BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 56/11

Verkündet am:
11. September 2012
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

VOB/B (2000) § 13 Nr. 5 Abs. 2
BGB §§ 199, 765

a) Das Recht des Auftraggebers auf Selbstbeseitigung eines Mangels entsteht nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B, ebenso wie nach den § 634 Nr. 2, § 637 BGB, mit fruchtlosem Fristablauf. Der Geltendmachung eines auf Geld gerichteten Gewährleistungsanspruchs durch den Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer bedarf es dazu nicht.

b) In diesen Fällen entsteht damit auch der Anspruch des Auftraggebers aus einer auf Zahlung gerichteten Gewährleistungsbürgschaft, wenn die in § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B genannten Voraussetzungen vorliegen, ohne dass ein auf Gewährleistung gestützter Zahlungsanspruch geltend gemacht werden muss.

c) Es widerspricht dem Schutzzweck des Rechtsinstituts der Verjährung, den Beginn der Verjährungsfrist an eine Leistungsaufforderung des Gläubigers zu knüpfen, da es dieser dann in der Hand hätte, den Verjährungsbeginn und die Notwendigkeit verjährungshemmender Maßnahmen weitgehend beliebig hinauszuzögern (Bestätigung des Senatsurteils vom 29. Januar 2008 - XI ZR 160/07, BGHZ 175, 161 Rn. 24).

BGH, Urteil vom 11. September 2012 - XI ZR 56/11 - OLG Frankfurt/Main
LG Wiesbaden

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juni 2012 durch den Richter Dr. Joeres als Vorsitzenden, die Richter Dr. Grüneberg, Maihold und Pamp und die Richterin Dr. Menges

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 4. Januar 2011 aufgehoben. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Wiesbaden vom 5. Februar 2010 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Rechtsmittelverfahren zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger nimmt die beklagte Versicherung aus einer Gewährleistungsbürgschaft in Anspruch. Die Beklagte beruft sich auf Verjährung.

2 Der Kläger schloss mit der Me. GmbH (im Folgenden: Hauptschuldnerin) am 3. September 2001 einen Werkvertrag über Fassadenarbeiten am Neubau eines Hochhauses in M. , für den die Geltung der Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B, in der damals geltenden Fassung vom 30. Mai 2000 (im Folgenden: VOB/B) vereinbart wurde. Die Beklagte übernahm mit Urkunde vom 16. Oktober 2001 für die Hauptschuldnerin gegenüber

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

dem Kläger eine selbstschuldnerische Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft bis zu einer Gesamthöhe von 330.856 DM. Am 12. August 2002 wurde über das Vermögen der Hauptschuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet. Deren Leistungen nahm der Kläger am 17. April 2003 ab und bezahlte den Werklohn mit Ausnahme eines vereinbarten Gewährleistungseinbehalts.

3 Im August 2003 traten Schäden an der Fassade auf, von der im Laufe des Sommers und Herbstes 2003 Teile auf den Gehsteig herabstürzten. Nach Einholung eines Sachverständigengutachtens verlangte der Kläger mit Schreiben vom 27. Oktober 2003 von dem Insolvenzverwalter über das Vermögen der Hauptschuldnerin, die Fassade zum Schutz von Personen gegen herabfallende Bruchstücke zu sichern. Dies lehnte der Insolvenzverwalter am 28. Oktober 2003 ab. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2003 kündigte der Kläger die Ersatzvornahme der Sicherungsmaßnahmen an und forderte den Insolvenzverwalter auf, bis zum 28. November 2003 die Mängel an der Fassade zu beseitigen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist leitete der Kläger im Dezember 2003 ein selbstständiges Beweisverfahren ein. Er ließ in den Jahren 2003 und 2004 Sicherungsmaßnahmen durchführen und in den Jahren 2004 und 2005 die Mängel beseitigen. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2007 nahm er die Beklagte wegen der Kosten von Sicherungsmaßnahmen und Mängelbeseitigung aus der Gewährleistungsbürgschaft in Anspruch. Nach Aufforderung des Klägers verzichtete die Beklagte am 28. Dezember 2007 bis zum 31. Dezember 2008 auf die Einrede der Verjährung, sofern Verjährung der Hauptschuld bzw. des Anspruchs aus der Bürgschaft nicht bereits eingetreten sein sollte.

4 Am 29. Dezember 2008 hat der Kläger den Erlass eines Mahnbescheids beantragt, der der Beklagten am 13. Januar 2009 zugestellt worden ist. Mit der Anspruchsbegründung hat der Kläger den geltend gemachten Zahlungsanspruch in Höhe von 132.851,03 € nebst Zinsen weiterverfolgt. Das Landgericht

hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht der Klage stattgegeben und die Revision zugelassen.

