

12

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 765

Zur Bürgschaft auf erstes Anfordern.

BGH, Urt. v. 13. Juli 1989 - IX ZR 223/88 - OLG Düsseldorf
LG Wuppertal

BUNDESGERICHTSHOF

12

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 223/88

Verkündet am:
13. Juli 1989
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma M[REDACTED] Maschinen- und Anlagenbau GmbH & Co.,
gesetzlich vertreten durch die persönlich haftende
Gesellschafterin, die M[REDACTED] Verwaltungs Gesellschaft mbH,
diese gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer
Christoph M[REDACTED],
L[REDACTED] Straße [REDACTED] - [REDACTED], G[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

D[REDACTED] Bank AG, Filiale W[REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihre Vorstandsmitglieder
Wolfgang R[REDACTED] und Werner F[REDACTED],
N[REDACTED]straße [REDACTED], W[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WII

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 1989 durch den Juolitzenden Richter Merz und die Richter Henkel, Fuchs, Gärtner und Winter

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. September 1988 aufgehoben und das Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Wuppertal vom 9. Dezember 1987 abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 355.153,10 DM nebst 5 % Zinsen seit 1. Juni 1987 zu zahlen. Die Zinsmehrforderung bleibt abgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Klägerin lieferte auf die Bestellung der Firma S [REDACTED] in W [REDACTED] an deren Kundin, die Firma Fa [REDACTED], Detroit/USA, einen Polymerisierkanal. Die Klägerin und die Firma S [REDACTED] hatten über die Zahlung der Gesamtvergütung von 1.557.689 DM folgendes vereinbart:

"40 % des Gesamtauftragswertes Anzahlung bei Bestellung gegen Vorlage unserer Rechnung mit anteiliger Mehrwertsteuer.

Fa. M [REDACTED] übergibt eine Bankgarantie mit Gültigkeit bis zur Lieferung.

40 % des Gesamtauftragswertes spätestens 3 Wochen nach Lieferung gegen Vorlage unserer Rechnung mit anteiliger Mehrwertsteuer.

20 % des Gesamtauftragswertes nach Abnahmeprotokoll, jedoch spätestens 4 Monate nach Lieferung.

Fa. S [REDACTED] übergibt bei Lieferung eine Bankgarantie mit Gültigkeit bis 4 Monate nach Lieferung."

Die Lieferung wurde am 15. Januar 1987 abgeschlossen.

Am 23. Januar 1987 übernahm die beklagte Bank im Auftrag der Firma S [REDACTED] nachstehende

"Zahlungsbürgschaft

...

Nach den vertraglichen Bedingungen ist der Auftraggeber (Firma S[REDACTED]) verpflichtet, nach Erhalt eines ordnungsgemäß unterschriebenen Abnahmeprotokolls des vorstehend genannten Endabnehmers (Firma Fa[REDACTED]), in dem enthalten ist, daß die Anlage funktioniert, den nachstehend von uns verbürgten Betrag zu zahlen.

Dies vorausgeschickt, übernehmen wir gegenüber dem Auftragnehmer (der Klägerin) die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Betrag von

DM 311.537,80

DM 43.615,30 = 14 % Mehrwertsteuer

DM 355.153.10

einschließlich Zinsen und Kosten, unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtbarkeit, der Aufrechenbarkeit und der Vorausklage (§§ 770, 771 BGB) und mit der Maßgabe, daß wir nur auf Zahlung von Geld in Anspruch genommen werden können.

Wir werden aus dieser Bürgschaft auf erstes schriftliches Anfordern Zahlung leisten, sofern der Auftragnehmer uns mitteilt, daß der Auftraggeber seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist.

Die Bürgschaft erlischt mit Rückgabe dieser Urkunde an uns, spätestens jedoch am 15.5.1987, wenn und soweit uns nicht spätestens an diesem Tage eine Inanspruchnahme vorliegt.

... "

Am 28. April 1987 unterzeichneten Vertreter der Firma Fabriceon und der Klägerin ein englisch abgefaßtes

"Übergabe-Übernahmeprotokoll"

dessen Übersetzung lautet:

"Wir bestätigen, die vorstehende Anlage am 28. April 1987 bedingt übernommen zu haben.

