

15

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 777; ZPO §§ 693 Abs. 2, 270 Abs. 3

Ist in einer Bürgschaftsurkunde bestimmt, daß die Bürgschaft erlischt, wenn der Bürge nicht bis zu einem festen Termin in Anspruch genommen worden ist, dann genügt ein am letzten Tage der Frist eingereichter Antrag auf Erlaß eines Mahnbescheides auch dann nicht zur Fristwahrung, wenn die Zustellung des Mahnbescheides demnächst erfolgt.

BGH, Urt. v. 21. Oktober 1981 - VIII ZR 212/80 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 212/80

URTEIL

Verkündet am
21. Oktober 1981
Bajer,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma B[REDACTED] T[REDACTED] & Bu[REDACTED] KG, K[REDACTED]allee [REDACTED]
in D[REDACTED], vertreten durch ihre Komplementäre Dr. Hermann
Siegfried G[REDACTED] zu M[REDACTED], Joachim J. H[REDACTED], Karl Wilhelm
Reichsgraf F[REDACTED] von F[REDACTED], Wolfgang von W[REDACTED],
Robert F. B. L[REDACTED], Hans-Henning von Fl[REDACTED] und Dr. Bernhard
Mü[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den unter der Firma St[REDACTED] "Sch[REDACTED] Wo[REDACTED]" handelnden
Kaufmann Erwin St[REDACTED], R[REDACTED] Straße [REDACTED] in A[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

15

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Oktober 1981 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Hoffmann, Wolf, Merz und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 3. Juli 1980 geändert.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 15. Januar 1980 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat auch die Kosten des Beru-
rungs- und Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger schloß im Mai 1978 mit der zwischenzeitlich in Konkurs gefallenen Firma Be[REDACTED]- und Mo[REDACTED]-[REDACTED] AG (Hauptschuldnerin) einen Bauvertrag, aufgrund dessen diese ihm ein schlüsselfertiges Betriebsgebäude bis zum 1. April 1979 zu erstellen hatte. Dieser Bauvertrag enthielt folgende Bestimmung:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

"Zur Sicherung der Gesamtfertigstellung erhält der Bauherr bei Beginn eine Fertigstellungsbürgschaft in Höhe von 5 % der Bausumme, die nach Gesamtfertigstellung (Ziffer m) des Zahlungsplanes) zurückzugeben ist."

Die Beklagte übernahm am 16. Mai 1978 die selbstschuldnerische Bürgschaft für die fristgerechte Vertragserfüllung der Hauptschuldnerin bis zu einer Höhe von 500 000 DM, wobei es in der mit Maschine geschriebenen Bürgschaftsurkunde heißt:

"Unsere Bürgschaft erlischt, sobald wir diese Bürgschaftsurkunde - auch durch Dritte - zurückbekommen haben, spätestens jedoch am 01.04.1979, wenn wir bis zu diesem Zeitpunkt nicht in Anspruch genommen worden sind."

Der Kläger macht mehr als eine Million DM Schaden deswegen geltend, weil die Hauptschuldnerin das Bauvorhaben nicht fristgemäß erstellt hat. Er hat am Samstag, den 31. März 1979, drei Tage bevor die Hauptschuldnerin Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen stellte, beim Amtsgericht Amberg einen Mahnbescheid gegen die Beklagte aufgrund der Bürgschaft in voller Höhe der Bürgschaftssumme beantragt. Der am 3. April 1979 unterschriebene, nicht maschinell bearbeitete Mahnbescheid wurde der Beklagten am 5. April 1979 von Amts wegen zugestellt. Nach Widerspruch ist die Sache vom Amtsgericht Amberg an das Landgericht Düsseldorf abgegeben worden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Ansprüche des Klägers gegen die

Beklagte als Bürkin gestützt auf Schadensersatzansprüche gegen die Hauptschuldnerin wegen Verdienstaufalles und Zinszahlungen für dem Grunde nach gerechtfertigt erklärt.

Mit ihrer Revision strebt die Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts an.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. 1. Das Berufungsgericht führt aus, die Parteien hätten in der Bürgschaftsurkunde vom 16. Mai 1978 die in § 777 Abs. 1 BGB bei einer echten Zeitbürgschaft vorgesehene "gesetzliche Nachfrist" abbedungen. Die Bürgschaft wäre demnach erloschen, wenn der Kläger seine Ansprüche bis zum 1. April 1979 weder gerichtlich noch außergerichtlich geltend gemacht hätte.

2. Dieser Ausgangspunkt ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wobei hier offen bleiben kann, ob das gesetzliche Erfordernis der unverzüglichen Anzeige der Inanspruchnahme (§ 777 BGB) vom Berufungsgericht zutreffend als "Nachfrist" bezeichnet worden ist. Auf jeden Fall ist, weil nach der Bürgschaftsurkunde die Inanspruchnahme der Beklagten als Bürkin bis zu einem festen Termin vom Kläger zu erklären war, nach dessen Ablauf die Bürgschaft erlöschen sollte, § 777 Abs. 1 BGB hier nicht anwendbar (BGH Urteil vom 9. Dezember 1976 - VII ZR 78/75 = WM 1977, 290).