Entscheidungsgründe:

5 Die zulässige Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils (§ 563 Abs. 3 ZPO).

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Der Anspruch des Klägers sei nicht verjährt, da die Bürgschaftsforderung im Jahr 2003 nicht entstanden sei. Der gegen einen Bürgen gerichtete Anspruch entstehe mit Fälligkeit der gesicherten Forderung, ohne dass es einer an den Bürgen gerichteten Leistungsaufforderung bedürfe. Da eine Gewährleistungsbürgschaft nur Geldforderungen sichere, trete der Sicherungsfall erst ein, wenn der Nachbesserungs- oder Nacherfüllungsanspruch in einen Geldanspruch übergegangen sei. Für weitergehende Inhalte der Sicherungsabrede gebe der vorliegende Bauvertrag nichts her. Nach dem vor der Schuldrechtsmodernisierung geltenden werkvertraglichen Gewährleistungsmodell habe dem Auftraggeber ein Anspruch auf Minderung oder Schadensersatz zugestanden, wenn dem Werkunternehmer fruchtlos eine Frist für die Nachbesserung mit Ablehnungsandrohung gesetzt worden sei. Verzichte der Auftraggeber auf die Ablehnungsandrohung, komme es nach Fristablauf zu einem Schwebezustand.

Der Auftraggeber könne weiterhin Nachbesserung verlangen, der Unternehmer sei allerdings gehindert, diese ohne Zustimmung des Auftraggebers durchzuführen. Weiter könne der Auftraggeber Anspruch auf Kostenvorschuss oder auf Erstattung der Kosten einer Drittnachbesserung verlangen. In diesem Fall entstehe der von der Bürgschaft gesicherte Anspruch erst mit Geltendmachung der Geldforderung. Das benachteilige den Bürgen nicht unangemessen, wenn er eine unbefristete Bürgschaft übernommen habe. Außerdem sei nicht ersichtlich, dass die Anspruchswahl des Auftraggebers zwangsläufig aus sachwidrigen Gründen erst spät erfolgen werde. Zwar hänge damit die Durchsetzbarkeit einer Gewährleistungsbürgschaft von Umständen ab, denen im Einzelfall keiner der Vertragspartner besondere Bedeutung beigemessen habe. Das sei jedoch im Interesse der Rechtssicherheit hinzunehmen.

8 Im Streitfall habe der Kläger gegenüber der Hauptschuldnerin keine Ablehnungsandrohung ausgesprochen, sodass es nach Ablauf der in dem Aufforderungsschreiben vom 29. Oktober 2003 gesetzten Frist zu dem dargestellten Schwebezustand gekommen sei, den der Kläger nicht durch Geltendmachung eines Geldanspruchs aufgelöst habe. Damit sei ein Anspruch auf Geldzahlung im Jahr 2003 noch nicht entstanden.

II.

9 Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht der Verjährungseinrede den Erfolg versagt, weil der Bürgschaftsanspruch im Jahr 2003 nicht im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden und deswegen die Verjährungsfrist nicht vor dem Verzicht der Beklagten auf die Einrede der Verjährung verstrichen sei.

10 1. Zutreffend und von der Revision unangegriffen ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass nach Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB für die streitige Bürgschaftsforderung die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung maßgeblich ist, wenn - wie hier - am 1. Januar 2002 die ursprünglich geltende dreißigjährige Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen war (vgl. Senatsurteil vom 8. Dezember 2009 - XI ZR 181/08, WM 2010, 302 Rn. 25). Der Lauf dieser Verjährungsfrist begann nach § 199 Abs. 1 BGB nicht vor Ende des Jahres, in dem der von der Bürgschaft gesicherte Gewährleistungsanspruch entstanden ist.

11 2. Im rechtlichen Ausgangspunkt nicht zu beanstanden ist weiter die Annahme des Berufungsgerichts, der Anspruch aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft entstehe im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB grundsätzlich mit Fälligkeit der gesicherten Hauptschuld. Nicht gefolgt werden kann jedoch der Auffassung des Berufungsgerichts, die Hauptforderung auf Erstattung der Kosten für die Mängelbeseitigung sei nicht im Jahr 2003 entstanden, weil der Kläger bei der Fristsetzung zur Nachbesserung deren Ablehnung nicht angedroht und einen dadurch bewirkten Schwebezustand nicht durch eine Zahlungsaufforderung aufgelöst habe.

12 a) Ein Anspruch ist nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB in dem Zeitpunkt entstanden, zu dem er erstmalig geltend gemacht und im Wege der Klage durchgesetzt werden kann. Dies setzt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich die Fälligkeit des Anspruchs voraus, da erst von diesem Zeitpunkt an (§ 271 Abs. 1 Halbs. 1 BGB) der Gläubiger mit Erfolg die Leistung fordern und gegebenenfalls den Ablauf der Verjährungsfrist durch Klageerhebung unterbinden kann (BGH, Urteile vom 17. Februar 1971 - VIII ZR 4/70, BGHZ 55, 340, 341 f., vom 18. Dezember 1980 - VII ZR 41/80, BGHZ 79,

176, 177 f., vom 23. Januar 2001 - X ZR 247/98, WM 2001, 687, 689 und vom 8. Juli 2008 - XI ZR 230/07, WM 2008, 1731 Rn. 17, jeweils mwN).

13 Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht weiter an, dass danach bei Fehlen anderer Vereinbarungen der Parteien jedenfalls die Ansprüche aus einer - hier vorliegenden - selbstschuldnerischen Bürgschaft zugleich mit der gesicherten Forderung entstehen und es für den Beginn der Verjährungsfrist keiner Leistungsaufforderung bedarf (BGH, Urteile vom 29. Januar 2008 - XI ZR 160/07, BGHZ 175, 161 Rn. 24, vom 8. Juli 2008 - XI ZR 230/07, WM 2008, 1731 Rn. 18, vom 11. März 2008 - XI ZR 81/07, juris Rn. 11, vom 23. September 2008 - XI ZR 395/07, WM 2008, 2165 Rn. 10 und vom 10. Februar 2011 - VII ZR 53/10, WM 2011, 541 Rn. 12).

