

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB § 777 Abs. 1 Satz 2

Bei einer selbstschuldnerischen Zeitbürgschaft kann der Gläubiger schon vor deren Ablauftermin nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld dem Bürgen die Inanspruchnahme anzeigen, um sich die Rechte aus der Bürgschaft zu erhalten (gegen RGZ 96, 133).

BGH, Urt. v. 9. Januar 1980 - VIII ZR 21/79 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 21/79

URTEIL

Verkündet am
9. Januar 1980
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der S- und D-Kasse, eingetragene Genossenschaft,
B-G-P, H-Straße in B-
G, gesetzlich vertreten durch ihren geschäfts-
führenden Vorstand, Herrn Direktor Christian F.,
ebenda,

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Firma B.O.W., Gesellschaft für B mbH & Co.
KG, N-Straße in K, gesetzlich vertreten durch
ihre persönlich haftende Gesellschafterin, die Firma B.O.W.
Gesellschaft für B mbH, N-Straße in
K, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer
W. O.,

Beklagte, Widerklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Januar 1980
durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die
Richter Claßen, Hoffmann, Merz und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
12. Zivilsenats des Oberlandesge-
richts Köln vom 30. November 1978
wird auf Kosten der Klägerin zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

In den Jahren 1972 bis 1974 errichtete die Be-
klagte in Op[REDACTED] ein Wohnobjekt mit 21 Wohneinheiten.
Die Ausführung der Erd-, Maurer- und Stahlbetonarbeiten
übertrug sie der Firma Sch[REDACTED] KG. Diese erhielt für
ihre Leistungen Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt
702 500 DM, wobei die letzte Zahlung über 25 000 DM am
7. Mai 1974 erfolgte. Diese Zahlung leistete die Be-
klagte erst, nachdem ihr die Firma Sch[REDACTED] eine
selbstschuldnerische Bürgschaft der Klägerin bis zum
Höchstbetrag von 25 000 DM beigebracht hatte. Die Be-
klagte befürchtete nämlich, schon mehr vorschußweise
bezahlt zu haben, als sie an die Firma Sch[REDACTED]
schuldete.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

In der Bürgschaftsurkunde der Klägerin vom 26. April 1974 heißt es u.a.:

"Die Bürgschaft erlischt mit der Rückgabe der Bürgschaftsurkunde an die Bank, spätestens jedoch am 2.10.1974."

Die Firma Sch[REDACTED] errechnete für sich noch eine Restwerklohnforderung gegen die Beklagte und trat diese am 25. Juli 1974 an die Klägerin ab. Kurz darauf wurde die Firma Sch[REDACTED] zahlungsunfähig. Ein Antrag auf Konkurseröffnung wurde durch Beschluß vom 26. September 1974 mangels Masse abgelehnt.

Am 16. September 1974 schrieb die Beklagte an die Klägerin:

"In der Anlage erhalten Sie eine Kopie unserer Abrechnung mit der Fa. Sch[REDACTED] KG...
Wie Sie daraus entnehmen können, haben wir eine Forderung an die Fa. Sch[REDACTED] von zunächst DM 75 425,04. Da die Fa. Sch[REDACTED] zahlungsunfähig ist, und da dem Vernehmen nach ein Konkurs mangels Masse nicht eröffnet werden wird, müssen wir unsere Forderung soweit gedeckt aus Ihrer Bürgschaft befriedigen.
Wir bitten Sie daher, den Betrag von DM 25 000,00 auf unser Konto Nr. ... bei der Deutschen Bank ... zu überweisen."

Die Klägerin klagte in der Folgezeit den ihr von der Firma Sch[REDACTED] KG abgetretenen Werklohnanspruch gegen die Beklagte ein. Die Beklagte bestritt noch einen restlichen Werklohn zu schulden und erhob Widerklage aufgrund ihrer Bürgschaft.

Das Landgericht hat Klage und Widerklage abgewiesen. Die Abweisung der Klage ist rechtskräftig geworden.

Das Berufungsgericht hat nach der Widerklage die Klägerin zur Zahlung von 25 000 DM nebst Zinsen aufgrund ihrer Bürgschaft verurteilt.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter.

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

1. Das Berufungsgericht nimmt an, daß der Beklagten ein Anspruch auf Rückzahlung von zuviel geleistetem Werklohn gegen die Firma Sch[REDACTED] KG zusteht und daß die Klägerin sich für diesen Anspruch als Selbstschuldnerin verbürgt hat. Die Revision erhebt hiergegen keine Rügen. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht erkennbar. Das Berufungsgericht meint weiter, es liege hier eine Zeitbürgschaft vor. Die Beklagte habe die zur Wahrung ihrer Rechte erforderliche Anzeige gemäß § 777 Abs. 1 Satz 2 BGB abgegeben; denn die Zahlungsaufforderung vom 16. September 1974 habe das Freiwerden von der Bürgenhaftung nach dem Ablauffermin verhindert, ohne

daß es einer erneuten unverzüglichen Anzeige nach dem 2. Oktober 1974, dem Endtermin der Bürgschaft, bedurft hätte. Wenn § 777 Abs. 1 Satz 2 BGB die Anzeige unverzüglich nach Ablauf der Bürgschaftsfrist gestatte, so tue der Gläubiger, der schon vor Ablauf dieser Zeit die Inanspruchnahme ankündige, mehr, als ihm obliege.