3. Das Berufungsgericht meint, die für die Inanspruchnahme der Beklagten als Bürgin von den Parteien vereinbarte Frist sei aber durch den Antrag auf Erlaß eines Mahnbescheids am 31. März 1979 deshalb gewahrt worden, weil dessen Zustellung an die Beklagte demnächst erfolgt sei und damit für eine Fristwahrung auf die Einreichung des Antrags zurückwirke (§ 693 Abs. 2 ZPO). Zwar werde in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten, daß durch die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über die rückwirkende Fristwahrung bei alsbald erfolgter Zustellung (§§ 693 Abs. 2, 270 Abs. 3 ZPO n.F.; früher §§ 261 b Abs. 3, 496 Abs. 3, 693 Abs. 2 ZPO a.F.) nur diejenigen begünstigt würden, die sich zur Wahrung einer bestimmten Frist der Mitwirkung der Gerichte bedienen müßten, nicht aber diejenigen, die zur Fristwahrung die Form der Klage wählten, obwohl sie die Frist auch in anderer Form z.B. durch einfachen Brief, hätten einhalten können und damit im gerichtlichen Geschäftsgang begründete, ihrem Einfluß entzogene Verzögerungen hätten vermeiden können. Der, wie das Berufungsgericht meint, "formularmäßige" Ausschluß der Rechte des Gläubigers nach § 777 BGB in der Bürgschaftsurkunde gebiete es hier, dem Kläger darüber hinaus nicht auch noch den gesetzlichen Vorteil der Rückwirkung einer Zustellung nach § 693 Abs. 2 ZPO abzuschneiden.

II. Die Angriffe der Revision hiergegen haben Erfolg.

1. Zu der mit § 693 Abs. 2 ZPO inhaltlich gleichen Regelung der rückwirkenden Fristwahrung durch eine gerichtliche Zustellung in § 261 b Abs. 3 ZPO a.F. ist in

der Rechtsprechung bereits klargestellt worden, daß es Sinn dieser Vorschrift der Zivilprozeßordnung ist, die die Zustellung beantragende Partei vor Nachteilen zu schützen, die sie durch eine Verzögerung der von Amts wegen erfolgenden Zustellung erleidet, wenn die Verzögerung auf Umstände zurückgeht, auf die sie keinen Einfluß hat. Die sich aus dem Gesetz hierdurch ergebende Fristerstreckung kann mit Rücksicht auf die Gegenpartei allerdings dann nicht zur Anwendung kommen, wenn die Verzögerung durch eigenes, vorsätzliches oder nachlässiges Verhalten einer Partei veranlaßt worden ist (BGHZ 31, 342, 346).

2. a) Hieran anschließend hat der erkennende Senat ausgesprochen, daß die Rückbeziehung der Zustellung auf den Zeitpunkt der Einreichung einer Klage (§ 261 b Abs. 3 ZPO a.F.) dann nicht in Frage kommt, wenn der Kläger durch einen einfachen Brief seine Rechte hätte wahren können; denn die prozessuale Vorschrift solle verhindern, daß der Kläger, der für eine Fristwahrung auf die Mitwirkung der staatlichen Gerichte angewiesen ist, durch etwaige, seinem Einfluß entzogene Verzögerungen der Zustellung einen Schaden erleidet (Senatsurteil vom 10. Februar 1971 - VIII ZR 208/69 = WM 1971, 383, 384). Die Entscheidung betraf einen Fall, in dem eine Mieterhöhung unmittelbar vor dem Außerkrafttreten der hierzu ermächtigenden Gesetzesbestimmung (§ 22 1. BMG) durch Klage geltend gemacht, die Klageschrift aber erst nach dem Außerkrafttreten zugestellt worden war. Der V. Zivilsenat hat sich der Auffassung des erkennenden Senats angeschlossen und deshalb eine in einer Klageschrift enthaltene Irrtumsanfechtung nicht mehr als unverzüglich im Sinne des

