

# **Bundesgerichtshof**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

§§ 199, 204, 311b, 765 BGB; 7 MaBV

- 1. Eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV sichert den Rückgewähranspruch des Erwerbers bei Nichtigkeit des Bauträgervertrages mangels ordnungsgemäßer Beurkundung gemäß § 313 Satz 1 BGB a. F. bzw. § 311b Satz 1 BGB n. F. unabhängig davon, ob Erwerber und Bauträger die Formunwirksamkeit zu vertreten haben.**
- 2. Die Fälligkeit der Forderung aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft tritt, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, mit der Fälligkeit der Hauptschuld ein und ist nicht von einer Leistungsaufforderung des Gläubigers abhängig.**
- 3. Das Gesetz sieht eine Leistungsaufforderung des Gläubigers als Entstehungs- oder Fälligkeitsvoraussetzung der Bürgschaftsforderung nicht vor. Die Forderung aus der Bürgschaft gehört nicht zu den so genannten verhaltenen Ansprüchen, deren Verjährung kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung (vgl. § 604 Abs. 5, § 695 Satz 2, § 696 Satz 3 BGB) erst mit ihrer Geltendmachung oder unter weiteren Voraussetzungen beginnt.**
- 4. Die Sicherung des Rückgewähranspruchs durch die Bürgschaft kann nicht mit der Begründung verneint werden, der Bürgschaftsfall sei bereits mit Abschluss des Bürgschaftsvertrages eingetreten. Der gesicherte Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ist zwar durch die Überweisung des Teilkaufpreises am selben Tag entstanden, an dem die Beklagte die Bürgschaft übernommen hat.**
- 5. Entscheidend für die Inanspruchnahme des Bürgen ist aber nicht die Entstehung des gesicherten Anspruchs, sondern die Insolvenz des Hauptschuldners. Das Insolvenzrisiko, das dem Kläger durch die Bürgschaft der Beklagten abgenommen werden sollte, hat sich erst erhebliche Zeit nach Abschluss des Bürgschaftsvertrages, letztlich mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Hauptschuldnerin realisiert.**
- 6. Sind Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens Mängel der Sanierungsarbeiten der Hauptschuldnerin, noch auszuführende Restleistungen sowie die Kosten der Mängelbeseitigung und Fertigstellung unterbricht bzw. hemmt die Verjährung nur für Ansprüche aus den Mängeln, auf die die Sicherung des Beweises sich bezieht.**

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Januar 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h. c. Nobbe, den Richter Dr. Joeres, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Ellenberger und Maihold für Recht erkannt:

**Tenor:**

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 26. Januar 2007 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsverfahrens sowie die außergerichtlichen Kosten der Streithelfer der Beklagten. Der Streithelfer des Klägers trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.

**Tatbestand:**

Der Kläger nimmt die beklagte Bank aus einer Bürgschaft gemäß § 7 Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) in Anspruch.

Der Kläger vereinbarte mit der P. GmbH (im Folgenden: Hauptschuldnerin) die Übereignung eines Grundstücks und die Sanierung des darauf befindlichen Mehrfamilienhauses gegen Zahlung von 4.066.020 DM. Dem Notar, seinem Cousin, der an der Hauptschuldnerin beteiligt war und die Vereinbarung beurkunden sollte, stellte der Kläger am 1. Dezember 2000 Blankounterschriften zur Verfügung. Unter Verwendung dieser Unterschriften errichtete der Notar in Abwesenheit des Klägers eine auf den 14. Oktober 2000 datierte Urkunde über einen Grundstückskaufvertrag mit Sanierungsverpflichtung.

Der Kläger überwies der Hauptschuldnerin am 30. März 2001 3.923.709,30 DM (= 2.006.160,71 €). Mit Urkunde vom selben Tag übernahm die Beklagte, gegen Rückgabe einer bereits zuvor ausgestellten Bürgschaftsurkunde, unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtbarkeit, der Aufrechenbarkeit und der Vorausklage eine selbstschuldnerische Bürgschaft gemäß § 7 MaBV bis zum Höchstbetrag von 3.923.709,30 DM für die Ansprüche des Klägers gegen die Hauptschuldnerin "auf Rückgewähr oder Auszahlung der vorgenannten Vermögenswerte". Unter dem 13. Juni 2003 rügte der Kläger zahlreiche Baumängel und setzte der Hauptschuldnerin für die Fertigstellung der Sanierung eine Frist bis zum 14. Juli 2003. Bereits mit Schreiben vom 16. Juli 2003 erklärte er den Rücktritt vom Vertrag mit der Hauptschuldnerin und forderte diese zur Rückzahlung der 2.006.160,71 € zuzüglich Schadensersatz auf. Gleichzeitig nahm er die Beklagte aus der Bürgschaft in Anspruch.