14 b) Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, ein Geldanspruch sei nicht entstanden, weil der Kläger zwar Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt, nicht aber deren Ablehnung angedroht habe. Die VOB/B, deren Geltung nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts im Streitfall vereinbart wurde, verlangt in § 13 Nr. 5 Abs. 2 zur Begründung eines Selbsteintrittsrechts des Auftraggebers neben der - vorliegend unstreitig erfolgten - Fristsetzung zur Nachbesserung keine Androhung des Auftraggebers, er werde die Beseitigung des Mangels nach Fristablauf ablehnen. Abweichend von der für die Wandelung und Minderung geltenden Regelung in § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB aF (BGH, Urteile vom 16. September 1999 - VII ZR 456/98, BGHZ 142, 278, 281 und vom 8. Dezember 2010 - XI ZR 181/08, WM 2010, 302 Rn. 32) entsteht nach dem klaren Wortlaut von § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B das Selbsteintrittsrecht des Auftraggebers bereits mit erfolglosem Ablauf der für die Nachbesserung gesetzten Frist. Weitere Voraussetzungen bestehen nicht (KG Berlin, MDR 1990, 339; Nikisch/Weick, VOB Teil B, 3. Aufl., § 13 Rn. 142; Wirth in Ingenstau/Korbion, VOB, 14. Aufl., B § 13 Nr. 5 Rn. 506; vgl. ders., VOB,

17. Aufl., VOB/B § 15 Abs. 5 Rn. 124 ff., 133). Insoweit entspricht § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B den im Rahmen eines BGB-Werkvertrages für das Recht der Selbstvornahme geltenden § 633 Abs. 3 BGB aF bzw. § 634 Nr. 2 nF, § 637 BGB nF, die eine Ablehnungsandrohung des Auftraggebers ebenfalls nicht vorsehen (BGH, Urteil vom 27. Februar 2003 - VII ZR 338/01, BGHZ 154, 119, 122 f.). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts scheitert damit die Entstehung der Hauptforderung auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten nicht daran, dass der Kläger die Ablehnung der Nachbesserung durch die Hauptschuldnerin nicht angedroht hat.

15 3. Die Einstandspflicht der Beklagten aus der Bürgschaft setzt - anders als die Revisionserwiderung meint - auch nicht voraus, dass der Kläger die Hauptschuldnerin wegen der Kosten der Ersatzvornahme auf Zahlung in Anspruch nimmt. Der auf Geldzahlung gerichtete sekundäre Gewährleistungsanspruch des Auftraggebers entsteht vielmehr ohne Zahlungsaufforderung mit Ablauf der im Aufforderungsschreiben - hier vom 29. Oktober 2003 - erfolglos gesetzten Frist zur Mängelbeseitigung.

16 a) Bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass der Bürge einer Gewährleistungsbürgschaft nur für das Erfüllungsinteresse und nicht für die gegenständliche Nachbesserung der Werkleistung haften soll (BGH, Urteile vom 13. September 2001 - VII ZR 467/00, BGHZ 148, 151, 154 und vom 28. September 2000 - VII ZR 460/97, WM 2000, 2373, 2375). Der Bürgschaftsfall tritt danach ein, wenn der Auftraggeber einen auf Geld gerichteten Gewährleistungsanspruch erworben hat. Wie das Berufungsgericht von der Revision unangegriffen festgestellt hat, gilt im Streitfall nichts anderes.

17 b) Der Zeitpunkt, zu dem ein auf Geld gerichteter Anspruch des Auftraggebers auf Vorschuss für eine Ersatzvornahme der Mangelbeseitigung oder auf Erstattung der Kosten der Mangelbeseitigung fällig wird und damit den Bürgschaftsanspruch entstehen lässt, ist umstritten. Teilweise wird dafür die Erfüllung der tatbestandlichen Anspruchsvoraussetzungen (vgl. § 633 Abs. 3 BGB aF, § 637 BGB nF bzw. § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B) und die darauf beruhende Möglichkeit einer Inanspruchnahme des Auftragnehmers für ausreichend erachtet (vgl. OLG Frankfurt/Main, OLGR Frankfurt 2008, 573, 574; Funke, BauR 2010, 969, 978; Groß, IBR 2009, 453; Klein/Klein/Koos, BauR 2009, 333, 338 f.; Lubojanski, IBR 2004, 420; May, IBR 2007, 115; ders., BauR 2007, 187, 194 f.; Schmitz/Vogel, ZfIR 2002, 509, 519; Schmitz, ibr-online/IBR Reihe, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, Stand: 31.10.2011 Rn. 242; Vogel, jurisPR-PrivBauR 6/2008 Anm. 4 D.; ders., EWiR 2006, 295, 296; Wellensiek, IBR 2007, 483; Wolff, IBR 2006, 93; ebenso wohl OLG Brandenburg, Urteil vom 14. Juni 2007 - 12 U 216/06, juris Rn. 31, 36; OLG Schleswig, Urteil vom 11. Juni 2009 - 5 U 148/08, juris Rn. 36; Drossart in Kuffer/Wirth, Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, 3. Aufl., V. Rn. 213 f.; Heiermann/Mansfeld in Heiermann/Riedl/Rusam, 12. Aufl., VOB/B § 17 Rn. 62; offen gelassen bei Schulze-Hagen in Kniffka u.a., ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2012, Stand: 30.03.2012, § 634a BGB Rn. 262). Die Gegenansicht verlangt darüber hinaus die tatsächliche Geltendmachung eines - bezifferten - Zahlungsanspruchs, etwa als Vorschuss oder als Erstattung für die Kosten einer Ersatzvornahme, durch den Auftraggeber (OLG Köln, WM 2006, 1248, 1249; OLG Dresden, Beschluss vom 18. Oktober 2007 - 12 U 1498/07, juris Rn. 3 f.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 3. Dezember 2009 - 13 U 106/09, juris Rn. 2; Alfes, ibr-online 2006, 1103; Bräuer, NZBau 2007, 477, 479; Joussen, IBR 2007, 116; Motzke, juris-PrivBauR 2/2007 Anm. 5 C.; Nobbe in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 91 Rn. 323; Schulze-Hagen,