Bemerkungen: Diese Übernahme beschränkt sich auf den physischen Aufbau, die betriebsbereite Aufstellung und die Steuereigenschaften, wie vor Ort am 27. April 1987 präsentiert, damit das Fa[REDACTED]-Personal die Anlage bedienen kann.

Die gesamte und endgültige Übernahme der Anlage hat zur Bedingung die zufriedenstellende Erfüllung der in der Anlage vom 28.4.1987 aufgeführten Bedingungen.

Anlage zum Übergabe-Übernahme-Protokoll mit Bezug auf den M[REDACTED]-Polymerisierkanal. ...

Bedingungen für die endgültige Übernahme:

1. Die Qualität der harzverfestigten Fasermatten, aus dem M[REDACTED] Polymerisierkanal kommend, muß den Spezifikationen für Gewicht und Geschmeidigkeit gemäß Referenzmuster Fa[REDACTED] vom 27.4.1987 entsprechen.

2. Das gemäß den obigen Spezifikationen produzierte Material muß für Kaltverformung, wie sie bei Fa. [REDACTED] angewandt wird, geeignet sein und muß weiterhin den Eigenschaften des übergebenen Musters nach der Kaltverformung entsprechen.
3. Der Hersteller des Polymerisierkanals, M. [REDACTED], hat die vorhandenen Sicherheits-Temperaturfühler gegen Fühler mit einer niedrigeren Empfindlichkeitsspanne auszutauschen, um so eine verfrühte Auslösung zu vermeiden.
4. M. [REDACTED] hat Skizzen und Daten zur Verfügung zu stellen für Dunstabsaughauben und Ventilator-Kapazitäten unter Verwendung des bestehenden Absaugsystems.
5. M. [REDACTED] hat die Auslegung der Breitenverstellung der Luft-Prallbleche zu überarbeiten, um eine schnelle Einstellung von einer Position zur anderen zu ermöglichen.
6. Die Temperaturregler sind auf ihre Genauigkeit hin zu überprüfen und zu korrigieren, falls gleichbleibende Bedingungen mit den vorhandenen Reglern nicht erreicht werden können.
7. Die Arbeitstemperatur der Gleichstromantriebe muß einstellbar sein, wie durch die Umgebungstemperatur bedingt."

Am 15. Mai 1987, einem Freitag, forderte die Klägerin die Beklagte auf, den verbürgten Betrag zu zahlen, weil "der Auftraggeber, die Firma S [REDACTED] ..., seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist." Die Beklagte wandte ein, daß kein Abnahmeprotokoll vorliege und die Anlage ausweislich des Protokolls vom 28. April 1987 mangelhaft sei. Die Klägerin machte geltend, auf ein Abnahmeprotokoll komme es nicht an. Im übrigen ergebe sich aus dem Protokoll vom 28. April 1987, daß die Anlage funktioniere; etwaige Mängel habe die Klägerin nicht zu vertreten.

Das Landgericht wies die Klage auf Zahlung von 355.153,10 DM nebst 6,5 % Zinsen seit dem 1. Juni 1987 ab, das Oberlandesgericht die hinsichtlich der Zinshöhe eingeschränkte Berufung zurück. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Berufungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Verurteilung der Beklagten.

1. Das Berufungsgericht wertet die Erklärung der Beklagten vom 23. Januar 1987 zutreffend als Übernahme einer Bürgschaft und nicht als Garantiezusage; denn die Urkunde läßt klar erkennen, daß die Beklagte eine vom Bestand der Hauptschuld abhängige selbstschuldnerische Bürgschaftsverpflichtung eingegangen ist. Mit Recht nimmt das Berufungsgericht weiter an, daß aber die Beklagte nach dem eindeutigen

Wortlaut ihrer Erklärung sich verpflichtet hat, die Bürgschaftssumme schon dann zu zahlen, wenn die Klägerin rechtzeitig, nämlich bis zu dem im letzten Absatz der Urkunde bestimmten Tag, der Beklagten mitteilt, daß die Firma Schirp ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei. Wie der Tatrichter richtig hervorhebt, wird die unbedingte Zahlungszusage nicht durch den übrigen Text der Bürgschaftsurkunde, insbesondere nicht von einer Umschreibung der verbürgten Forderung, berührt. Diese formalen Voraussetzungen einer vorläufigen Zahlungspflicht der Beklagten sind durch die Anforderung der Klägerin vom 15. Mai 1987 auch nach Auffassung des Berufungsgerichts erfüllt.