2. a) Hiergegen wendet sich die Revision und verweist unter Berufung auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 23. Juni 1919 (RGZ 96, 133) darauf, daß die Beklagte es unterlassen habe, nach dem 2. Oktober 1974 der Klägerin anzuzeigen, daß sie aus der Bürgschaft gegen sie vorgehen werde. Der Wortlaut des § 777 Abs. 1 BGB lasse den Schluß zu, daß nur nach Fristablauf, dann aber unverzüglich, die Anzeige zu erfolgen habe. Zutreffend habe das Reichsgericht außerdem darauf hingewiesen, daß vor dem Ablaufzeitpunkt der Umfang der Bürgenhaftung nicht festzustellen sei.

b) Diese Angriffe der Revision gehen fehl.

Bei einer selbstschuldnerischen Zeitbürgschaft kann der Gläubiger schon vor dem festgesetzten Ablauftermin nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld dem Bürgen wirksam mitteilen, daß er ihn in Anspruch nehmen werde, ohne daß es einer Wiederholung dieser Anzeige nach Ablauf der Bürgschaftszeit bedarf.

aa) Das Reichsgericht (RGZ 96, 133; RG WarnRspr 1935 Nr. 178) hat ausgeführt, die Anzeige vor dem Ablauf der Bürgschaftszeit reiche nicht aus, weil nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes die Anzeige erst nach

dem vereinbarten Ablaufzeitpunkt gestattet sei. Bei Zulassung einer vorherigen Anzeige könnten sich Zweifel und Schwierigkeiten hinsichtlich des Umfanges der Haftung, wie sie in § 777 Abs. 2 BGB bestimmt ist, ergeben.

Dieser Meinung des Reichsgerichts, die allerdings in Widerspruch zu RGZ 68, 141, 145 und RGZ 82, 382, 383 steht, folgen in der Literatur ohne nähere Begründung Planck/Oegg, BGB, 4. Aufl. § 777 Anm. 4 b; Erman/Seiler, BGB, 6. Aufl. § 777 Rdn. 2; Fischer in BGB-RGRK, 11. Aufl. § 777 Anm. 7; Soergel/Schmidt, BGB, 10. Aufl. § 777 Rdn. 2; Larenz, Schuldrecht, 11. Aufl. S. 421.

Abgelehnt wird die Ansicht des Reichsgerichts von Levy, JW 1919, 823; Staudinger/Brändel, BGB, 10./11. Aufl. § 777 Rdn. 3 (je nach Interessenlage); Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. S. 803 Fußn. 9; Palandt/Thomas, BGB, 38. Aufl. § 777 Anm. 2; Mormann in BGB-RGRK, 12. Aufl. § 777 Rdn. 4; OLG München, NJW 1978, 428 (jedoch mit Einschränkung).

bb) Das Argument des Reichsgerichts, wonach Zweifel hinsichtlich des Umfangs der Haftung des Bürgen vor Fristablauf bestünden, trifft nicht zu; denn wegen der Akzessorietät zur Hauptschuld wird der Umfang der Bürgenhaftung von dieser bestimmt mit der Maßgabe, daß die Haftung bei der selbstschuldnerischen Zeitbürgschaft auf den Bestand der Hauptverbindlichkeit zur Zeit des

Ablauftermins der Bürgschaft begrenzt ist (§ 777 Abs. 2 BGB), wenn dieser eingetreten ist.

