

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 44/89

Verkündet am:
15. März 1990
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

s [REDACTED]-a [REDACTED] i [REDACTED] b [REDACTED] S.A.,
vertreten durch den Vorstand, Claude B [REDACTED],
Jean-Michel C [REDACTED], Daniel B [REDACTED] und Jean-Marie De C [REDACTED],
Avenue des C [REDACTED] [REDACTED], B [REDACTED]/Belgien,

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

O [REDACTED] I [REDACTED] bank AG,
vertreten durch die Vorstandsmitglieder Dr. Hubert F [REDACTED],
Hermann C [REDACTED], Hans-Henning L [REDACTED] und
Wolf-Jürgen T [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED], O [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

WII

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. März 1990 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Fuchs, Prof. Dr. Walchshöfer, Dr. Kreft und Kirchhof

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 10. Januar 1989 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 329.003,01 DM nebst 5 % Zinsen abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin beauftragte mit Schreiben vom 16. und 27. Dezember 1983 die Firma B[REDACTED] GmbH in H[REDACTED] (im folgenden: Firma B[REDACTED]) mit der

Herstellung und Lieferung von Rohrleitungen sowie Filtern spätestens bis 15. Juni bzw. 15. August 1984. Für den Fall der nicht fristgerechten Montage war eine Vertragsstrafe wie folgt vorgesehen:

- 5.1 a) Beginn der Montage: ...
b) Ende der Montage: 15.6.1984.
- 5.2 Im Falle der Nichteinhaltung der vertraglichen Frist von 5.1 b) findet eine Vertragsstrafe von 2 % pro Kalenderwoche des Verzuges Anwendung, auch wenn die Woche nur begonnen ist, und zwar bezogen auf den gesamten Auftragswert. Der Gesamtbetrag der Vertragsstrafen kann nicht 10 % des Gesamtwertes des Auftrages überschreiten.

...

- 5.4 Im Fall der Änderung einer der vertraglichen Fristen wird Ihnen A. I. schriftlich dies mitteilen. Diese Frist würde dann automatisch Vertragsfrist. Die Punkte 5.2 und 5.3 finden dann ebenfalls Anwendung.

Am 25. September 1984 legten die Vertragsteile gemäß einem gemeinsamen Protokoll auf der Baustelle die noch auszuführenden Arbeiten mit Fristen nach den Wochen des Jahres fest.

Als die Firma B. im Jahre 1984 in Zahlungsschwierigkeiten geriet, bezahlte die Rechtsvorgängerin der Klägerin deren Rechnungen ohne Einbehalt im voraus, um die Durchführung der Arbeiten zu fördern. Als Sicherheit übernahm die Beklagte Bankanzahlungsbürgschaften über 50.000 DM und 100.000 DM. Ferner ging sie gegenüber der Rechtsvorgängerin der Klägerin eine Gewährleistungsbürgschaft vom 12. Oktober 1984 "für die vertragsgemäße Durchführung der der Firma



B [REDACTED] ... übertragenen Leistungen und die Erfüllung der von ihr übernommenen Gewährleistung ... bis zum Betrage von DM 580.000,-" ein.

Am 10. Dezember 1984 wurde über das Vermögen der Firma B [REDACTED] das Konkursverfahren eröffnet. Der Konkursverwalter lehnte mit Schreiben vom 25. Januar 1985 eine Fortführung der Arbeiten ab.