BauR 2007, 170, 184 f.; Thode, WuB I E 4.-3.06.; Trapp/Werner, BauR 2008, 1209, 1214 f.).

18 c) Der erkennende Senat schließt sich der Auffassung an, dass der Anspruch des Auftraggebers aus einer Gewährleistungsbürgschaft entsteht, wenn die Voraussetzungen des § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B vorliegen, ohne dass zusätzlich der Auftraggeber dem Auftragnehmer gegenüber einen auf Gewährleistung gestützten Zahlungsanspruch geltend machen müsste.

19 aa) Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift setzt nämlich das Selbstbeseitigungsrecht des Auftraggebers, ebenso wie bei den § 634 Nr. 2, § 637 BGB, lediglich den fruchtlosen Fristablauf voraus (vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 2003 - VII ZR 338/01, BGHZ 154, 119, 122; KG, MDR 1990, 339; Wirth in Ingenstau/Korbion, VOB, 14. Aufl., B § 13 Nr. 5 Rn. 506). Für die Auffassung, die Entstehung eines auf Geld gerichteten Gewährleistungsanspruchs verlange zudem die tatsächliche Inanspruchnahme des Unternehmers durch den Auftraggeber, findet sich weder im Wortlaut von § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B noch in § 633 BGB aF, § 634 Nr. 2 nF, § 637 BGB nF eine Stütze. Das dem Auftraggeber nach Fristablauf zustehende Wahlrecht hält somit nicht die Entstehung der zueinander in einem Auswahlverhältnis stehenden Gewährleistungsrechte in der Schwebe, sondern es setzt die Fälligkeit der zur Wahl stehenden Ansprüche voraus. Denn der Begriff der Fälligkeit beschreibt den Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger die Leistung fordern kann, nicht den Zeitpunkt, in dem der Gläubiger die Leistung tatsächlich fordert (BGH, Urteile vom 23. Januar 2001 - X ZR 247/98, WM 2001, 687, 689 und vom 8. Juli 2008 - XI ZR 230/07, WM 2008, 1731 Rn. 17; vgl. auch Bräuer, NZBau 2007, 477, 478).

20 bb) Entgegen der Revisionserwiderung begegnet es keinen Bedenken, dass der Auftraggeber gleichzeitig fällige Ansprüche auf Nachbesserung und auf (Vorschuss-)Zahlung hat. Vielmehr ist es Kennzeichen einer Anspruchskonkurrenz, dass mehrere fällige Ansprüche nebeneinander bestehen. Sind mithin die Tatbestandsvoraussetzungen des § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B erfüllt, kann der Auftraggeber vom Auftragnehmer nach Fristablauf entweder Erstattung der Kosten einer Drittnachbesserung und ggf. einen Kostenvorschuss hierfür verlangen oder auf Nachbesserung der Werkleistung bestehen. Lediglich der Auftragnehmer ist gehindert, ohne die Zustimmung des Auftraggebers die Nachbesserung durchzuführen, da dieser ab dem Ablauf der Nachbesserungsfrist allein entscheiden kann, welche Ansprüche er gegen den Auftragnehmer geltend machen will (BGH, Urteil vom 27. Februar 2003 - VII ZR 338/01, BGHZ 154, 119, 122 mwN; vgl. Beck´scher VOB-Kommentar/Kohler, 2. Aufl., § 13 Nr. 5 Rn. 101; Riedl/Mansfeld in Heiermann/Riedl/Rusam, 12. Aufl., VOB/B § 13 Rn. 125; Wirth in Ingenstau/Korbion, VOB, 17. Aufl., VOB/B § 13 Abs. 5 Rn. 120). Die Ausübung des Wahlrechts durch den Auftraggeber beantwortet - worauf die Revision zutreffend hinweist - mithin nur die Frage, welchen der bestehenden Gewährleistungsansprüche der Auftraggeber geltend machen will, sie begründet jedoch nicht einen bis dahin nicht bestehenden Anspruch.