Am 25. März 2004 wurde über das Vermögen der Hauptschuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger meldete seine Rückzahlungsforderung in Höhe von 2.006.160,71 € mit Schreiben vom 3. Mai 2004 zur Tabelle an. Ausweislich des Tabellenausuges vom 2. Juni 2004 bestritt die Insolvenzverwalterin die Forderung.

Der Kläger beantragte unter dem 14. April 2004 beim Oberlandesgericht N., das zuständige Gericht für ein selbständiges Beweisverfahren gegen die Hauptschuldnerin und die Beklagte zu bestimmen.

Nach Rücknahme dieses Antrags beantragte er mit Schriftsatz vom 3. Mai 2004 beim Landgericht B. ein selbständiges Beweisverfahren gegen die Beklagte zur Feststellung zahlreicher Baumängel und nicht erbrachter Restleistungen sowie der Höhe des Aufwandes für die Mängelbeseitigung und der noch zu erbringenden Restarbeiten. Das Landgericht B. lehnte diesen Antrag mit Beschluss vom 8. November 2004 ab.

Am 16. Dezember 2005 schlossen der Kläger und die Hauptschuldnerin, nachdem die Insolvenzverwalterin das Grundstück aus dem Insolvenzbeschluss entlassen hatte, einen Aufhebungsvertrag. Darin stellten sie fest, dass die Hauptschuldnerin das Sanierungsvorhaben nicht fertig gestellt habe und wegen ihrer Insolvenz nicht in der Lage sei, den Kaufvertrag zu erfüllen. Die notarielle Urkunde vom 14. Oktober 2000 sei unwirksam, weil sie gegenüber dem Kläger nicht und gegenüber der Hauptschuldnerin nicht ordnungsgemäß verlesen worden sei und ein gemeinsamer Notartermin mit Teilnahme des Verkäufers und des Käufers nicht stattgefunden habe. Zur Vermeidung etwaiger Streitigkeiten über die Wirksamkeit dieser Urkunde und das Maß der Fertigstellung des Objekts hoben der Kläger und die Hauptschuldnerin den Vertrag vom 14. Oktober 2000 auf. Die Hauptschuldnerin verpflichtete sich, dem Kläger den gezahlten Kaufpreisteil Zugum-Zug gegen Rückgabe der Bürgschaftsurkunde zu erstatten.

Das Landgericht hat die am 15. September 2005 eingereichte und am 30. Januar 2006 zugestellte Klage auf Zahlung von 2.006.160,71 € nebst Zinsen abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der – vom Berufungsgericht zugelassenen – Revision verfolgt der Kläger seine Anträge aus dem Berufungsverfahren weiter.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Revision ist unbegründet.

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Hauptforderung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB sei vom Bürgschaftszweck nicht umfasst. Die Bürgschaftsforderung sei auch verjährt.

Der bereicherungsrechtliche Rückgewähranspruch werde vom Schutzzweck der Bürgschaft nicht umfasst. Der Kläger und die Hauptschuldnerin hätten den Bürgschaftsfall zwar nicht einvernehmlich zum Nachteil der Beklagten herbeigeführt. Sie hätten aber ein außergewöhnliches Risiko geschaffen, mit dem die Beklagte bei Eingehung der Bürgschaft nicht habe rechnen müssen. Der Kaufvertrag sei aus von ihnen zu vertretenden Gründen formell nichtig. Da es an jeglicher Beurkundungsverhandlung gefehlt habe, sei auch für einen juristischen Laien offenkundig gewesen, dass etwas Falsches beurkundet worden sei und dies Folgen für die Wirksamkeit des Vertrages habe. Werde eine solche Urkunde einem Dritten als Grundlage für eine von ihm einzugehende Verpflichtung vorgelegt, beruhe dies auf einem nachlässigen Verhalten, das auf die Interessen des Vertragspartners keine Rücksicht nehme. Eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV sichere Risiken, die bei Hingabe der Bürgschaft noch nicht eingetreten oder noch nicht bekannt seien. Hier sei der Bürgschaftsfall aber schon vor oder mit Abschluss des Bürgschaftsvertrages eingetreten. Dieses Risiko werde vom Schutzzweck der

Bürgschaft nach § 7 MaBV nicht umfasst, wenn die Parteien es – wie hier – zumindest grob fahrlässig herbeigeführt hätten.