2. Danach muß die Bürgin die geforderte Summe vorläufig zahlen, ohne Einwendungen gegen Grund und Höhe des Anspruchs aus der Bürgschaft geltend machen zu können. Nicht nur Einwendungen gegen die verbürgte Hauptschuld sind ausgeschlossen. Auch ein Streit darüber, ob oder unter welchen Voraussetzungen der materielle Anspruch aus der Bürgschaft entsteht, hindert die Verurteilung zur Zahlung nicht, wenn die formalen Voraussetzungen der Pflicht zur sofortigen Zahlung gegeben sind. Nur so kann der Zweck der Bürgschaft auf erstes Anfordern erreicht werden, dem Gläubiger - ähnlich wie durch das früher im internationalen Handelsverkehr übliche "Bardepot" - sofort liquide Mittel zuzuführen, wenn er den materiellen Bürgschaftsfall für eingetreten hält (Senatsurt. v. 24. November 1983 - IX ZR 2/83, NJW 1984, 923; v. 31. Januar 1985 - IX ZR 66/84, ZIP 1985, 470; v. 21. April 1988 - IX ZR 113/87, NJW 1988, 2610). Deshalb sind alle Einwendungen einer Bank oder Sparkasse, die sich nicht

gegen das Vorliegen der von ihr akzeptierten formalen Voraussetzungen der Zahlungsanforderung richten, in den Rückforderungsprozeß verwiesen und können grundsätzlich nur dort geltend gemacht werden. In diesem Prozeß ist dann über den materiellen Anspruch aus der Bürgschaft zu entscheiden, nämlich darüber, für welche Hauptforderung und bis zu welchem Zeitpunkt sich die Bank oder Sparkasse verbürgt hat und ob, gegebenenfalls in welcher Höhe die verbürgte Hauptforderung entstanden und fällig oder auch getilgt worden ist. Dabei ist trotz der vertauschten Parteirollen die Darlegungs- und Beweislast so verteilt, wie wenn der Gläubiger den Bürgen in Anspruch nähme (Senatsurt. v. 10. Dezember 1987
- IX ZR 269/86, NJW 1988, 906; v. 9. März 1989
- IX ZR 64/88, WM 1989, 709). Danach ist es dem Kreditinstitut, das sich zur vorläufigen Zahlung auf erstes Anfordern bereit erklärt hat, auch zuzumuten, zunächst ohne Prüfung der materiellen Berechtigung des Gläubigers zu leisten.

3. Der Anspruch kann im Ausgangsverfahren bei Vorliegen einer form- und fristgerechten Anforderung nur dann scheitern, wenn der Gläubiger die durch diese erlangte formale Rechtsstellung mißbraucht. Aus dem dargelegten Zweck der Bürgschaft auf erstes Anfordern und wegen der Möglichkeit des bürgenden Kreditinstituts, sich bei seinem Auftraggeber oder im Rückforderungsprozeß beim Bürgschaftsgläubiger zu erholen, ist der Einwand des Rechtsmißbrauchs darauf beschränkt, daß die materielle Berechtigung des Gläubigers aus der Bürgschaft nach deren Bedingungen oder wegen Nichtbestehens der Hauptschuld offensichtlich fehlt. Das trifft nur zu, wenn die mißbräuchliche Ausnützung der formalen

Rechtsstellung für jedermann klar ersichtlich ist. Streitfragen tatsächlicher und rechtlicher Natur, deren Beantwortung sich nicht von selbst ergeben, sind nicht im Ausgangsprozess zu entscheiden (BGH, Urt. v. 21. April 1988 aaO), können also die Zuerkennung des Anspruchs auf vorläufige Zahlung nicht aufhalten. Das gilt auch dann, wenn Gläubiger und Bürge sich darüber streiten, ob oder bis wann eine Bürgschaft zeitlich begrenzt ist und deshalb die materielle Bürgschaftsverpflichtung entstanden oder nicht entstanden ist (vgl. Senatsurt. v. 31. Januar 1985 aaO). Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Bürgschaft nach dem Wortlaut der Urkunde zeitlich begrenzt ist oder keine ausdrückliche zeitliche Begrenzung enthält. Entscheidend ist, ob die dem Bürgen günstigen Rechtsfolgen offen zutageliegen, also für jedermann ersichtlich sind.