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus den drei Bürgschaften in Höhe von zusammen 730.000 DM in Anspruch. Sie behauptet, die Firma B [REDACTED] habe einen Teil der Arbeiten nicht, einen weiteren Teil mangelhaft ausgeführt. Die Klage hatte in erster Instanz im Hauptanspruch in voller Höhe von 734.690 DM (einschließlich vorprozessualer Mahnkosten) Erfolg. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen, soweit Forderungen von mehr als 394.059,42 DM geltend gemacht werden. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Bürgschaftsanspruch in Höhe von 329.003,01 DM nebst Zinsen weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, die von der Beklagten übernommene Gewährleistungsbürgschaft sichere nicht eine von der Firma B [REDACTED] verwirkte Vertragsstrafe von

329.000 DM. Zur Begründung hat es ausgeführt: Zwar sei die Vertragsstrafe wirksam vereinbart und zunächst auch verwirkt worden. Die Bürgschaftsurkunde ergebe aber keine Anhaltspunkte dafür, daß auch dieses erweiterte Risiko abgedeckt sein solle. Denn die Beklagte habe sich nur in Höhe des in den Aufträgen vom 16. und 27. Dezember 1983 vorgesehenen 15 %-igen Sicherheitseinbehalts verbürgt. Eine Erstreckung auf Vertragsstrafen hätte ausdrücklich vereinbart werden müssen.

2. Diese Würdigung verletzt, wie die Revision mit Recht rügt, allgemeine Auslegungsgrundsätze. Sie läßt den Erklärungswordlaut außer acht und erhebt stattdessen den bloßen Anlaß für die Bürgschaftsübernahme sowie einen Beweggrund für die Berechnung der Bürgschaftshöhe zu Unrecht zum Vertragsinhalt. Das Revisionsgericht kann hier deshalb den Bürgschaftsvertrag selbst auslegen, nachdem der Sachverhalt insoweit hinreichend geklärt ist (vgl. BGH, Urt. v.

25. Mai 1970 - VIII ZR 253/68, WM 1970, 877, 878; Urt. v.

2. Mai 1974 - II ZR 153/72, WM 1974, 630, 631; Urt. v.

23. September 1983 - V ZR 147/82, WM 1983, 1360, 1361; Urt.

v. 20. Dezember 1983 - VI ZR 19/82, NJW 1984, 1346, 1347).

Für die Auslegung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung ist nach §§ 133, 157 BGB maßgebend, wie diese vom Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben sowie der Verkehrsauffassung verstanden werden mußte. Zu berücksichtigen sind daher nur solche Umstände, die dem Empfänger bei Zugang der Willenserklärung erkennbar waren (BGH, Urt. v. 24. Juni 1988 - V ZR 49/87, BGHR BGB § 133 Erklärungswert 1). Das

gilt hier erst recht, weil die Bürgschaftserklärung von der beklagten Bank selbst entworfen wurde und für die im Ausland ansässige Klägerin bestimmt war. Der Gegenstand der Bürgschaft ist in der Urkunde umschrieben als "die vertragsgemäße Durchführung der ... Leistungen und die Erfüllung der ... übernommenen Gewährleistung". Eine Bürgschaft für die Ausführung aller in einem Bauvertrag übernommenen Verpflichtungen des Hauptschuldners umfaßt auch einen Anspruch des Gläubigers auf eine Vertragsstrafe, wenn der Hauptschuldner sich nicht nur zur Durchführung bestimmter Bauarbeiten, sondern auch zur Einhaltung fester Termine unter Versprechen einer Vertragsstrafe bei deren Nichteinhaltung verpflichtet hatte (BGH, Urt. v. 7. Juni 1982 - VIII ZR 154/81, WM 1982, 845 f). Denn in diesem Falle erleichtert die Vertragsstrafe dem Werkbesteller gemäß §§ 339 Satz 1, 341 Abs. 1 und 2 BGB die Durchsetzung seiner Ansprüche aus der nicht vertragsgemäßen, nämlich nicht fristgerechten Erfüllung. Diese Sanktion für die nicht ordnungsgemäße Erfüllung gehört zum verbürgten Risiko, das der Bürge von vornherein in Betracht ziehen muß. Einschränkungen enthielt die Bürgschaftserklärung nur hinsichtlich der Höhe der Bürgschaftsforderung (580.000 DM in Geld), der Einrede der Vorausklage, des Erlöschens und der Möglichkeit der befreienden Hinterlegung. Die der Firma Barlage auferlegte Sicherheitsleistung hingegen ist lediglich im Vorspann, vor der eigentlichen Bürgen-erklärung (§ 766 Satz 1 BGB), erwähnt. Diese nimmt in ihrem Wortlaut darauf keinen Bezug; allein die Bürgschaftssumme stimmt mit der Höhe der Sicherheitsleistung überein. Weitere Anhaltspunkte für eine Einschränkung der Bürgschaftserklärung über ihren eindeutigen Wortlaut hinaus sind weder vorgetragen noch festgestellt. Die Klägerin durfte sich von