cc) Der Wortlaut der Bestimmung des § 777 BGB kann entgegen der Ansicht des Reichsgerichts, auf die sich die Revision beruft, auch dahin verstanden werden, daß mit "unverzüglich" ein Endzeitpunkt, der Tag, bis zu dem etwas zu geschehen hat, gemeint ist (vgl. Levy aaO), zumal § 777 BGB dem Bürgschaftsgläubiger nur eine gesetzliche Nachfrist zur Erhaltung seines Anspruchs sichern will (Protokolle zum BGB Bd. II, 484). Das BGB verwendet den Ausdruck "unverzüglich" häufig, so etwa in den §§ 121, 357, 359, 510, 545, 625, 650 und 703. In allen Fällen besteht für den Adressaten der Erklärung, die unverzüglich abzugeben ist, eine unklare Situation, die durch die Mitteilung aufgeklärt wird (vgl. RGZ 124, 115, 118). Hinzu kommt, daß der Adressat auf eine für ihn günstige Position oder deren Fortbestand vertrauen darf, falls die Erklärung des Gegners ihm nicht unverzüglich zugeht. Im Interesse beider Seiten wird bestimmt, daß der Mitteilungspflichtige zwar nicht sofort, aber unverzüglich handeln muß. Von der beiderseitigen Interessenslage her muß dies möglichst bald geschehen, d.h. ohne eine durch die Sachlage begründete Verzögerung, damit der Schwebezustand oder der Zustand der Ungewißheit beseitigt wird. In diesem Sinn ist auch der Begriff "unverzüglich" in § 777 BGB zu sehen. Wie der Senat in seinem Urteil vom 12. Januar 1966 - VIII ZR 3/64 (= WM 1966, 275) dargelegt hat, ist § 777 BGB eine gesetzliche Auslegungsregel zugunsten des Gläubigers.

Ohne diese Vorschrift würde dieser seine Rechte aus der Zeitbürgschaft gemäß §§ 163, 158 Abs. 2 BGB mit Erreichen des Endtermins verlieren. Demgegenüber bestimmt § 777 BGB, daß der Bürge nur frei wird, wenn im Falle der selbstschuldnerischen Bürgschaft der Gläubiger nicht unverzüglich anzeigt, daß er auf die Bürgenhaftung zurückgreifen werde. Dies zeigt, daß zumindest dann, wenn der Eintritt des Bürgschaftfalles feststeht, auch die vor Fristablauf erfolgte Anzeige ausreichen muß.

Der Gläubiger kann den selbstschuldnerischen Bürgen, dessen Bürgschaft auf Zeit gegeben war (§ 777 Abs. 1 BGB), in Anspruch nehmen und Zahlung von ihm verlangen, wenn die Hauptschuld fällig ist aber nicht bezahlt wird, auch wenn die Bürgschaftszeit noch nicht abgelaufen ist. Er muß nicht den Ablauftermin der Zeitbürgschaft abwarten, ehe er gegen den Bürgen vorgehen kann. Dies liefe nämlich auf eine Stundung der Schuld des Bürgen hinaus, obwohl dieser nach §§ 765, 767 BGB für die Forderung des Hauptschuldners haftet wie dieser selbst. Dann muß aber auch die Anzeige der Inanspruchnahme schon vor Ablauf der Bürgschaftszeit durch den Gläubiger an den Bürgen zum Aufrechterhalten der Rechte aus der Zeitbürgschaft genügen.

Die Wirksamkeit einer solchen ernstlichen Anzeige vor Ablauf der Bürgschaftszeit widerspricht auch nicht den Interessen des Bürgen. Die Mitteilung hat den Zweck, den Bürgen darüber zu informieren, ob er haftet oder nicht. Letztlich kommt es ihm ebenfalls zugute, wenn er möglichst früh über die Absichten des Gläubigers unterrichtet wird.

c) Daß die Zahlungsaufforderung der Beklagten vom 16. September 1974 als Anzeige an die Klägerin, sie werde aus der Bürgschaft in Anspruch genommen, zu verstehen ist, wie das Berufungsgericht angenommen hat, begegnet keinen Bedenken, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Hauptschuldnerin unstreitig vorlag und die Hauptschuld fällig war.

d) Auch die von der Revision angeführten Vergleiche mit anderen Bestimmungen sind nicht zwingend. Die Revision verweist zunächst auf § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 3 VOB/Teil B, wonach bei der Schlußzahlung weitere Forderungen, auch wenn sie früher schon geltend gemacht waren, vorzubehalten sind. Diese Vorschrift hat den Zweck, zu einem bestimmten Zeitpunkt dem Auftraggeber Klarheit darüber zu verschaffen, welche Forderungen der Auftragnehmer gegen ihn erhebt. Insofern ist es sinnvoll, frühere Forderungen außer acht zu lassen, die nicht wiederholt oder vorbehalten werden. Aber auch nach dieser Bestimmung braucht ein in engem zeitlichen Zusammenhang vor Eingang der Schlußzahlung gemachter Vorbehalt nicht nach der Schlußzahlung nochmals erklärt zu werden (BGH Urteil vom 28. Juni 1979 - VII ZR 242/78 = WM 1979, 1045, 1046).

Soweit es in § 11 Nr. 4 VOB/Teil B und § 341 Abs. 3 BGB um die Forderung einer Vertragsstrafe geht ist eine Ähnlichkeit der Interessenlage mit derjenigen im Falle von § 777 BGB nicht zu erkennen.

3. Die Kosten des Revisionsverfahrens waren der Klägerin nach § 97 ZPO aufzuerlegen, weil ihr Rechtsmittel erfolglos geblieben ist.

Braxmaier

Claßen

Hoffmann

Merz

Dr. Brunotte