a) Davon geht das Berufungsgericht im Ansatz aus. Es meint dennoch, die Inanspruchnahme der Beklagten sei rechtsmißbräuchlich. Der gesicherte Anspruch, für den sich die Beklagte ausschließlich verbürgt habe, ergebe sich aus der Präambel der Bürgschaftsurkunde und den zwischen der Klägerin und der Firma S [REDACTED] vereinbarten Zahlungsbedingungen. Nach jener sei der gesicherte Anspruch der Klägerin gegen die Firma S [REDACTED] dahin abschließend festgelegt, daß diese die Restrate von 355.153,10 DM an die Klägerin nach Erhalt eines ordnungsgemäß unterschriebenen Abnahmeprotokolls der Firma Fa [REDACTED], in dem enthalten sei, daß die Anlage funktioniere, zu zahlen habe. Laut den zwischen der Firma S [REDACTED] und der Klägerin vereinbarten Zahlungsbedingungen sei die

Restrate von 20 % des Auftragswertes in den ersten vier Monaten nach der Lieferung nach Vorlage eines Abnahmeprotokolls zu entrichten. Erst nach Ablauf von vier Monaten sei die Zahlungsverpflichtung der Firma S[REDACTED] hinsichtlich der Restrate unabhängig von einem Abnahmeprotokoll. Entsprechend den vertraglichen Absprachen der Klägerin mit der Firma S[REDACTED] habe die Beklagte in der Präambel und im letzten Absatz der Bürgschaftsurkunde ihre endgültige Bürgschaftsverpflichtung (materieller Bürgschaftsfall) inhaltlich und zeitlich darauf beschränkt, daß die Klägerin in den ersten vier Monaten nach der Lieferung ein Abnahmeprotokoll vorlege. Da die letzte Lieferung der Klägerin am 15. Januar 1987 erfolgt sei, ergebe sich zweifelsfrei, daß die Forderung der Klägerin gegen die Firma S[REDACTED] ab 16. Mai 1987 durch die Bürgschaft nicht gesichert sei. Es komme mithin nicht darauf an, ob der Anspruch der Klägerin gegen die Firma S[REDACTED] ab 16. Mai 1987 uneingeschränkt fällig geworden sei. Ein endgültiges Abnahmeprotokoll liege nicht vor. Das Protokoll vom 28. April 1988 stelle nur ein vorläufiges, bedingtes Protokoll dar, in dem es ausdrücklich heiße, daß die gesamte und endgültige Übernahme die zufriedenstellende Erfüllung der im einzelnen angeführten Bedingungen (Mängelbeseitigung) voraussetze. Insbesondere bestätige das Protokoll nicht das Funktionieren der Anlage. Daraus folge, daß die Mitteilung der Klägerin vom 15. Mai 1987, die Firma Schirp sei ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen, wahrheitswidrig gewesen sei. Die Firma S[REDACTED] sei mangels eines endgültigen Abnahmeprotokolls zu jener Zeit nicht zur Zahlung der Restrate verpflichtet gewesen. Daß nur ein vorläufiges

Protokoll vorgelegen habe, sei der Klägerin bekannt gewesen. Diese handele rechtsmißbräuchlich, wenn sie trotz offensichtlichen Nichteintritts des materiellen Bürgschaftsfalls ihr formelles Recht aufgrund der vorläufigen Zahlungszusage der Beklagten durchsetzen wolle.

b) Diese Erwägungen reichen nicht aus, das begründete Verlangen der Klägerin auf vorläufige Zahlung als einen für jedermann klar ersichtlichen Rechtsmißbrauch zu werten.

