

## † Prozessführungsbefugnis einer vermögenslosen GmbH hinsichtlich abgetretener Forderung - Bürgschaft auf erstes Anfordern

*BGB §§ 765, 401, 328, 157; ZPO § 51 I*

**1. Eine vermögenslose GmbH, die durch Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs von Verbindlichkeiten gegenüber dem Zessionar frei wird, hat ein schutzwürdiges Eigeninteresse daran, den Anspruch mit Ermächtigung des neuen Gläubigers einzuklagen, wenn sie schon bei Begründung des Anspruchs vermögenslos war und es zweifelhaft ist, ob ein Rechtsübergang auf den neuen Gläubiger stattgefunden hat.**

**2. Auch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern kann als Vertrag zu Gunsten eines Dritten vereinbart werden; dessen Berechtigung muss sich jedoch aus der Bürgschaftsurkunde selbst in Verbindung mit den unstreitigen Tatsachen ergeben.**

**3. Der Grundsatz, dass der Gläubiger von Hauptforderung und Bürgschaft ein und dieselbe Person sein muss, gilt auch bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern.**

BGH, Urteil vom 3. 4. 2003 - IX ZR 287/99 (KG)

JuS-Kartei § 765 BGB Nr. 03/4 = NJW 2003, 2231

### Zum Sachverhalt:

Die Kl., eine GmbH, nimmt die bekl. Bank aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern in Anspruch. Zu Grunde liegt folgender Sachverhalt: Eine Bauherrengemeinschaft (im Folgenden: Grundstücksgesellschaft) hatte die Kl. als Generalübernehmerin 1992 mit der Erstellung eines schlüsselfertigen Gebäudes beauftragt. Die Kl. ihrerseits beauftragte eine weitere Gesellschaft - die H - mit der Erstellung des Gebäudes zum Pauschalpreis von 18200000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer (d.h. über 10 Millionen Euro). Die H führte die Bauarbeiten wiederum nicht selbst aus, sondern beauftragte ihrerseits die I-GmbH. Sie stellte der Kl. eine von der Bekl. übernommene Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern i.H. von ca. 1046500 DM. Die Grundstücksgesellschaft zahlte die von der Kl. über 6748055 DM erstellte Schlussrechnung nicht, worauf auch die Kl. und die H in Insolvenzgefahr gerieten. Im Zuge von Sanierungsvereinbarungen (teilweise Stundung und teilweise Verzicht auf Forderungen) trat die Kl. im Jahr 1994 alle Ansprüche aus dem Vertrag mit der H an die Grundstücksgesellschaft ab. Im Jahr 1995 wurde ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens (heute: Insolvenzverfahrens) über das Vermögen der Kl. mangels Masse abgewiesen

und die Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen. Die Gewährleistungsbürgschaft der Bekl. wurde gegen eine neue Bürgschaft auf erstes Anfordern über 500000 DM ausgetauscht. Die Grundstücksgesellschaft ermächtigte die Kl., die Bürgschaftsforderung in eigenem Namen und auf eigene Rechnung einzuklagen. Diese Klage hatte in den Vorinstanzen Erfolg. Die Revision der Bekl. führte zur Aufhebung und zur Zurückverweisung.

### Anmerkung:

1. *Was lehrt dieser Fall?* Der Fall ist nichts für Anfänger, aber er ist ausbildungsrelevant. Zunächst einmal zwingt er zu einem genauen Verständnis des Sachverhalts (eine Aufgabe, auf die man in der Praxis vorbereitet sein muss). Sodann gibt er einen Einblick in typische Rechtsfragen der Baufinanzierung. Schließlich zeigt er, wie sich aus einem solchen Finanzierungsgeflecht immer neue - niemals schematische! - Rechtsfragen herauskristallisieren können. Um damit zu arbeiten, muss man wieder in den Grundlagen sattelfest sein. Die Einschaltung von Generalübernehmern, Subunternehmern und Sub-Subunternehmern ist bei Großprojekten charakteristisch<sup>1</sup>. Im vorliegenden Fall ist das Vertragsgeflecht sogar nur teilweise erfasst, denn es lässt sich denken, dass die I-GmbH ihrerseits zur Ausführung des Baus Verträge mit

einzelnen Gewerben geschlossen hatte (vielleicht hatten diese z.T. wieder größere Einheiten übernommen und die Arbeit auf weitere Subunternehmer verteilt!).