Rechts wegen bei ihrer Entscheidung, weitere Zahlungen an die Firma B [REDACTED] zu leisten, auf den Wortlaut der Bürgschaftserklärung verlassen. Wenn demgegenüber das Berufungsgericht Anhaltspunkte für eine "erweiternde Auslegung" vermißt, so bedurfte es einer solchen gar nicht. Andererseits stellt das Berufungsgericht keine Ansatzpunkte für eine einschränkende Auslegung im Vergleich mit dem gewöhnlichen Inhalt einer Vertragserfüllungsbürgschaft fest. Deshalb ist dieser der Entscheidung zugrunde zu legen.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben.

3. Der Senat kann in der Sache selbst nicht entscheiden, weil noch tatsächliche Feststellungen erforderlich sind.

a) Die Rechtsvorgängerin der Klägerin und die Firma B [REDACTED] hatten jeweils unter Nr. 5.2 der Verträge vom 16. und 27. Dezember 1983 für den Fall des Leistungsverzugs der Unternehmerin eine Vertragsstrafe von 2 % des Auftragswertes für jede angefangene Kalenderwoche - höchstens bis 10 % des Auftragswertes - vereinbart; daß die beiden Schreiben vom 16. und 27. Dezember 1983 den Vertragsinhalt insoweit zutreffend wiedergeben, hat die Beklagte ausdrücklich nicht bestritten (S. 3 der Sitzungsniederschrift des Landgerichts vom 1. April 1987 unter 3). Auf die von der Beklagten aufgeworfene Frage, ob die Klausel gegen die §§ 9, 24 Satz 2 AGBG verstößt, kommt es schon deswegen nicht entscheidend an, weil die Beklagte nicht dargetan hat, daß die bis ins einzelne gehenden Regelungen zur wiederholten Verwendung bestimmt waren (§ 1 Abs. 1 AGBG).

Allerdings waren die in Nr. 5.1 Buchst. b beziehungsweise d genannten, durch Vertragsstrafe gesicherten Fristen für die Beendigung der Montage - 15. Juni und 15. August 1984 - schon abgelaufen, als die Beklagte die Bürgschaft übernahm. Das Berufungsgericht wird prüfen müssen, ob die Vertragserfüllungsbürgschaft der Beklagten absprachegemäß auch bereits bestehende Vertragsstrafenansprüche wegen verzögerter Erfüllung in der Vergangenheit erfassen sollte.

b) Falls dies zu verneinen ist, wird das Berufungsgericht zu untersuchen haben, ob die Firma B [REDACTED] die Vertragsstrafe in der Zeit nach dem 12. Oktober 1984, also nach Übernahme der Bürgschaft durch die Beklagte, verwirkt hat. Das läßt sich nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand gemäß Nr. 5.4 der beiden Verträge nicht ausschließen.