aa) Wie sich aus dem Wortlaut der Urkunde vom 23. Januar 1987 eindeutig ergibt und das Berufungsgericht auch nicht verkennt, hat sich die Beklagte für den Anspruch der Klägerin gegen die Firma S [REDACTED] auf Zahlung der restlichen Vergütung von 355.153,10 DM verbürgt. Bedenken begegnet aber bereits, daß das Berufungsgericht diesen Anspruch in zwei Zeitperioden (bis zum 15. Mai 1987 und nach dem 15. Mai 1987) aufteilt und dann wie zwei voneinander verschiedene Ansprüche beurteilt, von denen nur der eine verbürgt sei. Die endgültige Pflicht der Firma S [REDACTED], die 355.153,10 DM zu zahlen, hängt davon ab, ob der Anspruch auf die restliche Vergütung entstanden und fällig geworden oder ob er wegen Gewährleistungsansprüchen der Firma S [REDACTED] ganz oder teilweise untergegangen ist. Das Berufungsgericht trifft keine Feststellungen, aus denen sich ergibt, der Restanspruch auf die Vergütung sei nicht begründet; es geht vielmehr davon aus, daß er entstanden und seit Ablauf des 15. Mai 1987 fällig ist. Tatsachen, aus denen sich Gewährleistungsansprüche der Firma Schirp ergeben könnten, werden

nicht erörtert; insbesondere ist die Behauptung der Klägerin, entsprechend dem mit der Firma S [REDACTED] geschlossenen Vertrag geliefert zu haben, so daß sie etwaige Mängel nicht vertreten müsse, nicht widerlegt.

Von dieser tatsächlichen Grundlage aus könnte ein offensichtlicher Rechtsmißbrauch nur dann bejaht werden, wenn aus der Bürgschaftsurkunde für jedermann klare Bedingungen erkennbar wären, bei deren Vorliegen - trotz Fälligkeit der Hauptschuld und unbeschadet der vorläufigen Zahlungspflicht - die Bürgschaftsschuld der Beklagten nicht entstehen sollte, und wenn der tatsächliche Eintritt dieser Bedingungen auch offensichtlich wäre.

bb) Daran fehlt es. Die Fassung des Bürgschaftsvertrags ergibt nicht, daß ein Anspruch aus der Bürgschaft nicht besteht. Ein solcher Anspruch könnte allenfalls dann ohne weitere Prüfung verneint werden, wenn die Bürgschaftsverpflichtung der Beklagten - anders als der Anspruch auf die restliche Vergütung in der Urkunde vom 31. Januar 1987 - eindeutig allein davon abhängig gemacht worden wäre, daß die Klägerin ein endgültiges Abnahmeprotokoll vorlegt, in dem eine mit der Klägerin nicht vertraglich verbundene Dritte, die Firma Fa [REDACTED], das Funktionieren der Anlage bestätigt. Eine dahingehende Auslegung der Urkunde ist nicht zwingend und schon gar nicht offensichtlich, wie die Revision mit Recht rügt. Es ist mehr als zweifelhaft, daß die Präambel der Bürgschaftsurkunde für das Entstehen der Bürgschaftsschuld andere Kriterien einführt, als der zwischen der Klägerin und der Hauptschuldnerin, der Firma S [REDACTED], geschlossene Werkvertrag für das Entstehen und die Fälligkeit des Anspruchs auf die restlichen 20 % der Vergütung vorsieht.

Diese ist "nach Abnahmeprotokoll, jedoch spätestens vier Monate nach Lieferung der Anlage" fällig. Dementsprechend geht auch das Berufungsgericht davon aus, daß die restliche Vergütung von 311.537,80 DM zuzüglich 14 % Mehrwertsteuer in Höhe von 43.615,30 DM vier Monate nach der am 15. Januar 1987 beendeten Lieferung, mithin gemäß § 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf des 15. Mai 1987 auch ohne Abnahme fällig geworden ist. Daß die Beklagte für die fällig gewordene Hauptschuld, die dem Bürgschaftsbetrag genau entspricht, nicht einzustehen habe, entnimmt das Berufungsgericht allein dem letzten Absatz der Bürgschaftsurkunde. Die dort vereinbarte Regelung, daß die Bürgschaft spätestens am 15. Mai 1987 erlösche, wenn und soweit der Beklagten nicht spätestens an diesem Tage eine Inanspruchnahme vorliege, hat das Berufungsgericht jedoch nicht rechtlich eingeordnet und deshalb ihre Tragweite nicht zutreffend beurteilt:

(1) Es erörtert nicht, daß hier offensichtlich eine bis 15. Mai 1987 befristete Zeitbürgschaft vorliegt. Diese weicht nur insoweit von der gesetzlichen Regelung des § 777 BGB ab, als eine unverzügliche Inanspruchnahme nach dem 15. Mai 1987 nicht genügte; sie mußte vielmehr entgegen § 777 Abs. 1 Satz 2 BGB bis zum angegebenen Endtermin erklärt werden, um das Erlöschen der Bürgschaftsverpflichtung zu verhindern (vgl. BGHZ 99, 288, 290). Diese Voraussetzungen liegen hier unstreitig vor; die Klägerin hat die Beklagte vor dem Erlöschen der Bürgschaft noch am 15. Mai 1987 in Anspruch genommen. Eine solche fristgerechte Anzeige der Gläubigerin erhält ihr allerdings die Rechte aus der Bürgschaft grundsätzlich nur, wenn die Fälligkeit der

Hauptschuld innerhalb der Bürgschaftszeit eingetreten ist (BGHZ 91, 349). In dieser Entscheidung ist offengeblieben, ob eine Ausnahme von diesem Grundsatz zu machen ist, wenn im Zeitpunkt der Anzeige die Fälligkeit der Hauptschuld und der Ablauf der Bürgschaftszeit unmittelbar bevorstehen und die Nichterfüllung durch den Hauptschuldner abzusehen ist. Von einem solchen Sachverhalt mußte der Tatrichter hier ausgehen. Der Anspruch gegen die Hauptschuldnerin war mit Ablauf des Tages fällig geworden, an dem die Klägerin die Beklagte in Anspruch genommen hatte, weil sie mit einer fristgerechten Erfüllung durch die Hauptschuldnerin nicht rechnen konnte, wie die weitere unstreitige Entwicklung gezeigt hat. Schon weil das Bestehen der Bürgschaftsschuld von der Entscheidung über diese offene, vom Bundesgerichtshof noch nicht geklärte Rechtsfrage abhängen konnte, durfte das Begehren der Klägerin, vor Austragung dieses Streits zu zahlen, nicht als rechtsmißbräuchlich beurteilt werden.

(2) Darüber hinaus hat der erkennende Senat nach der Begründung der Revision entschieden (Urt. v. 21. März 1989 - IX ZR 82/88, ZIP 1989, 627), daß es jedenfalls dann geboten ist, dem Gläubiger, der rechtzeitig die Inanspruchnahme angezeigt hat, die Rechte aus der Bürgschaft zu erhalten, wenn die Fälligkeit der Hauptschuld mit dem Ende der Bürgschaftszeit zusammenfällt. Diese Auslegung verstößt weder gegen den Zweck des § 777 BGB noch bedeutet sie für den Zeitbürgen eine unzumutbare Belastung. Der Zeitbürge soll bei Ablauf der Bürgschaftszeit Gewißheit haben, ob er frei geworden ist oder ob er haftet. Diese Gewißheit tritt bei einer rechtzeitigen Anzeige der Inanspruchnahme auch

dann ein, wenn die Hauptforderung erst mit dem Ende der Bürgschaftszeit fällig wird. Weiterhin soll der Zeitbürge nicht über die bestimmte Zeit für eine Forderung haften, die noch nicht fällig ist. Das trifft nicht zu, wenn die Hauptforderung mit Ablauf der Bürgschaftszeit fällig wird. Schließlich hat der Zeitbürge ein berechtigtes Interesse daran, im Fall seiner Inanspruchnahme möglichst schnell bei dem Hauptschuldner Rückgriff nehmen zu können, wenn er ihm nicht länger Kredit gewähren will (BGH aaO).