§ 121 BGB angesehen (BGH Urteil vom 11. Oktober 1974 - V ZR 25/73 = WM 1974, 1229, 1230 = NJW 1975, 39). Das Bundesarbeitsgericht hat zu tarifvertragsrechtlichen Ausschlußfristen ebenfalls die Meinung vertreten, daß die in §§ 496 Abs. 3, 261 b Abs. 3 ZPO a.F. enthaltene Regelung nur denjenigen begünstige, der darauf angewiesen ist, sich der Mitwirkung der Gerichte zu bedienen, um bestimmte Fristen zu wahren oder die Unterbrechung der Verjährung zu bewirken. Wer dagegen die Form der Klage wählt, obgleich er eine Frist auch in anderer Form, z.B. durch einfachen Brief, hätte einhalten können, bedürfe dieses Schutzes nicht. Ihm komme deshalb die in der Rückwirkung der Zustellung liegende, vom Gesetz vorgesehene Erleichterung nicht zugute (BAG Urteil vom 4. November 1969 - 1 AZR 141/69 = NJW 1970, 583 = AP § 496 ZPO Nr. 3 mit insoweit ablehnender Anmerkung von Hueck; ebenso BAG Urteil vom 18. Januar 1974 - 3 AZR 3/73 = AP § 345 ZPO Nr. 4 mit kritischer Anmerkung Grunsky und vom 8. März 1976 - 5 AZR 361/75 = NJW 1976, 1520 = AP § 496 ZPO Nr. 4). Diese Auffassung hat in der Literatur weitgehend Zustimmung gefunden (Baumbach/Lauterbach, ZPO, 39. Aufl. § 270 Anm. 4; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl. § 261 b Rdn. C I b 4; Zöllner, ZPO, 12. Aufl. § 270 Anm. 3; Thomas/Putzo, ZPO, 11. Aufl. § 270 Anm. 3 a; Soergel/Hefermehl, BGB, 11. Aufl. § 121 Rdn. 10; Palandt/Heinrichs, BGB, 39. Aufl. § 121 Anm. 4; Krüger-Nieland in BGB-RGRK, 12. Aufl. § 121 Rdn. 7; a.A. Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl. § 496 Anm. IV 6).

b) Der VII. Zivilsenat hat hingegen in einem Fall, in dem ein deutscher Handelsvertreter die Dreimonatsfrist

für seinen Ausgleichsanspruch nach § 89 b Abs. 4 HGB zu wahren hatte und dies durch Klageerhebung in Deutschland mit Zustellung in Frankreich geschah, die Anwendbarkeit von § 261 b Abs. 3 ZPO a.F. bejaht und ausgeführt, die Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters sei an keine bestimmte Form gebunden. Der Handelsvertreter habe daher die Wahl, ob er seinen Anspruch gerichtlich oder außergerichtlich geltend machen wolle. Wähle er den Klageweg (im entschiedenen Fall nach sechs Wochen), der im allgemeinen geeignet ist, schneller zum Ziel zu führen, dann könne es ihm nicht zum Nachteil ausschlagen, wenn die Klage aus Umständen, die er nicht zu vertreten habe, wie bei einer Zustellung im Ausland, erst nach Ablauf der Frist des § 89 b Abs. 4 HGB zugestellt werde (BGHZ 53, 332, 338). In einer späteren Entscheidung (BGH Urteil vom 8. November 1979 - VII ZR 86/79 = WM 1980, 137, 138) hat der VII. Zivilsenat die Anwendbarkeit von § 270 Abs. 3 ZPO auf die Frist von zwölf Werktagen zur Erklärung des Forderungsvorbehalts des Bauunternehmers gegenüber der Schlußzahlung des Bauherrn (§ 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 4 VOB/B (1973)) bejaht und ausgeführt, der Grundsatz, daß § 270 Abs. 3 ZPO nur dann Anwendung finde, wenn zur Fristwahrung die Einschaltung des Gerichts unumgänglich sei, könne jedenfalls dann nicht gelten, wenn die gesetzliche oder vertragliche Regelung, aus der sich die Frist ergibt, einer derart einschränkenden Anwendung von § 270 Abs. 3 ZPO entgegenstehe. Sinn und Zweck der Fristbestimmung in der VOB zur Rechtswahrung gegenüber einer Schlußzahlung sei es, schnell Klarheit und Rechtsfrieden zwischen den Parteien eines Werkvertrages über ein Bauwerk zu schaffen. Da die gerichtliche Geltendmachung die

stärkste Form des Forderungsvorbehalts sei und dessen Versäumung praktisch die gleiche Wirkung wie eine Verjährung habe, nämlich die Durchsetzbarkeit der Restforderung des Bauunternehmers auf Einrede hin ausschließe, sei die Anwendung des § 270 Abs. 3 ZPO gerechtfertigt, wenn mit einer Klage die an eine besonders kurze Frist gebundene Schlußzahlungswirkung nach der VOB/B unterbrochen werden solle.