2. Was lehren die Entscheidungsgründe? a) *Zulässigkeit der Klage (erster Leitsatz)*. Der Senat hatte sich zunächst mit der Prozessführungsbefugnis der Kl. zu befassen: Die Kl. war materiell insolvent, jedoch war das Insolvenzverfahren - hier nach altem Recht noch als Konkursverfahren<sup>2</sup> - mangels Masse nicht eröffnet worden (§ 107 KO, heute § 26 InsO). Masselosigkeit ist nicht gleichbedeutend mit Vermögenslosigkeit<sup>3</sup>, nur reicht eben das - durchaus noch vorhandene - Gesellschaftsvermögen nicht aus, um die Kosten des Insolvenzverfahrens zu bestreiten<sup>4</sup>. Während die Vermögenslosigkeit einer GmbH dazu führt, dass sie ohne Liquidation im Handelsregister gelöscht wird (§§ 60 I Nr. 7, 66 V GmbHG), führt die Verfahrensablehnung mangels Masse zur bloßen Auflösung der GmbH (§ 60 I Nr. 5 GmbHG). Die GmbH besteht also fort (§ 69 I GmbHG) und wird durch Liquidatoren - im Zweifel die bisherigen Geschäftsführer (§ 66 GmbHG) - abgewickelt. Im Gegensatz zum Fall der Vermögenslosigkeit ist eine masselose GmbH, weil noch existent und rechtsfähig, im Prozess auch parteifähig (§ 50 I ZPO). Der Fortbestand einer masselosen, also qualifiziert insolventen, GmbH wirft eine Reihe brisanter Rechtsprobleme auf<sup>5</sup>, darunter auch die Frage, ob eine solche - wie gesagt ja parteifähige! - GmbH ermächtigt werden kann, Ansprüche im eigenen Namen einzuklagen. Der vorliegende Fall zeigt dieses Problem sehr klar. Hier hatte die Kl. Ansprüche an die Grundstücksgesellschaft abgetreten und war von dieser ermächtigt worden, diese Ansprüche geltend zu machen. Dies ist ein *Problem der gewillkürten Prozessstandschaft*. Als Prozessstandschaft bezeichnet man die Befugnis einer Partei, ein fremdes Recht im eigenen Namen einzuklagen<sup>6</sup>. Diese Prozessstandschaft kann eine gesetzliche sein (z.B. § 265 II ZPO) oder eine gewillkürte. Die gewillkürte Prozessstandschaft ist das prozessuale Pendant zur materiellrechtlichen Einziehungsermächtigung<sup>7</sup>. Sie setzt nach ständiger Rechtsprechung und h.L. voraus, dass der Prozessstandschafter an der Durchsetzung des ihm nicht zustehenden Rechts ein eigenes schutzwürdiges Interesse hat<sup>8</sup>. Im Fall einer überschuldeten oder sogar masselosen GmbH als Klägerin wird ein solches Eigeninteresse dieser Gesellschaft an der Geltendmachung abgetretener Forderungen in der Regel verneint<sup>9</sup>. Im Erfolgsfall fließt ja der eingeklagte Betrag nicht in die Liquidationsmasse der klagenden Gesellschaft, und im Fall eines Misserfolges wird der Prozessgegner wegen seines Kostenerstattungsanspruchs (§ 91 ZPO) auf das Vermögen der masselosen Klägerin verwiesen. Schon bisher hatte allerdings die Rechtsprechung die Prozessstandschaft zugelassen, sofern der Prozessgegner nicht unbillig benachteiligt wird, so insbesondere, wenn der Vermögensverfall erst während des Prozesses eingetreten ist und kein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang zwischen der Überschuldung, der Offenlegung der Abtretung und der Ermächtigung zur Prozessführung besteht<sup>10</sup>. Auch im vorliegenden Fall erkennt der Senat die Prozessstandschaft wegen der Umstände des Einzelfalls an. Als Besonderheiten hebt er hervor: Die nunmehr eingeklagte Bürgschaft war eingegangen, als die Masselosigkeit der Kl. und ihre Auflösung schon im Handelsregister eingetragen und für die Bekl. erkennbar gewesen sei. Die Kl. sei dem Zessionar (hier also: der Grundstücksgesellschaft) für die abgetretene Forderung gewährleistungspflichtig und handle unter den hier gegebenen Umständen nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sie den an die Grundstücksgesellschaft abgetretenen Anspruch im eigenen Namen einklage. Die Klage war demnach zulässig.

