährt. Da die dreißigjährige Verjährungsfrist des § 195 BGB aF am 1. Januar 2002 noch nicht abge-

laufen war, ist für Ansprüche aus den Bürgschaften 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 für beide Bürgschaften gemäß § 199 Abs. 1 BGB nF erst am 1. Januar 2007 zu laufen begann, da sowohl der Wandelungsanspruch des Klägers zu 1) wie der Wandelungsanspruch der Kläger zu 2) und 3) erst im Laufe des Jahres 2006 entstanden sind.

27 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).

28 aa) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass es für den Verjährungsbeginn auf das Entstehen des Anspruchs auf Wandelung ankommt. Nach der Klageänderung im Jahre 2006 wird die Beklagte allein noch wegen dieses Sicherungsfalls in Anspruch genommen. Anders als die Revision meint, ist nicht entscheidend, ab welchem Zeitpunkt den Klägern ein Anspruch auf Nachbesserung oder auf Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung gegen die Hauptschuldnerin zustand. Die Klage wird nicht mehr auf Bürgschaften für Mängelbeseitigungsansprüche gestützt, die nach § 634 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2 BGB aF mit Entstehen der sekundären Gewährleistungsansprüche erloschen sind. Vielmehr machen die Kläger die Haftung der Bürgin für sekundäre Gewährleistungsansprüche, jeweils die Wandelung, geltend, so dass es auf deren Entstehen ankommt.

29 bb) Entgegen der Ansicht der Revision ist für den Verjährungsbeginn der Bürgschaftsforderung auch nicht von Bedeutung, wann es den Klägern erstmals möglich und zumutbar war, die tatbestandlichen Voraussetzungen ihres jeweiligen 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).

30 b) Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Wandelungsansprüche des Klägers zu 1) und der Kläger zu 2) und 3) seien erst im Laufe des Jahres 2006 entstanden.

31 aa) Anders als die Revision meint, sind die Verträge nicht bereits durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Hauptschuldnerin am 18. Juli 2002 in Abwicklungsverhältnisse umgestaltet worden. Richtig ist zwar, dass die Kläger im Insolvenzverfahren ihre Ansprüche auf Nachbesserung nicht mehr durchsetzen konnten (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.).

32 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. Ist eine Fristsetzung gemäß § 634 Abs. 2 BGB entbehrlich, erfolgt die Umgestaltung, wenn der Besteller entsprechende Sekundäransprüche gegenüber dem Unternehmer geltend macht (BGHZ 142, 278, 283 m.w.N.).

33 Danach ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Wandelungsansprüche der Kläger erst durch ihre entsprechenden Erklärungen gegenüber dem Insolvenzverwalter am 5. Mai 2006 bzw. 27. Juli 2006 entstanden sind. Nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts haben weder der Kläger zu 1) noch die Kläger zu 2) und 3) eine Frist mit Ablehnungsandrohung gemäß § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB aF gesetzt. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Insolvenzverwalter habe durch sein Bestreiten der durch die Kläger zur Tabelle angemeldeten Vorschussansprüche im Prüftermin am 7. Juni 2005 die Beseitigung der Mängel gemäß § 634 Abs. 2 BGB aF ernsthaft und endgültig verweigert, was eine Fristsetzung entbehrlich gemacht habe, wird von der Revision nicht angegriffen und lässt Rechtsfehler nicht erkennen.

34 c) Dadurch, dass die Kläger mit ihren Klageänderungen vom 11. September 2006, der Beklagten zugestellt am 10. Oktober 2006, den maßgeblichen Streitgegenstand rechtshängig gemacht haben, wurde die erst am 1. Januar 2007 anlaufende Verjährungsfrist der Bürgschaftsforderungen rechtzeitig gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt. Auf die von der Revisionserwiderung aufgeworfene Rechtsfrage, ob bereits die am 16. Oktober 2002 eingereichte Klage, mit der die Kläger die Beklagte als Bürgin auf Zahlung eines Vor-

schusses zur Mängelbeseitigung und auf Ersatz der zur Schadensfeststellung entstandenen Kosten in Anspruch genommen haben, gemäß § 213 BGB auch die Verjährung der erst später entstandenen und nunmehr streitgegenständlichen Bürgschaftsforderungen gehemmt hat, kommt es nicht an.

35 3. Soweit das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, die Beklagte könne sich nicht mit Erfolg auf die Verjährung der Hauptforderungen berufen, hält auch dies im Ergebnis, jedoch nicht in allen Teilen der Begründung, revisionsrechtlicher Prüfung stand. Der Anspruch der Kläger auf Wandelung ist nicht verjährt, da sie durch die Anmeldung ihrer Vorschussansprüche zur Tabelle am 16. Februar 2004 auch die Verjährung der Wandelungsansprüche rechtzeitig gehemmt haben.