21 cc) Der von der Gewährleistungsbürgschaft gesicherte Geldanspruch - hier aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B - entsteht, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des auf Geld gerichteten Gewährleistungsanspruchs vom Auftraggeber geschaffen wurden (Mansfeld in Heiermann/Riedl/Rusam, 12. Aufl., VOB/B § 13 Rn. 125; vgl. auch Senatsurteil vom 8. Dezember 2009 - XI ZR 181/08, WM 2010, 302 Rn. 28 zu einem Wandelungsanspruch). Ab diesem Zeitpunkt kann er vom Auftraggeber geltend gemacht und klageweise durchgesetzt werden. Deswegen ist es entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung für die Entstehung dieses Geldanspruchs nicht erforderlich,

dass der endgültige Zahlungsanspruch oder ein Anspruch auf Vorschuss vom Auftraggeber - teilweise - beziffert werden und damit Gegenstand einer Leistungsklage sein kann. Es genügt die Möglichkeit, Feststellungsklage zu erheben (BGH, Urteile vom 22. Februar 1979 - VII ZR 256/77, BGHZ 73, 363, 365, vom 18. Dezember 1980 - VII ZR 41/80, BGHZ 79, 176, 178, vom 18. Juni 2009 - VII ZR 167/08, BGHZ 181, 310 Rn. 19 und vom 19. Juli 2010 - II ZR 57/09, WM 2010, 1655 Rn. 8; vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., § 199 Rn. 3; MünchKommBGB/Grothe, 6. Aufl., § 199 Rn. 4). Aus diesem Grund kommt es auch nicht darauf an, ob - wie die Revisionserwiderung meint - der Kläger durch einen vorrangigen Gewährleistungseinbehalt zunächst an der Erhebung einer bezifferten Vorschussklage gehindert war.

22 dd) Das Entstehen der Bürgschaftsforderung hängt nicht davon ab, dass die zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer getroffene Sicherungsabrede eine Haftung des Bürgen vor Ausübung des Wahlrechts bzw. Bezifferung eines Zahlungsanspruchs vorsieht (aA OLG Köln, WM 2006, 1248, 1249). Aus der der Bürgschaftsbestellung zugrunde liegenden Sicherungsabrede ergibt sich regelmäßig, in welchem Umfang die Bürgschaft vom Gläubiger in Anspruch genommen werden darf (vgl. auch BGH, Urteile vom 21. Januar 1993 - VII ZR 127/91, BGHZ 121, 168, 170 und vom 28. September 2000 - VII ZR 460/97, WM 2000, 2373, 2374). Soweit der Gläubiger nach der Sicherungsabrede nicht berechtigt ist, die vereinbarte Bürgschaft anzufordern, kann sich der Bürge aus § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB auf eine entsprechende Einrede berufen (vgl. BGH, Urteile vom 10. Februar 2000 - IX ZR 397/98, BGHZ 143, 381, 384 f. und vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 102). Danach beträfe der Einwand, der Gläubiger sei nach der konkreten Sicherungsabrede nicht berechtigt, die Bürgschaft mit Entstehen der Hauptforderung, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt anzufordern, hier jedenfalls nicht die Fälligkeit der Hauptforderung und damit auch nicht den Bestand der Bürgschaftsverpflichtung (vgl. Münch-

KommBGB/Habersack, 5. Aufl., § 768 Rn. 2, 4). Ob der Bürge dem Auftraggeber aus der Sicherungsabrede eine solche zur Leistungsverweigerung berechtigende Einrede entgegenhalten kann, ist daher eine gegenüber der Anspruchsentstehung im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB nachgelagerte Frage (vgl. May, BauR 2007, 187, 194 f.; Vogel, EWiR 2006, 295, 296).

23 d) Die von der Revisionserwiderung geforderte Anknüpfung des Beginns der Verjährungsfrist für die Gewährleistungsbürgschaft an die Geltendmachung eines bezifferten Zahlungsanspruchs durch den Auftraggeber widerspricht zudem dem Zweck der Verjährung der Bürgenverpflichtung.

24 aa) Das Rechtsinstitut der Verjährung dient dem Schutz des Schuldners und der Herstellung des Rechtsfriedens nach Ablauf der Verjährungsfrist. Damit ist es unvereinbar, den Beginn der Verjährungsfrist einseitig an eine Leistungsaufforderung des Gläubigers der Bürgschaftsforderung - hier ein Zahlungsverlangen des Auftraggebers an den Auftragnehmer - zu knüpfen, da es dieser dann in der Hand hätte, den Verjährungsbeginn und die Notwendigkeit verjährungshemmender Maßnahmen weitgehend beliebig hinauszuzögern (vgl. dazu BGH, Urteile vom 29. Januar 2008 - XI ZR 160/07, BGHZ 175, 161 Rn. 24, vom 11. März 2008 - XI ZR 81/07, juris Rn. 11, vom 8. Juli 2008 - XI ZR 230/07, WM 2008, 1731 Rn. 28 und vom 18. Juni 2009 - VII ZR 167/08, BGHZ 181, 310 Rn. 15; siehe auch Bräuer, NZBau 2007, 477, 478).