b) *Begründetheit der Klage (Leitsätze 2 und 3)*. Der Senat sieht jedoch die auf die Bürgschaft auf erstes Anfordern gestützte Klage als unbegründet an. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern, eine im Gesetz nicht vorgesehene besonders scharfe Variante der Bürgschaft, der sich in der Regel nur Banken unterziehen können<sup>11</sup>, ist den Lesern der JuS-Rechtsprechungsübersicht inzwischen vertraut (zuletzt BGH, JuS 2003, 403 Nr. 8; 2003, 92 Nr. 9). Der Senat steht auf dem Standpunkt, dass eine solche Bürgschaftsforderung der Grundstücksgesellschaft nicht zustehe, folglich auch von der Kl. nicht eingeklagt werden könne. Aus § 401 BGB konnte sich eine Sicherung zu Gunsten der Grundstücksgesellschaft nur ergeben, wenn die Bürgschaft im Zeitpunkt der Abtretung schon bestand<sup>12</sup>. Wird eine Bürgschaft erst nach der Abtretung erteilt und ist dem Bürgen die Abtretung nicht bekannt, so bedeutet dies, dass eine Bürgschaftsforderung des Zedenten in der Regel nicht entsteht<sup>13</sup>. Ein Bürgschaftsanspruch des Zessionars<sup>14</sup> kann sich in diesem Fall aus dem Bürgschaftsvertrag zwischen dem Bürgen (hier: Bekl.) und dem Zedenten (hier: Kl.) nur unter den Voraussetzungen eines echten Vertrags zu Gunsten eines Dritten ergeben (§ 328 BGB). Dass ein Bürgschaftsvertrag als Vertrag zu Gunsten eines Dritten ausgestaltet sein kann, ist anerkannt (Beispiel: Bürgschaftsvertrag zwischen Hauptschuldner und Bürgen)<sup>15</sup>. Hier war aber als Gläubigerin die Kl. in die neue Bürgschaftsurkunde eingetragen, und der Anschluss der neuen Bürgschaft (500000 DM) an die alte Bürgschaft (1046500 DM) genügt dem Senat nach den Umständen des vorliegenden Falls nicht, um die Bürgschaftsvereinbarung des Jahres 1995 als einen Vertrag zu Gunsten der Grundstücksgesellschaft

anzusehen<sup>16</sup>. Da nur der Gläubiger der Hauptforderung Gläubiger der Bürgschaft sein kann (*dritter Leitsatz*) und sich nach der Einschätzung des *Senats* die Berechtigung der Grundstücksgesellschaft aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht deutlich genug aus der Bürgschaftsabrede ergab (*zweiter Leitsatz*), sah der *Senat* die Klage unter dem Gesichtspunkt der Bürgschaft auf erstes Anfordern als unbegründet an. Dass der *Senat* die Klage gleichwohl nicht abwies, sondern an das BerGer. als Tatsacheninstanz zurückverwies (§ 563 ZPO), beruht auf der Überlegung, dass eine unwirksame Bürgschaft auf erstes Anfordern u.U. als wirksame einfache Bürgschaft aufrecht erhalten werden kann, denn diese ist in der Bürgschaft auf erstes Anfordern enthalten<sup>17</sup>. Wegen deren strenger Akzessorietät war dann aber noch über die Hauptforderung zu entscheiden<sup>18</sup>. Diese trichterliche Prüfung war vom BerGer. konsequent nicht vorgenommen worden.

