

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 1999 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe und die Richter Dr. Siol, Dr. Bungeroth, Dr. van Gelder und Dr. Müller

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 11. November 1998 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage gegen die Beklagte zu 3) abgewiesen worden ist.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Traunstein vom 22. Januar 1998 aufgehoben, soweit zum Nachteil der Beklagten zu 3) erkannt worden ist. Auch insoweit wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an das Landgericht Traunstein zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger nimmt aus abgetretenem Recht die Beklagten zu 1) und 2) auf Rückzahlung eines Darlehens und die Beklagte zu 3), eine GmbH, deren Gesellschafter die Beklagten zu 1) und 2) sind, aus einer Schuldmitübernahme in Anspruch. Hilfsweise stützt er seine Klage gegen die Beklagte zu 3) auch auf eine Drittschuldnererklärung.

Im Jahre 1994 gewährte der Zedent G. den Beklagten zu 1) und 2) mehrere Darlehen über insgesamt 300.000 DM. Es war beabsichtigt, daß der Zedent sich an der Beklagten zu 3) beteiligen sollte. In diesem Fall sollten die Darlehensbeträge als Akontozahlungen auf den Kaufpreisanspruch der Beklagten zu 1) und 2) gegen den Zedenten für die Übertragung von Anteilen an der Beklagten zu 3) behandelt werden. Am 18. Mai 1995 vereinbarte die Beklagte zu 3) mit der L. GmbH, deren geschäftsführender Gesellschafter der Zedent ist, unter anderem, daß die Beklagte zu 3) neben den Beklagten zu 1) und 2) zur Rückzahlung der Darlehen zuzüglich einer Zinspauschale von 50.000 DM verpflichtet sei.

Zu einer Beteiligung des Zedenten an der Beklagten zu 3) kam es nicht. Am 2. Dezember 1996 trat er seine Ansprüche gegen die Beklagten zu 1) und 2) über 350.000 DM erfüllungshalber an den Kläger ab.

Bereits im Februar 1996 hatte die Beklagte zu 3) dem Zedenten eine Eigentumswohnung verkauft. Im April 1997 ließ der Kläger dessen Übereignungsanspruch sowie Ansprüche auf Rückzahlung von Kaufpreistraten nach einer etwaigen Auflösung des Kaufvertrages pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Zur Abgabe der Drittschuldnerer-

- 4 -

klärung aufgefordert, erklärte die Beklagte zu 3), daß der gepfändete Anspruch bestehe, die Übereignungsforderung nicht anderweitig beansprucht werde oder gepfändet sei, sie aber nicht bereit sei, Zahlung zu leisten.

Mit der Klage nimmt der Kläger die Beklagten als Gesamtschuldner auf Zahlung von 350.000 DM zuzüglich Zinsen in Anspruch. Die Beklagten berufen sich vor allem auf die Unwirksamkeit der Abtretung und die Erfüllung der streitigen Forderung durch Aufrechnung. Das Landgericht hat der Klage mit Ausnahme eines Teils der geltend gemachten Zinsforderung stattgegeben. Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts aufgehoben, die gegen die Beklagte zu 3) gerichtete Klage abgewiesen und die Sache im übrigen an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der zunächst unbeschränkt eingelegten Revision, die gegenüber den Beklagten zu 1) und 2) zurückgenommen wurde, wendet sich der Kläger nur noch gegen die Abweisung der Klage gegen die Beklagte zu 3).

Entscheidungsgründe:

Da die Beklagte zu 3) in der mündlichen Verhandlung trotz rechtzeitiger Ladung zum Termin nicht vertreten war, war über die Revision des Klägers durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil ist jedoch keine Folge der Säumnis, sondern beruht auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 81).

Die Revision ist begründet; sie führt zur Aufhebung des klageabweisenden Teils des Berufungsurteils und auch insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.



1. Das Berufungsgericht hat zur Begründung der Abweisung der Klage gegen die Beklagte zu 3) ausgeführt:

Durch Vertrag vom 2. Dezember 1996 habe der Zedent nur seine Darlehensforderungen gegen die Beklagten zu 1) und 2) an den Kläger abgetreten, nicht aber seine Ansprüche aus der Mitverpflichtungsvereinbarung vom 18. Mai 1995 gegen die Beklagte zu 3).

Auch aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß vom 10. April 1997 und der Drittschuldnererklärung der Beklagten zu 3) vom 16. Mai 1997 könne der Kläger keine Ansprüche gegen die Beklagte zu 3) herleiten. Die Drittschuldnererklärung beziehe sich ersichtlich auf den gepfändeten Eigentumsverschaffungsanspruch. Einen Zahlungsanspruch, für den ausreichendes Vorbringen des Klägers fehle, habe die Beklagte zu 3) nicht anerkannt.