Außerdem sei die Forderung aus der Bürgschaft verjährt. Maßgeblich sei die dreijährige Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 BGB n. F., die am 1. Januar 2002 begonnen habe. Die Bürgschaftsforderung sei ebenso wie die Hauptverbindlichkeit mit der Zahlung des Teilkaufpreises am 30. März 2001 entstanden. Die subjektiven Voraussetzungen lägen vor.

Die Entstehung der Bürgschaftsforderung hänge nicht von der tatsächlichen Inanspruchnahme des Bürgen durch den Gläubiger ab. Dass ein Bürge aufgrund seiner akzessorischen Haftung für eine fremde Schuld erst dann konkret Mittel aufwenden müsse, wenn er aus der Bürgschaft in Anspruch genommen werde, sei für den Beginn der Verjährungsfrist nicht entscheidend. Die Bürgschaftsurkunde vom 30. März 2001 enthalte keine ausdrückliche Bestimmung, die die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung von der Inanspruchnahme der Bürgschaft abhängig mache.

Hemmungstatbestände, die die Zeit vom Ablauf der Verjährungsfrist am 31. Dezember 2004 bis zur Klagezustellung am 30. Januar 2006 überbrücken könnten, lägen nicht vor. Das selbständige Beweisverfahren und der vorausgegangene Antrag auf Gerichtsstandsbestimmung hätten die Verjährung der Bürgschaftsforderung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 7 und 13 BGB n. F. nicht gehemmt, weil sich die hemmende Wirkung nur auf Ansprüche beziehe, für deren Nachweis die Behauptung, die den Gegenstand des Beweissicherungsverfahrens bilde, von Bedeutung sein könne. Durch Verhandlungen zwischen den Parteien sei die Verjährung gemäß § 203 Satz 1 BGB n. F. allenfalls vom 22. Oktober 2003 bis zum 24. Februar 2004 gehemmt worden. Die Klagezustellung am 30. Januar 2006 sei nicht demnächst erfolgt und habe keine Rückwirkung gemäß § 167 ZPO.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand.

1. Rechtsfehlerhaft ist allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, der Anspruch des Klägers gegen die Hauptschuldnerin gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung der 2.006.160,71 € sei vom Sicherungszweck der Bürgschaft nicht umfasst.

a) Bürgschaften gemäß § 7 Abs. 1 MaBV sind Vorauszahlungsbürgschaften, die sicherstellen sollen, dass der Erwerber bei einem Scheitern oder einer nicht vollständigen oder nicht ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung seine nicht durch entsprechende Leistungen und damit Vergütungsansprüche des Bauträgers verbrauchte Vorauszahlung zurück erhält (BGH, Urteil vom 19. Juli 2001 – IX ZR 149/00, WM 2001, 1756, 1757 f.; Nobbe, Festschrift Horn S. 801, 805). Sie fangen Störungen des Gleichgewichts zwischen den Vorauszahlungen des Erwerbers und den Leistungen des Bauträgers umfassend auf und sichern das entsprechende Vorauszahlungsrisiko ab (BGH, Urteil vom 12. April 2007 – VII ZR 50/06, WM 2007, 1089, 1093 Tz. 58 m. w. Nachw., für BGHZ 172, 63 vorgesehen).