Karsten Schmidt

---

<sup>1</sup> *Soergel*, in: MünchKomm-BGB, 3. Aufl. (1997), § 55 Rdnr. 71.

<sup>2</sup> Vgl. als Übergangsvorschrift Art. 103a EG InsO: Die vor 1999 beantragten Insolvenzverfahren werden noch als Konkurse nach altem Recht abgewickelt.

<sup>3</sup> *Karsten Schmidt*, GesellschaftsR, 4. Aufl. (2002), § 11 VI 5.

<sup>4</sup> Näher *Haarmeyer*, in: MünchKomm-InsO, 2002, § 26 Rdnrn. 11ff.

<sup>5</sup> *Karsten Schmidt* (o. Fußn. 2), § 38 IV 6d; *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl. (2002), § 60 Rdnr. 97ff.; *Karsten Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 3. Aufl. (2002), Rdnrn. 1139ff.; *Wolf Schulz*, Die masselose Liquidation der GmbH, 1986, S. 55ff., 155ff.; *Konzen*, in: Festschr.f. Ulmer, 2003, S. 323ff.

<sup>6</sup> Zur Einführung *Schilken*, ZPR, 4. Aufl. (2002), Rdnrn. 273ff.

<sup>7</sup> Zur Einziehungsermächtigung vgl. *Brox/Walker*, Allg. SchuldR, 28. Aufl. (2002); *Larenz*, SchuldR I, 14. Aufl. (1987), § 34 V c.

<sup>8</sup> BGHZ 148, 221 (226) = NJW 2002, 890; 145, 279 (286) = NJW 2001, 1868; 100, 217 (218) = NJW 1987, 2018; 102, 293 (296) = NJW 1988, 1210; BGH, NJW 1989, 1932 (1933); 1999, 1717; 2000, 738; 2002, 350.

<sup>9</sup> BGHZ 96, 151 (155) = JuS 1986, 318 Nr. 11.

<sup>10</sup> BGH, NJW 1989, 1932; NJW-RR 1990, 505; 1995, 3186 (3187).

<sup>11</sup> Einführend zur Bürgschaft auf erstes Anfordern BGH, JuS 2003, 403 Nr. 8.

<sup>12</sup> Vgl. zur Anwendung des § 401 BGB in diesem Fall *Roth*, in: MünchKomm-BGB, 3. Aufl. (1994), § 401 Rdnr. 5.

<sup>13</sup> BGH, WM 1966, 859 (861); *Staudinger/Horn*, BGB, 13. Bearb. (1997), § 765 Rdnr. 203; *Lindner-Figura*, NJW 2002, 3134.

<sup>14</sup> Eine andere, vom *Senat* offengelassene Frage ist, ob sich von Fall zu Fall ein eventueller Bürgschaftsanspruch des Zedenten ergeben kann; darauf kam es hier nicht an, zumal der selbst masselose Gläubiger Zahlung auf erstes Anfordern nicht verlangen kann (BGHZ 151, 236 = JuS 2003, 92 Nr. 9) = NJW 2002, 3170.

<sup>15</sup> Vgl. nur BGH, WM 2003, 969 (970L).

<sup>16</sup> Wegen der Details ist auf den Originalabdruck zu verweisen. Die Artikulation von Zweifeln an der Richtigkeit dieser Entscheidung verbietet sich in der JuS-Rechtsprechungsübersicht.

<sup>17</sup> Vgl. BGH, NJW 1999, 2361.

<sup>18</sup> Die Kl. hatte bisher im Urkundenprozess (§§ 592ff. ZPO) prozessiert.