25 bb) Die danach früher eintretende Notwendigkeit, die Verjährung hemmende Maßnahmen zu ergreifen, erhöht das Haftungsrisiko des Gewährleistungsbürgen nicht zwangsläufig (so aber Schulze-Hagen, BauR 2007, 170, 185; Thode, WuB I E 4. - 3.06). Zur Hemmung der Verjährung genügt die Erhebung einer unbezifferten Feststellungsklage. Wegen § 286 Abs. 1 und 4 BGB fällt die Gefahr, der Bürge könnte frühzeitig in Verzug geraten (so Schlößer, NJW 2006,

645, 647 f.; Schulze-Hagen, BauR 2007, 170, 186), nicht ins Gewicht (vgl. Senatsurteil vom 29. Januar 2008 - XI ZR 160/07, BGHZ 175, 161 Rn. 25; Hohmann, WM 2004, 757, 760), zumal der Gläubiger Informationen zur Hauptschuld, die der Bürge mit zumutbaren Anstrengungen nicht erlangen kann, mitzuteilen hat (BGH, Urteil vom 10. Februar 2010 - VII ZR 53/10, WM 2011, 541 Rn. 16 f.). Einer frühzeitigen Inanspruchnahme zur Anspruchssicherung kann der Gewährleistungsbürge schließlich dadurch entgehen, dass er - wie im Streitfall die Beklagte - für einen bestimmten Zeitraum auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichtet.

26 cc) Der Hinweis der Revisionserwiderung, damit könne die nach der Schuldrechtsreform der dreijährigen Regelverjährung unterliegende Bürgschaftsforderung vor den gesicherten Gewährleistungsansprüchen verjähren, trifft zwar zu. Dies beruht jedoch auf dem getrennten Schicksal beider Forderungen und stellt weder eine spezifische Folge des Verjährungsbeginns von Bürgschaftsforderungen mit Fälligkeit der gesicherten Forderung noch eine Besonderheit des Werkvertragsrechts dar (vgl. Senatsurteil vom 23. September 2008 - XI ZR 395/07, WM 2008, 2165 Rn. 10). Ebenso beruht auf gesetzgeberischer Entscheidung, dass der Auftraggeber Unterschiede in den Verjährungsfristen dazu nutzen kann, die Fälligkeit der Bürgschaftsverpflichtung durch die späte Geltendmachung von Gewährleistungsrechten zu verzögern (vgl. Schmitz/Vogel, ZfIR 2002, 509, 519 f.). Zu verschiedenen Zeitpunkten ablaufende Verjährungsfristen von Hauptforderung und Bürgschaft werden in § 768 BGB hingenommen und liefern keine Rechtfertigung, die Verjährung der Bürgenhaftung dadurch zu erschweren, dass erst die Geltendmachung eines dem Auftraggeber gegen den Auftragnehmer zustehenden Geldanspruchs zur Entstehung der gesicherten Hauptforderung und damit zum Beginn der Verjährungsfrist führen soll (vgl. auch Trapp/Werner, BauR 2008, 1209, 1213 f.).

27 4. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ergibt sich aus dem von den Parteien geschlossenen Bürgschaftsvertrag nichts anderes. Dieser kann vom Revisionsgericht ausgelegt werden, weil weitere tatsächliche Feststellungen nicht erforderlich sind und dadurch der Rechtsstreit zu einer abschließenden Entscheidung geführt wird (vgl. BGH, Urteile vom 21. September 1994 - XII ZR 77/93, BGHZ 127, 138, 142 und vom 8. Juli 2008 - XI ZR 230/07, WM 2008, 1731 Rn. 25; jeweils mwN). Zudem handelt es sich bei der Bürgschaftsurkunde um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB, die über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus Verwendung finden und die der Senat deshalb selbst auslegen kann (st. Rspr., vgl. nur Senatsurteil vom 29. Juni 2010 - XI ZR 104/08, BGHZ 186, 96 Rn. 28 mwN).

28 a) Den Parteien des Bürgschaftsvertrags steht es frei, statt des Entstehens der Hauptforderung deren Geltendmachung als Fälligkeitsvoraussetzung der Bürgschaft zu vereinbaren (Senatsurteile vom 29. Januar 2008 - XI ZR 160/07, BGHZ 175, 161 Rn. 25, vom 11. März 2008 - XI ZR 81/07, juris Rn. 12 und vom 8. Juli 2008 - XI ZR 230/07, WM 2008, 1731 Rn. 24 ff.; vgl. auch BGH, Urteil vom 18. Dezember 1980 - VII ZR 41/80, BGHZ 79, 176, 178 f.). Eine solche Vereinbarung haben die Parteien weder ausdrücklich noch in schlüssiger Weise getroffen. Der Wortlaut der formularmäßigen Bürgschaftsurkunde vom 16. Oktober 2001 liefert dafür keinen Anhalt.

29 b) Eine von den gesetzlichen Regelungen abweichende Vereinbarung der Parteien zur Fälligkeit der Bürgschaft ergibt sich auch nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist durch die im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung erfolgte Neugestaltung der Verjährungsregelung keine verdeckte Regelungslücke entstanden, die die Parteien zwar nicht erkannt haben, die sie aber geschlossen hätten, wenn ihnen die Lücke bekannt gewesen wäre (vgl. BGH, Urteile vom

21. September 1994 - XII ZR 77/93, BGHZ 127, 138, 142 und vom 24. November 1998 - X ZR 21/97, NJW-RR 1999, 923, 924; jeweils mwN). Vielmehr sind die Folgen der neuen Verjährungsvorschriften für bestehende Rechtsverhältnisse in Übergangsvorschriften detailliert geregelt (vgl. Art. 229 § 6 EGBGB).