36 a) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht gemeint, maßgebliche Hauptschuld, deren Verjährung die Beklagte gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB einwenden könne, sei der jeweilige gegen die Hauptschuldnerin gerichtete Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, der mit dem Wandelungsbegehren des Klägers zu 1) am 27. Juli 2006 bzw. dem Wandelungsbegehren der Kläger zu 2) und 3) am 5. Mai 2006 entstanden sei. Solche Rückzahlungsansprüche bestehen jedoch nicht, da - wie das Berufungsgericht an anderer Stelle nicht verkannt hat - die Wandelungen im Verhältnis zur Hauptschuldnerin nicht vollzogen wurden. Die maßgebliche Hauptforderung, deren Verjährung die Beklagte ihrer Inanspruchnahme entgegenhalten könnte, ist vielmehr der jeweilige Anspruch auf Wandelung.

37 b) Im Ansatz zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die im Jahr 2006 entstandenen Wandelungsansprüche gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB den seit dem 1. Januar 2002 geltenden Verjährungsvorschriften unterliegen. Die Anwendung des Art. 229 § 6 EGBGB ist nicht auf solche An-

sprüche 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 wurden die Werkleistungen jedoch weder abgenommen, noch haben die Kläger die Abnahme vor dem 1. Januar 2002 ernsthaft und endgültig verweigert.

38 c) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht hingegen aus der Anwendbarkeit der neuen Verjährungsvorschriften hergeleitet, dass sich die Verjährung eines 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.

39 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.

40 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 2007 zu laufen begann, so dass ohne verjährungshemmende Maßnahmen mit Ablauf des 31. Dezember 2009 Verjährung eintreten würde.

41 d) Wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend macht, haben die Kläger die Verjährung dieser Ansprüche jedoch bereits durch die Rechtsverfolgung der jeweiligen Vorschussansprüche gehemmt. Diese Hemmungswirkung erstreckt sich gemäß § 213 BGB auch auf die Wandelungsansprüche und dauert noch an.

42 aa) Auf eine vom Berufungsgericht nicht abschließend geklärte Hemmung durch eine gegenüber der Hauptschuldnerin am 18. Juli 2001 erhobene Vorschussklage (Art. 229 § 6 Abs. 2 EGBGB, § 209 Abs. 1 BGB aF bzw. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB nF) kommt es nicht an, da die Verjährung der Vorschussansprüche der Kläger jedenfalls durch ihre Anmeldung zur Tabelle am

16. Februar 2004 nach § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB rechtzeitig gehemmt worden ist. Dabei kann dahinstehen, ob den Klägern zum Zeitpunkt der Anmeldung der geltend gemachte Anspruch 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 waren die etwaigen Vorschussansprüche der Kläger auch noch nicht verjährt. 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.

43 bb) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Kläger zur Geltendmachung der Vorschussansprüche auch befugt waren. 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 die Kläger im Rahmen der Anmeldung ihrer Ansprüche zur Tabelle getan haben - 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 Wohnungseigentümergemein-

schaft einen Beschluss, die den einzelnen Erwerber von der Verfolgung dieser Rechte ausgeschlossen hätte (vgl. BGHZ 172, 42, Tz. 20), nicht gefasst.

44 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 angemeldeten Forderungen 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.

45 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).

46 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.

47 dd) Die Hemmungswirkung des § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB erfasst auch die erst später entstandenen Wandelungsansprüche der Kläger.

48 Nach § 213 BGB 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 Wandelung - erstreckt (BGHZ 66, 142, 147; BGHZ 95, 250, 255). Nichts anders 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).

49 4. Zu Recht beanstandet die Revision jedoch die uneingeschränkte Verurteilung der Beklagten. Die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen dieses von einer Verurteilung Zug um Zug gegen Übertragung der Eigentumswohnungen an den Insolvenzverwalter abgesehen hat, halten revisionsrechtlicher Prüfung nicht Stand.

50 Das Berufungsgericht ist im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass der Bürge gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann, wozu auch das Zurückbehaltungsrecht nach § 634 Abs. 4, § 467 Satz 1, § 346 Satz 1, § 348, § 320 BGB aF gehört. Es hat weiterhin zu Recht ausgeführt, dass ein aus dem Hauptschuldverhältnis abgeleitetes Zurückbehaltungsrecht dazu führt, dass der Bürge zur Leistung Zug um Zug zu verurteilen ist (BGHZ 153, 293, 301), wobei die vom Gläubiger zu erbringende Gegenleistung nicht an den Bürgen, sondern an den Hauptschuldner - bzw. hier den Insolvenzverwalter - zu bewirken ist (Staudinger/Horn, BGB (1997), § 768 Rn. 10).