Vom Wortlaut und Schutzzweck einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV werden nicht nur Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 633 ff. BGB wegen Baumängeln (BGHZ 151, 147, 151; BGH, Urteile vom 12. April 2007 – VII ZR 50/06, WM 2007, 1089, 1093 Tz. 52 ff. und vom 18. September 2007 – XI ZR 211/06, WM 2007, 2352, 2355 Tz. 30 ff., für BGHZ vorgesehen) und Rückgewähransprüche nach einem

Rücktritt vom Vertrag gemäß § 326 BGB (BGHZ 160, 277, 281), sondern ebenso Rückzahlungsansprüche des Erwerbers nach einvernehmlicher Aufhebung oder bei Nichtigkeit des Bauträgervertrages (Senat BGHZ 162, 378, 383; OLG München BauR 1998, 1104, 1105; Bergmeister/Reiß, MaBV für Bauträger 4. Aufl. S. 167) erfasst. Dabei setzt der Anspruch aus der Bürgschaft gemäß § 7 MaBV nicht voraus, dass der Bauträger die Nichtdurchführung des Bauvorhabens verschuldet oder zu vertreten hat. Selbst wenn die Aufhebung oder die Nichtigkeit des Bauträgervertrages, die einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch zur Folge hat, auf Gründen beruht, die in der Sphäre des Erwerbers liegen oder von ihm zu vertreten sind, hindert dies die Inanspruchnahme des Bürgen grundsätzlich nicht. Auch in diesem Fall soll dem Erwerber das Insolvenzrisiko des Bauträgers durch die Bürgschaft gemäß § 7 MaBV abgenommen werden (Senat BGHZ 162, 378, 383; Nobbe, Festschrift Horn S. 801, 811; Klose, BGH-Report 2005, 968). Nur wenn Erwerber und Bauträger den Bürgschaftsfall einvernehmlich bewusst zum Nachteil des Bürgen herbeiführen, kommt eine Einschränkung der Bürgenhaftung nach §§ 242, 826 BGB in Betracht (Senat BGHZ 162, 378, 383).

b) Nach diesen Grundsätzen sichert die Bürgschaft der Beklagten den Rückgewähranspruch des Klägers gegen die Hauptschuldnerin gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. Dieser Anspruch ergibt sich daraus, dass der Vertrag zwischen dem Kläger und der Hauptschuldnerin nicht ordnungsgemäß gemäß § 313 Satz 1 BGB a. F. beurkundet worden und deshalb nichtig ist. Er ist, unabhängig davon, ob der Kläger und die Hauptschuldnerin die Formunwirksamkeit zu vertreten haben, vom Sicherungszweck der Bürgschaft umfasst. Entscheidend hierfür ist, dass der Rückforderungsanspruch auch bei einem etwaigen Verschulden des Klägers an der Formunwirksamkeit besteht und der Kläger bei der Durchsetzung dieses Anspruchs das Insolvenzrisiko der Hauptschuldnerin trägt, das ihm durch die Bürgschaft gemäß § 7 MaBV abgenommen werden soll. Dass die Parteien des Bauträgervertrages dessen Unwirksamkeit und damit den Bürgschaftsfall einvernehmlich bewusst zum Nachteil der Beklagten herbeigeführt haben, ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt und von den Parteien nicht vorgetragen worden. Die Sanierungsmaßnahmen der Hauptschuldnerin und die Fristsetzung des Klägers zur Fertigstellung der Arbeiten zeigen, dass die Vertragsparteien den Vertrag zunächst durchführen wollten.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann die Sicherung des Rückgewähranspruchs des Klägers durch die Bürgschaft der Beklagten nicht mit der Begründung verneint werden, der Bürgschaftsfall sei bereits mit Abschluss des Bürgschaftsvertrages eingetreten. Der gesicherte Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ist zwar durch die Überweisung des Teilkaufpreises am selben Tag entstanden, an dem die Beklagte die Bürgschaft übernommen hat. Entscheidend für die Inanspruchnahme des Bürgen ist aber nicht die Entstehung des gesicherten Anspruchs, sondern die Insolvenz des Hauptschuldners. Das Insolvenzrisiko, das dem Kläger durch die Bürgschaft der Beklagten abgenommen werden sollte, hat sich erst erhebliche Zeit nach Abschluss des Bürgschaftsvertrages, letztlich mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Hauptschuldnerin am 25. März 2004, realisiert.