30 Ebenso rechtfertigt der fehlende Gleichlauf zwischen der Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche, die die Parteien mit 60 Monaten vereinbart haben, und der dreijährigen Regelverjährung nach § 195 BGB, die für die Bürgschaftsverpflichtung gilt, keine ergänzende Vertragsauslegung (vgl. Schulze/ Hagen in Kniffka u.a., ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2012, Stand: 30.03.2012, § 634a BGB Rn. 262; aA OLG Karlsruhe, WM 2008, 631; Joussen in Ingenstau/Korbion, VOB, 17. Aufl., VOB/B § 17 Abs. 4 Rn. 107). Auch in Fällen, in denen die Verjährungsfrist der gesicherten Schuld über die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren hinausreicht, hat der Bürgschaftsgläubiger ausreichend Gelegenheit, verjährungshemmende Maßnahmen zu ergreifen (vgl. OLG Frankfurt/Main, OLGR Frankfurt 2008, 573, 574; OLG Brandenburg, Urteil vom 14. Juni 2007 - 12 U 216/06, juris Rn. 37 ff.). Dies belastet ihn nicht unbillig, da er im Einzelfall zusätzlich durch den nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB hinausgeschobenen Fristbeginn geschützt wird (Senatsurteil vom 28. Februar 2012 - XI ZR 192/11, WM 2012, 688 Rn. 18 mwN; vgl. auch BGH, Urteil vom 18. Juni 2009 - VII ZR 167/08, BGHZ 181, 310 Rn. 17).

31 5. Danach entstand die gegen die Beklagte gerichtete Bürgschaftsforderung des Klägers mit Ablauf der in dem Aufforderungsschreiben vom 29. Oktober 2003 gegenüber dem Insolvenzverwalter der Hauptschuldnerin gesetzten Nachbesserungsfrist (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Die subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB) lagen zu diesem Zeitpunkt ebenfalls vor, da der Kläger Kenntnis von der Beklagten als Schuldnerin der Bürgschaftsverpflichtung und ebenso von den Umständen hatte, die sowohl

die Fälligkeit des auf Geld gerichteten Gewährleistungsanspruchs als auch der Bürgschaftsverpflichtung begründeten. Nach dem unstreitigen Sachverhalt waren ihm insbesondere die Mängel der Fassade bekannt. Er hatte zur Ursachenklärung noch vor dem an die Auftragnehmerin gerichteten Aufforderungsschreiben ein Sachverständigengutachten eingeholt. Damit war der Kläger - anders als die Revisionserwiderung meint - auch zur ordnungsgemäßen Geltendmachung dieses Baumangels in einem Klageverfahren in der Lage, da dies keine vorprozessuale Klärung der Mangelursachen erfordert, sondern eine objektive Beschreibung der Mangelerscheinungen ausreicht (vgl. BGH, Beschluss vom 24. November 2005 - VII ZB 76/05, NJW-RR 2006, 212 Rn. 18; BGH, Urteil vom 17. Januar 2002 - VII ZR 488/00, NZBau 2002, 335, 336).

32 Nichts anderes würden gelten, wenn - wovon das Berufungsgericht nicht ausgeht - in der Klageforderung Ansprüche auf Schadensersatz enthalten sein sollten, da diese vor der Fristsetzung zur Nachbesserung mit Eintritt des Schadens an der Fassade im Sommer und Herbst 2003 entstanden wären.

III.

33 Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Anders als die Revisionserwiderung meint, war es dem Kläger nicht unzumutbar, in unverjährter Zeit die Verjährung hemmende Maßnahmen einzuleiten.

34 1. Der Verjährungsbeginn setzt gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB grundsätzlich nur die Kenntnis der den Anspruch begründenden Tatsachen voraus. Es ist nicht erforderlich, dass der Anspruchsberechtigte aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht. Kenntnis liegt damit vor,

wenn dem Forderungsinhaber die Erhebung einer Klage, sei es auch nur in der Form der Feststellungsklage, Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos möglich ist (BGH, Urteile vom 6. Mai 1993 - III ZR 2/92, BGHZ 122, 317, 324 f., vom 2. April 1998 - III ZR 309/96, BGHZ 138, 247, 252, vom 11. Januar 2007 - III ZR 302/05, BGHZ 170, 260 Rn. 28, vom 3. Juni 2008 - XI ZR 319/06, WM 2008, 1346 Rn. 27 und vom 23. September 2008 - XI ZR 262/07, WM 2008, 2155 Rn. 15).

35 Rechtsunkenntnis kann allerdings ausnahmsweise bei zweifelhafter oder unübersichtlicher Rechtslage den Verjährungsbeginn hinausschieben (BGH, Urteile vom 25. Februar 1999 - IX ZR 30/98, WM 1999, 974, 975, vom 14. Juli 2010 - IV ZR 208/09, WM 2010, 1708 Rn. 20, vom 23. September 2008 - XI ZR 262/07, WM 2008, 2155 Rn. 15 und vom 15. Juni 2010 - XI ZR 309/09, WM 2010, 1399 Rn. 12). Ob eine für den Beginn der Verjährung hinreichende Kenntnis vorhanden ist, ist zwar im Wesentlichen eine Tatfrage, wird aber auch durch den der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegenden Begriff der Zumutbarkeit der Klageerhebung geprägt (BGH, Urteile vom 6. Mai 1993 - III ZR 2/92, BGHZ 122, 317, 326, vom 2. April 1998 - III ZR 309/96, BGHZ 138, 247, 253, vom 23. September 2008 - XI ZR 262/07, WM 2008, 2155 Rn. 17 und vom 15. Juni 2010 - XI ZR 309/09, WM 2010, 1399 Rn. 13).