Schutzwürdige Interessen der Beklagten werden nicht verletzt. Wenn der Gläubiger von der Bank seines Schuldners eine Bürgschaft erhält, deren Befristung mit dem Termin zusammenfällt, in dem die verbürgte Forderung spätestens fällig wird, so darf er grundsätzlich darauf vertrauen, ein taugliches Sicherungsmittel in die Hand zu bekommen. Es ist davon auszugehen, daß dies auch dem Willen der Bank entspricht, deren redliches Verhalten im Avalgeschäft angenommen werden muß. Das gilt im besonderem Maße für die Bürgschaft auf erstes Anfordern, die dem Gläubiger eine dem Bardepot vergleichbare Sicherheit geben soll. Hier bestand allerdings die Möglichkeit, daß die Restschuld der Firma S [REDACTED] schon vor dem Ablauf des 15. Mai 1987 fällig wurde, nämlich wenn die Firma Fa [REDACTED] vor jenem Zeitpunkt ein Abnahmeprotokoll erstellte. Das kann aber nicht entscheidend sein, weil die Klägerin gerade auch bei vertragsgemäßer mangelfreier Lieferung des bestellten Werkes gegen die Firma Fabricon, zu der keine vertraglichen Beziehungen bestanden, keinen Anspruch auf Fertigung eines Abnahmeprotokolls hatte. Sie konnte deshalb eine Fälligkeit vor dem 15. Mai 1987

allenfalls in einem Prozeß gegen die Firma S[REDACTED] dann durchsetzen, wenn sie ein treuwidriges Zusammenspiel (Kollusion) der Firmen Fa[REDACTED] und S[REDACTED] rechtzeitig hätte beweisen können. Diese aussichtslose Rechtsverfolgung war der Klägerin nicht zuzumuten.

cc) Selbst die vom Berufungsgericht geforderten tatsächlichen Voraussetzungen für eine vorzeitige Fälligkeit können vorliegen; ihr Fehlen ist nicht für jedermann klar ersichtlich. Die Abreden zwischen Auftragnehmerin und Auftraggeberin machen die Fälligkeit des restlichen Vergütungsanspruchs vor Ablauf des 15. Mai 1987 lediglich von einem Abnahmeprotokoll der Firma Fa[REDACTED] ohne weitere Kriterien abhängig, während die Präambel der Bürgschaft ein von der Firma Fa[REDACTED] ordnungsgemäß unterschriebenes Abnahmeprotokoll erwähnt, in dem enthalten ist, daß die Anlage funktioniert. Ein von der Firma Fa[REDACTED] am 28. April 1987 ordnungsgemäß unterzeichnetes Abnahmeprotokoll liegt vor. Es bestätigt zwar nicht ausdrücklich das Funktionieren der Anlage, es läßt jedoch erkennen, daß sie produziert, wenn auch eine endgültige Abnahme von den in der Anlage bezeichneten Bedingungen abhängig gemacht wird. Selbst aus dem von der Beklagten vorgelegten Gutachten vom 3. August 1987 ergibt sich, daß die Anlage in Funktion ist, obwohl eine bessere Aushärtung der produzierten Dämmatten durch Verbesserung der Belüftung des Mattenvlieses anzustreben sei. Dagegen behauptet die Klägerin, vertragsgemäß und mangelfrei geliefert zu

haben; etwaige doch hervorgetretene Mängel seien von ihr nicht zu vertreten. Danach kann das Werk der Klägerin zwar den Anforderungen des Auftrags der Firma S[REDACTED], nicht aber den Vorgaben der Firma Fabricon gegenüber der Firma S[REDACTED] entsprechen oder Mängel aufweisen, die allein von der Firma Fabricon oder der Firma S[REDACTED] verursacht worden sind. Bei diesem Sachstand fehlt die tatsächliche Grundlage für die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin wahrheitswidrig mitgeteilt habe, die Firma S[REDACTED] sei ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen.

4) Nach alledem hätte die Beklagte auf die Anforderung der Klägerin zahlen müssen. Der Streit über Grund und Höhe der Bürgschaftsschuld ist im Rückforderungsprozeß auszutragen. In diesem können etwaige Gewährleistungsansprüche der Firma S[REDACTED] geltend gemacht werden. Der Hauptanspruch ist mithin in voller Höhe nebst 5 % Zinsen seit 1. Juni 1987 (§§ 352 Abs. 1 Satz 1, 353 Satz 1 HGB) zuzuerkennen.

Merz

Henkel

Fuchs

Gärtner

Winter