3. a) Dem VII. Zivilsenat kann zugestimmt werden, wenn er in Zweifel zieht, ob in jedem Fall die prozessuale Zustellungsrückwirkung (§§ 270 Abs. 3, 693 Abs. 2 ZPO) dann ausgeschlossen ist, wenn eine Frist nicht nur durch Einschaltung der staatlichen Gerichte gewahrt werden kann, sondern wenn die Wahrung der Frist auch auf einfachere Weise, etwa durch einen Brief, möglich ist (BGH Urteil vom 8. November 1979 aaO). In den beiden vom VII. Zivilsenat entschiedenen Fällen wurde die Zustellungsrückwirkung für die Fristwahrung bei einer Klage bejaht.

b) Andererseits kann aber, darin hat die Revision recht, nicht in jedem Falle einer Partei der Schutz der Rückwirkungsbestimmungen der Zivilprozeßordnung für die Zustellung zugebilligt werden, wenn sie ohne weiteres die durch das gerichtliche Verfahren möglicherweise eintretende Verzögerung durch einen einfachen Brief sicher hätte ausschließen können. Andernfalls käme man nämlich zu einer allgemeinen Relativierung von gesetzlichen und vertraglich vereinbarten Fristen, die der Gesetzgeber mit den Bestimmungen der §§ 270 Abs. 3, 693 Abs. 2 ZPO nicht beabsichtigt hat. Es muß daher im Grundsatz dabei verbleiben, daß der Schutz dieser Normen nur dann für

einen Anspruchsberechtigten gegeben ist, wenn er die Frist (z.B. Verjährungsfrist) allein durch Inanspruchnahme der Gerichte wahren kann (BGH Urteile vom 10. Februar 1971 und vom 11. Oktober 1974 aaO; BAG Urteile aaO). Das schließt nicht aus, daß in besonders gelagerten Fällen dem Anspruchsberechtigten auch dann der Schutz dieser Bestimmungen zugestanden werden kann, wenn er auch auf andere Weise als durch Klageerhebung den Fristablauf hätte verhindern können.

c) Hier liegt ein solcher Sonderfall jedoch nicht vor. Die Zeitbestimmung in der Bürgschaft der Beklagten stellte eindeutig klar, daß die Bürgschaft erlosch, wenn der Kläger nicht bis 1. April 1979 die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft anzeigte. Das konnte auf jede denkbare Weise, also auch durch einfachen Brief, erfolgen. Ganz unmißverständlich klargestellt war damit auch, daß durch eine unverzügliche Anzeige der Inanspruchnahme nach dem 1. April 1979 der Kläger seine Rechte nicht mehr wahrnehmen konnte, wie das bei einer echten Zeitbürgschaft nach § 777 BGB an sich möglich gewesen wäre. Auf eine derartige, durch Individualvereinbarung geschaffene klare Terminbestimmung für das Erlöschen eines Anspruchs § 693 Abs. 2 ZPO anzuwenden und auf diesem Weg dem Gläubiger zu Lasten des Schuldners praktisch eine nach Sachlage ganz überflüssige Fristverlängerung zugute kommen zu lassen, besteht kein rechtfertigender Grund, zumal, wie ausgeführt, das Gesetz nur nachteilige Rechtsfolgen ausgleichen will, die auf Verzögerungen des gerichtlichen Verfahrens beruhen, auf das der auf staatliche Hilfe angewiesene Kläger keinen Einfluß hat.

Die Bürgschaft ist ein außerordentlich risikoreiches Rechtsgeschäft. Die Ausdehnung der Haftung eines Bürgen unter Billigkeit Gesichtspunkten wird wegen der damit verbundenen Belastung des Bürgen deshalb in der Regel von der Rechtsprechung nicht zugelassen (vgl. Senatsurteil vom 12. März 1980 - VIII ZR 57/79 = BGHZ 76, 187 = WM 1980, 741 = ZIP 1980, 354; BGH Urteil vom 12. Juni 1980 - VII ZR 270/79 = WM 1980, 951 = ZIP 1980, 637). Es handelt sich hier auch nicht um die Frage, wie eine Klausel, mit der § 777 Abs. 1 BGB ausgeschlossen worden war, auszulegen ist, sondern ob ein Anlaß dazu besteht, aus Billigkeit Gesichtspunkten die Rückwirkung der gerichtlichen Zustellung zur Fristwahrung auch hier anzuwenden, wenn erst am letzten Tag der Frist ein Mahnbescheidantrag gestellt wird, obwohl die rechtzeitige Anzeige der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft mit einfachem Brief für den Kläger möglich gewesen wäre und das Gericht zur Fristwahrung nicht hätte eingeschaltet werden müssen. Das ist bei Abwägung der hier einander gegenüberstehenden Interessen wegen der damit verbundenen Belastung des Bürgen durch eine Verlängerung seiner strengen Haftung über das an sich vereinbarte Ende der Haftung hinaus zu verneinen.

III. Auf die Revision der Beklagten war unter Ab-
änderung des Berufungsurteils die Berufung gegen die
Entscheidung des Landgerichts daher zurückzuweisen mit
der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Braxmaier

Hoffmann

Wolf

Merz

Dr. Skibbe