36 2. Nach diesen Grundsätzen waren mit Ablauf der vom Kläger für die Nachbesserung gesetzten Frist die subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erfüllt. Das Berufungsgericht hat dazu auf Grundlage seiner Auffassung konsequent keine Feststellungen getroffen. Nach Auffassung des Senats war es dem Kläger nicht unzumutbar, binnen der nachfolgenden drei Kalenderjahre die Verjährung hemmende Maßnahmen zu ergreifen.

37 a) Es trifft zwar zu, dass bis zum Urteil des erkennenden Senats vom 29. Januar 2008 (XI ZR 160/07, BGHZ 175, 161 Rn. 22 ff.) umstritten war, ob der Anspruch aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft mit Fälligkeit der gesicherten Forderung oder erst nach einer zusätzlichen Leistungsaufforderung des Gläubigers entsteht. Dasselbe gilt, wie oben näher dargestellt, für die hier entschiedene Frage, ob eine Bürgschaft, die einen auf Geld gerichteten Gewährleistungsanspruch nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B sichert, erst mit dessen Geltendmachung entsteht. Jedoch war es dem Kläger wegen dieser Rechtsunsicherheit nicht unzumutbar, rechtzeitig Maßnahmen zu ergreifen, die die Verjährung gehemmt hätten. Anders als in Fällen, in denen die umstrittene Rechtsfrage die Person des richtigen Anspruchsgegners (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 - IX ZR 30/98, WM 1999, 974, 975; vgl. dazu auch Bitter/ Alles, NJW 2011, 2081, 2083 f.) oder das Bestehen eines Anspruchs betrifft (vgl. Senatsurteile vom 23. September 2008 - XI ZR 262/07, WM 2008, 2155 Rn. 19 und vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 348/09, NJW 2011, 1278 Rn. 21), musste der Kläger nicht zwischen sich gegenseitig ausschließenden Wegen der Rechtsverfolgung wählen und war damit auch nicht zwangsläufig mit einem - möglicherweise unzumutbaren - Kostenrisiko belastet. Denn aus Sicht des Klägers war nach dem Meinungsstreit in Rechtsprechung und Literatur lediglich unsicher, ob er die Verjährung hemmende Maßnahmen bereits innerhalb von drei auf die Fristsetzung zur Nachbesserung folgenden Kalenderjahren ergreifen musste oder den Beginn der Verjährungsfrist dadurch hinausschieben konnte, dass er von einer - bezifferten - Geltendmachung seiner Ansprüche zunächst absah. In jedem Fall stand ihm danach der Weg offen, in den ersten drei Kalenderjahren nach Fristsetzung durch Inanspruchnahme der Beklagten als Bürgin eine Hemmung der Verjährung herbeizuführen. Dass ihm dies aus besonderen Gründen unzumutbar gewesen wäre, ist nicht ersichtlich.

38 b) Dass ein Oberlandesgericht (OLG Köln, WM 2006, 1248, 1249 f.) in einer vergleichbaren Fallgestaltung die vorsorglich von einem Auftraggeber gegen den Gewährleistungsbürgen erhobene Feststellungsklage mangels Rechtsschutzbedürfnis abgewiesen hat, beruht auf dem hinzunehmenden allgemeinen Risiko, dass die Rechtslage in den Tatsacheninstanzen unterschiedlich gesehen wird (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 2008 - III ZR 132/08, WM 2009, 566 Rn. 14). Ohnehin hätte der Kläger die Hemmung der Verjährung ebenso durch eine Klage gegen die Bürgin auf Vorschuss für die Ersatzvornahme zur Mangelbeseitigung oder auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten herbeiführen können.

39 c) Nach Ablauf der Frist zur Nachbesserung stand für den Kläger nicht infrage, dass er die Verjährung seiner Bürgschaftsansprüche jedenfalls durch Klageerhebung in den ersten drei Kalenderjahren nach Fristsetzung zur Mangelbeseitigung hemmen konnte. Wenn der Kläger diesen unabhängig vom vorliegenden Meinungsstreit in Rechtsprechung und Literatur eröffneten Weg nicht einschlägt, um vermeintliche andere Rechte zu wahren oder wirtschaftliche Vorteile zu nutzen, so hindert dies den Verjährungsbeginn nicht (vgl. Senat, Urteil vom 20. Januar 2009 - XI ZR 504/07, WM 2009, 506 Rn. 49).

IV.

40 Das angefochtene Urteil war demnach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da keine weiteren Feststellungen zu treffen waren, konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO) und die Berufung des Klägers gegen das landgerichtliche Urteil zurückweisen.

Joeres Grüneberg Maihold

Pamp Menges

Vorinstanzen:
LG Wiesbaden, Entscheidung vom 05.02.2010 - 10 O 67/09 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 04.01.2011 - 8 U 47/10 -