2. Ob der Kläger verpflichtet war, die Beklagte über die Umstände, unter denen die auf den 14. Oktober 2000 datierte notarielle Urkunde zustande gekommen war, und das dadurch begründete Risiko einer Inanspruchnahme der Beklagten aufzuklären, bedarf keiner Entscheidung, weil das Berufungsgericht jedenfalls

rechtsfehlerfrei davon ausgegangen ist, dass die im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachte Bürgschaftsforderung verjährt ist.

a) Da die Verjährungsfrist gemäß § 195 BGB a. F. am 1. Januar 2002 noch nicht abgelaufen war, ist gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 EGBGB die Frist gemäß § 195 BGB n. F. maßgeblich. Die Frist begann danach am 1. Januar 2002.

aa) Die Forderung aus der Bürgschaft (§ 765 BGB) ist zusammen mit dem gesicherten Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB gegen die Hauptschuldnerin durch die Überweisung des Teilkaufpreises am 30. März 2001 entstanden (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB n. F.).

Die Frage, wann der Anspruch aus einer Bürgschaft entsteht und fällig wird, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Der Bundesgerichtshof hat in Entscheidungen, die zur Rechtslage vor dem 1. Januar 2002 ergangen sind, als für Bürgschaftsforderungen noch die 30jährige Verjährungsfrist des § 195 BGB a. F. galt, beiläufig und ohne Begründung teilweise auf die Inanspruchnahme des Bürgen durch den Gläubiger (BGHZ 92, 295, 300; BGH, Urteile vom 10. November 1988 – III ZR 215/87, WM 1989, 129, 131 und vom 25. September 1990 – XI ZR 142/89, WM 1990, 1910, 1911), teilweise auf die Fälligkeit der Hauptschuld (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2003 – IX ZR 9/03, WM 2004, 371) abgestellt. Auch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur wird die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung einerseits von einer Leistungsaufforderung des Gläubigers abhängig gemacht (OLG Hamm WM 1983, 772; LG Coburg BauR 2006, 692; Staudinger/Horn, BGB 13. Bearb. 1997 § 765 Rdn. 112; Mansel/Budzikiewicz, Das neue Verjährungsrecht 2002 § 3 Rdn. 100; Gay NJW 2005, 2585, 2587; Lindacher, Festschrift Gerhard, S. 587, 592 f.; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten 7. Aufl. Rdn. 855; Schlößer NJW 2006, 645, 647; Schulze-Hagen BauR 2007, 170, 183 ff.; jeweils m. w. Nachw.), andererseits die Fälligkeit der gesicherten Hauptschuld für ausreichend gehalten (OLG Hamm BauR 2007, 1265, 1266; OLG Frankfurt am Main WM 2007, 1369, 1370; OLG Karlsruhe ZIP 2008, 170, 171; Schmitz/Wassermann/Nobbe, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 3. Aufl. § 91 Rdn. 100; MünchKomm/Grothe, BGB 5. Aufl. § 199 Rdn. 7; Münch-Komm/Habersack, BGB 4. Aufl. § 765 Rdn. 82; Palandt/Heinrichs, BGB 67. Aufl. § 199 Rdn. 3; Palandt/Sprau, BGB 67. Aufl. § 765 Rdn. 26; Weber, Kreditsicherungsrecht 8. Aufl. S. 79; Hadding, Festschrift Wiegand, S. 299, 307 f.; Schmitz/Vogel ZfIR 2002, 509, 518 f.; Bräuer NZBau 2007, 477, 478; Hohmann WM 2004, 757, 760; Jungmann WuB I F 1 a. Bürgschaft 5. 06).

Der nunmehr für das Bürgschaftsrecht zuständige erkennende Senat, der die Frage in seinem Urteil vom 8. Mai 2007 (XI ZR 278/06, WM 2007, 1241, 1242 Tz. 13) offen gelassen hat, schließt sich, jedenfalls für den vorliegenden Fall der selbstschuldnerischen Bürgschaft, der Auffassung an, dass die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung mit der Fälligkeit der Hauptschuld eintritt und nicht von einer Leistungsaufforderung des Gläubigers abhängig ist. Das Gesetz sieht eine Leistungsaufforderung des Gläubigers als Entstehungs- oder Fälligkeitsvoraussetzung der Bürgschaftsforderung nicht vor. Die Forderung aus der Bürgschaft gehört nicht zu den so genannten verhaltenen Ansprüchen (vgl. Staudinger/Frank Peters, BGB Neubearb. 2004 § 199 Rdn. 9), deren Verjährung kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung (vgl. § 604 Abs. 5, § 695 Satz 2, § 696 Satz 3 BGB) erst mit ihrer Geltendmachung oder unter weiteren Voraussetzungen beginnt. Der Gesetzgeber ist bei der Neufassung des § 771 BGB durch das Gesetz

zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) vielmehr ausdrücklich davon ausgegangen, dass "der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen gleichzeitig mit der Hauptforderung" entsteht (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 9. Oktober 2001, BT-Drucks. 14/7052, S. 206). Auch der Grundsatz der Akzessorietät, d. h. der Abhängigkeit der Forderung aus der Bürgschaft von der Hauptschuld im Hinblick auf Entstehung, Durchsetzbarkeit und Erlöschen, spricht dafür, dass die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung mit der Fälligkeit der Hauptschuld eintritt. Außerdem dient das Rechtsinstitut der Verjährung dem Schutz des Schuldners und der Herstellung des Rechtsfriedens nach Ablauf der Verjährungsfrist. Mit dieser Schutzintention wäre es unvereinbar, die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung von einer Leistungsaufforderung des Gläubigers abhängig zu machen und diesem damit die Möglichkeit zu eröffnen, den Verjährungsbeginn und die Notwendigkeit verjährungsunterbrechender Maßnahmen beliebig hinauszuzögern.

Demgegenüber fällt die Gefahr des Bürgen, frühzeitig in Verzug zu geraten (vgl. Schlößer NJW 2006, 645, 648), angesichts des § 286 Abs. 1 und 4 BGB nicht entscheidend ins Gewicht. Dass – hier nicht gegebene – längere Verjährungsfristen des gesicherten Anspruches eine vorzeitige Inanspruchnahme des Bürgen erforderlich machen können (Palandt/Sprau, BGB 67. Aufl. § 765 Rdn. 26), rechtfertigt es ebenfalls nicht, die Verjährung der Bürgschaftsforderung ohne entsprechende Parteiabrede erst mit einer Leistungsaufforderung des Gläubigers beginnen zu lassen. Den Parteien steht es in diesen Fällen frei, die Geltendmachung der Forderung als vertragliche Fälligkeitsvoraussetzung zu vereinbaren. Dies ist im vorliegenden Fall, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat, nicht geschehen. Die Bürgschaftsurkunde vom 30. März 2001 enthält für eine solche Fälligkeitsvereinbarung keinen Anhaltspunkt, sondern regelt lediglich Bedingungen und Beschränkungen der Bürgschaftsforderung.

bb) Das Berufungsgericht hat auch die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB n. F. (vgl. Senat, Urteil vom 23. Januar 2007 – XI ZR 44/06, WM 2007, 639, 641 Tz. 23 ff. für BGHZ 171, 1 vorgesehen) rechtsfehlerfrei bejaht. Der Kläger hatte seit dem 30. März 2001 Kenntnis von den die Bürgschaftsforderung und den gesicherten Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners. Ein Gläubiger, der einen Bereicherungsanspruch verfolgt, hat Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen, wenn er von der Leistung und vom Fehlen des Rechtsgrundes, d. h. von den Tatsachen, aus denen dessen Fehlen folgt, weiß (Staudinger/Frank Peters, BGB Neubearb. 2004 § 199 Rdn. 46). Dies war hier der Fall. Der Kläger wusste seit dem 30. März 2001, dass die Hauptschuldnerin durch die Überweisung vom selben Tag, also durch seine Leistung, die Klagesumme erlangt hatte. Er kannte auch die Tatsachen, aus denen sich die Formunwirksamkeit des auf den 14. Oktober 2000 datierten Kaufvertrages ergab. Dass er hieraus auch den Schluss auf die Unwirksamkeit des Vertrages und das Fehlen des Rechtsgrundes gezogen hat, ist für die Kenntnis der den Anspruch begründenden Umstände nicht erforderlich (MünchKomm/Grothe, BGB 5. Aufl. § 199 Rdn. 25). Die etwaige Unkenntnis des Klägers von der Rechtsgrundlosigkeit der Leistung beruhte im Übrigen, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt hat, auf grober Fahrlässigkeit.

b) Das Berufungsgericht hat ferner rechtsfehlerfrei angenommen, dass die dreijährige Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 BGB n. F. nach ihrem Beginn am 1.