2. Die Abweisung der Klage gegen die Beklagte zu 3) hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat § 401 Abs. 1 BGB, der hier analog anzuwenden ist, übersehen.

a) Nach § 401 Abs. 1 BGB gehen mit der abgetretenen Forderung auch Hypotheken, Schiffshypotheken, Pfandrechte und Bürgschaften, also akzessorische Sicherungsrechte, auf den neuen Gläubiger über. Dies gilt in entsprechender Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB anerkanntermaßen auch für Rechte aus einer sichernden Schuldmitübernahme (BGH, Urteil vom 24. November 1971 - IV ZR 71/70, WM 1972, 222, 223; BAG WM 1990, 734, 737 jeweils m.w.Nachw.; s. auch BGHZ 46, 14, 15). Eine solche entspricht wirtschaftlich einer selbstschuldnerischen Bürgschaft. Ebenso wie Ansprüche eines Zedenten

aus einer Bürgschaft gehen Rechte aus einer sichernden Schuldmitübernahme mit Abtretung der gesicherten Forderung auf den Zessionar über.

b) Die Vereinbarung vom 18. Mai 1995, die einen Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 Abs. 1 BGB darstellt, enthält eine Schuldmitübernahme der Beklagten zu 3) mit Sicherungscharakter. Das ergibt die Auslegung dieser Vereinbarung, die der erkennende Senat selbst vornehmen kann, da sich das Berufungsgericht damit nicht befaßt hat und weitere Feststellungen insoweit nicht erforderlich sind.

Die Beklagte zu 3) hat sich in dieser Vereinbarung neben den Beklagten zu 1) und 2) zur Rückzahlung der Darlehen und der Zinspauschale in Höhe von insgesamt 350.000 DM verpflichtet. Die Darlehensvaluta war zu diesem Zeitpunkt bereits an die Beklagten zu 1) und 2) ausgezahlt und von ihnen zweckentsprechend eingesetzt worden. Die Beklagte zu 3) hatte deshalb keine Möglichkeit mehr, über die Verwendung der Darlehensvaluta mitzuentcheiden; sie war also keine gleichberechtigte Mitdarlehensnehmerin (vgl. Senatsurteil vom 6. Oktober 1998 - XI ZR 244/97, WM 1998, 2366, 2367). Die Übernahme der Mitverpflichtung durch die Beklagte zu 3) hatte vielmehr nur den Sinn, dem Zedenten durch einen zusätzlichen Schuldner eine Sicherheit zu bieten. Sie ist deshalb entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts im Falle einer wirksamen Abtretung der gesicherten Darlehensforderungen in entsprechender Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB auf den Kläger übergegangen.

3. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Der Senat konnte nicht in der Sache selbst entscheiden, da es jedenfalls zur Wirksamkeit der Abtretung noch weiterer Feststellungen

bedarf. Das Berufungsgericht hat die Sache, soweit die Beklagten zu 1) und 2) betroffen sind, wegen eines Verfahrensmangels zur weiteren Aufklärung an das Landgericht zurückverwiesen. Bei richtiger Behandlung der Sache hätte das Berufungsgericht in Bezug auf die Beklagte zu 3) entsprechend verfahren müssen, weil die Entscheidung des Landgerichts auch insoweit auf dem angenommenen Verfahrensfehler beruht. Das Berufungsgericht hat somit eine an sich gebotene Zurückverweisung an die erste Instanz unterlassen. Diese war gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO durch den erkennenden Senat nachzuholen (vgl. BGHZ 101, 134, 141 f.; BGH, Urteile vom 27. Juni 1991 - IX ZR 222/90, WM 1991, 1817, 1818, vom 13. Oktober 1993 - XII ZR 120/92, WM 1994, 225, 227, vom 12. Januar 1994 - XII ZR 167/92, WM 1994, 865, 868 und vom 19. November 1998 - IX ZR 152/98, NJW 1999, 724, 725).

4. Auf einen Anspruch des Klägers aus der Pfändung von Ansprüchen des Zedenten gegen die Beklagte zu 3) und deren Drittschuldnererklärung war nicht einzugehen. Da der Kläger seine Klage in erster Linie auf abgetretene Ansprüche stützt, ist über die hilfsweise

geltend gemachte Forderung des Klägers aus der Pfändung und der Drittschuldnererklärung erst dann zu entscheiden, wenn sich die Klage aus abgetretenem Recht als unbegründet erweist. Das ist noch offen.

Nobbe

Dr. Siol

Dr. Bungeroth

Dr. van Gelder

Dr. Müller