51 Die Annahme, die Beklagte habe ein solches Leistungsverweigerungsrecht nicht ausgeübt, ist jedoch nicht frei von Rechtsfehlern. Für eine Zug-um-Zug-Verurteilung ist keine formelle Antragstellung des Beklagten erforderlich, sondern es reicht aus, wenn er einen uneingeschränkten Klageabweisungsantrag stellt, sofern sein Wille, die eigene Leistung im Hinblick auf das Ausbleiben der Gegenleistung zurückzubehalten, eindeutig erkennbar wird (BGHZ 168, 64,

Tz. 30; BGH, Urteil vom 12. März 2008 - XII ZR 147/05, WM 2008, 1758, Tz. 13). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte gegenüber der Klageforderung einredeweise die lastenfreie Übertragung des Grundeigentums an sich verlangt. Zweifelhaft ist bereits, ob die Beklagte damit - wie das Berufungsgericht meint - ausschließlich ein ihr nicht zustehendes eigenes Zurückbehaltungsrecht ausgeübt hat und nicht zugleich eine Einrede der Hauptschuldnerin erheben wollte. Es liegt vielmehr nahe, dass die Beklagte, die für eine Einrede aus eigenem Recht keine Begründung vorgetragen hat, gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB gerade die Einrede aus der Hauptschuld erheben wollte, jedoch rechtsfehlerhaft davon ausgegangen ist, die Herausgabe der Gegenleistung habe an sie zu erfolgen. Dies bedarf jedoch keiner abschließenden Entscheidung.

52 Jedenfalls hätte das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht beanstandet, die Beklagte zumindest gemäß § 139 ZPO auf sein Verständnis hinweisen müssen. Dazu bestand schon deshalb Anlass, weil selbst die Kläger in ihren Hauptanträgen die Übertragung des Grundeigentums Zug um Zug an die Beklagte angeboten haben. Wenn die Beklagte sich dieser - unzutreffenden - Rechtsansicht anschließt und sodann auch gegenüber den Hilfsanträgen einredeweise die Übertragung an sich verlangt, hat sie ohne einen entsprechenden Hinweis des Gerichts keinen Grund zur Besorgnis, sie werde allein deshalb zu einer uneingeschränkten Zahlung verurteilt, weil sie ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht wirksam erhoben habe. Die Beklagte hätte, wie die Revision vorbringt, auf einen entsprechenden Hinweis des Gerichts hilfsweise beantragt, soweit sie zur Zahlung verurteilt wird, die Kläger zu verurteilen, den Grundbesitz Zug um Zug an den Insolvenzverwalter zu übertragen. Darin kommt der Wille der Beklagten zum Ausdruck, sich auf ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB zu berufen.

III.

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

54 Die Beklagte ist nicht gehindert, sich auf ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 634 Abs. 4, § 467 Satz 1, § 346 Satz 1, § 348, § 320 BGB aF zu berufen, weil die Wandelung im Verhältnis zur Hauptschuldnerin nicht vollzogen wurde. Zwar sind die verbürgten Rückzahlungsverbindlichkeiten 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 von den Klägern zu bewirkenden Gegenleistungen zu, so dass sie nur zur Leistung Zug um Zug gegen Übertragung des Eigentums der jeweiligen Wohnungen an den Insolvenzverwalter zu verurteilen ist.

55 Dem steht nicht entgegen, dass der Hauptschuldnerin mangels Vollzugs der Wandelung keine entsprechenden Rückübereignungsansprüche zustehen. § 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 der Fall, wenn die Kläger die Rückzahlung des jeweiligen Kaufpreises erreichen könnten, ihnen aber das Eigentum an den erworbenen Wohnungen verbleiben würde, das bei Rückabwicklung ihrer Bauträgerverträge gemäß § 634 Abs. 4, § 467 Satz 1, § 346 Satz 1 BGB aF an die Hauptschuldnerin hätte übertragen werden müs-

sen. 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 zu machende Zurückbehaltungsrecht nicht. Die Herausgabe der Wohnungen stellt die Kläger vielmehr gerade so, als seien sie nicht durch die Insolvenz der Hauptschuldnerin gehindert gewesen, ihre Wandelungsansprüche durchzusetzen.

IV.

56 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).

Wiechers Müller Ellenberger

Maihold Matthias

Vorinstanzen:
LG Mainz, Entscheidung vom 10.07.2007 - 6 O 287/02 -
OLG Koblenz, Entscheidung vom 29.05.2008 - 6 U 989/07 -