Januar 2002 abgelaufen war, bevor die Klageschrift der Beklagten am 30. Januar 2006 zugestellt wurde.

aa) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, der Bürgschaftsvertrag enthalte die konkludente Abrede, dass die Verjährung so lange gehemmt sei, wie es zur Erreichung des dem Bürgen bekannten Sicherungszwecks der Bürgschaft erforderlich sei. Danach sei die Verjährung bis heute gehemmt, weil der Kaufvertrag nicht rechtswirksam sei und die Hauptschuldnerin nach dem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt das Sanierungsvorhaben nicht fertig gestellt habe. Diese Auffassung ist bereits deshalb unzutreffend, weil der Kläger die Bürgschaft, wie dargelegt zu Recht, für eine bereicherungsrechtliche Rückzahlungsforderung in Anspruch nimmt, die die Unwirksamkeit des Kaufvertrages gerade voraussetzt und unabhängig von der ordnungsgemäßen Fertigstellung des Sanierungsvorhabens besteht.

bb) Unbegründet ist weiter die Auffassung der Revision, die Verjährungsfrist sei durch den Antrag vom 14. April 2004 auf Bestimmung des zuständigen Gerichts für ein selbständiges Beweisverfahren gegen die Beklagte und die Hauptschuldnerin sowie den Antrag vom 3. Mai 2004 auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens gegen die Beklagte gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 7 und 13 BGB n. F. in der Zeit vom 16. April 2004 bis zum 8. Mai 2005 gehemmt gewesen.

Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens sollten Mängel der Sanierungsarbeiten der Hauptschuldnerin, noch auszuführende Restleistungen sowie die Kosten der Mängelbeseitigung und Fertigstellung sein. Ein solcher Antrag auf Beweissicherung, und ebenso der darauf bezogene Antrag auf Gerichtsstandsbestimmung, unterbricht bzw. hemmt die Verjährung nur für Ansprüche aus den Mängeln, auf die die Sicherung des Beweises sich bezieht (BGHZ 120, 329, 331; Urteil vom 30. April 1998 – VII ZR 74/97, WM 1998, 1980, 1981). Dazu gehört der streitgegenständliche Anspruch aus der Bürgschaft nicht. Wegen der Akzessorietät der Bürgschaft ist der verbürgte Anspruch, im vorliegenden Fall also der Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB, Teil des Streitgegenstandes der Klage aus der Bürgschaft (Senat, Urteil vom 25. November 2003 – XI ZR 379/02, WM 2004, 121, 122). Der Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB besteht unabhängig von den Mängeln, auf die sich der Antrag auf Beweissicherung bezog. Die Revision macht in diesem Zusammenhang ohne Erfolg geltend, zwischen dem Verhalten des Klägers, das zur Unwirksamkeit des Kaufvertrages und damit zu dem Bereicherungsanspruch geführt habe, und dem Bürgschaftsfall bestehe kein Kausalzusammenhang, wenn die Hauptschuldnerin die Vorauszahlung auch bei Wirksamkeit des Kaufvertrages wegen Baumängeln und der deshalb erklärten Kündigung des Vertrages hätte zurückzahlen müssen. Selbst wenn der Kläger den Rückforderungsanspruch nur wegen der von ihm behaupteten Mängel geltend gemacht haben sollte, sind diese Mängel nicht Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs gegen die Hauptschuldnerin und des streitgegenständlichen Bürgschaftsanspruchs. Dieser ist kein Anspruch aus einem Mangel, auf den sich der Antrag auf Sicherung des Beweises bezog. Die Verjährung dieses Anspruchs ist durch die Anträge auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens und auf Gerichtsstandsbestimmung nicht gehemmt worden.

cc) Ob das Berufungsgericht zu Recht eine Verjährungshemmung gemäß § 203 Satz 1 BGB n. F. für die Zeit vom 22. Oktober 2003 bis zum 24. Februar 2004 angenommen hat, braucht nicht entschieden zu werden. Auch unter



Zugrundelegung einer solchen Hemmung ist die Verjährungsfrist vor Zustellung der Klageschrift am 30. Januar 2006 abgelaufen. Eine Rückwirkung gemäß § 167 ZPO hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und von der Revision unangegriffen verneint, weil die Zustellung der Klageschrift nach ihrer Einreichung nicht demnächst erfolgt ist.

III. Die Revision war demnach als unbegründet zurückzuweisen.