In der gemeinsamen Besprechung auf der Baustelle am 25. September 1984 hatten die Rechtsvorgängerin der Klägerin und die Firma B [REDACTED] einvernehmlich das Ende der Montage - entsprechend Nr. 5.1 Buchst. b des Vertrages vom 16. Dezember 1983 und Nr. 5.1 Buchst. d desjenigen vom 27. Dezember 1983 - auf die 45. Woche des Jahres 1984 festgelegt; lediglich der obere Teil der Filter konnte noch in der 46. Woche angestrichen werden. Die Frist war eindeutig und verbindlich, zumal sie an die Stelle der im Verträge selbst bestimmten getreten war. Daran ändert es nichts, wenn die Rechtsvorgängerin der Klägerin es noch später - als weitere Verzögerungen eingetreten waren - in der Beschreibung der Baustellensituation vom 12. Dezember 1984 nur als "wünschenswert" bezeichnete, die Arbeiten bis zum Jahresende zu

beenden, und wenn sie weiter die Absicht der Firma B. [REDACTED] zur Kenntnis nahm, die restlichen Arbeiten stattdessen ab 7. Januar 1985 auszuführen. Denn soll die angedrohte Vertragsstrafe ihren Zweck erfüllen, so muß es dem Gläubiger gestattet sein, das spätere Verhalten des Schuldners auch auf eine längere Zeit zu beobachten; ein Entgegenkommen des Gläubigers, der seinem Schuldner Zeit läßt, zu einem vertragstreuen Verhalten zurückzukehren, darf nicht zum Nachteil des Gläubigers herangezogen werden (BGH, Urt. v. 7. März 1966 - VII ZR 274/63, BB 1966, 427).

Unter Nr. 5.4 Satz 2 in Verbindung mit Nr. 5.2 und 5.3 der ursprünglichen Verträge hatten die Vertragsteile ausdrücklich vereinbart, daß die neuen Fristen ebenfalls strafbewehrt sein sollten. Da die Wochenfristen kalendermäßig bestimmt waren, geriet die Firma B. [REDACTED] im Falle der verspäteten Montage ohne weiteres in Verzug (§ 284 Abs. 2 Satz 1 BGB). Einen etwaigen Anspruch auf die Vertragsstrafe hätte die Rechtsvorgängerin der Klägerin auch nicht gemäß § 341 Abs. 3 BGB verloren, weil sie das einheitlich herzustellende Werk nicht von der Firma B. [REDACTED] abgenommen hat.

Aufgrund des derzeitigen Sach- und Streitstandes erscheint es ferner nicht ausgeschlossen, daß die Vertragsstrafe noch nach dem 25. September 1984 - gegebenenfalls erneut - anfallen konnte, obwohl sie nach Meinung der Klägerin selbst schon wegen der früheren Verzögerungen in der höchstzulässigen Höhe verwirkt gewesen sein soll. Zum einen leugnet die Beklagte dies mit der Behauptung, die ursprünglich genannten Termine seien einverständlich geändert

worden, weil notwendige Vorgewerke noch nicht ausgeführt gewesen seien (S. 4 und 9 ihres Schriftsatzes vom 26. September 1986). Zum anderen wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob die einvernehmliche Festsetzung neuer Fristen am 25. September 1984 als stillschweigender Erlaß einer früher möglicherweise verwirkten Vertragsstrafe zu werten ist, wenn die Rechtsvorgängerin der Klägerin sich deren Geltendmachung nicht gleichzeitig vorbehielt. Endlich wird zu erwägen sein, ob nach der Fassung der ursprünglichen Verträge gemäß den Vorstellungen der Vertragsteile die Vertragsstrafe in jedem Verzugsfalle erneut verwirkt sein sollte, sogar wenn sie insgesamt nur einmal bis zum Höchstbetrage eingefordert werden durfte.

c) In jedem Falle wird das Berufungsgericht feststellen müssen, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmaß der maßgebliche Endtermin für die Montagearbeiten überschritten worden ist. Die entsprechenden Behauptungen der Klägerin hat die Beklagte insbesondere im Hinblick auf die Aufteilung nach den verschiedenen Aufträgen bestritten. Die Beklagte hatte sich nur für die Erfüllung der Aufträge vom 16. und 27. Dezember 1983 (F bzw. G) verbürgt. Das Berufungsgericht wird darauf abstellen müssen, inwieweit die Beklagte mit der Erfüllung gerade der daraus geschuldeten Leistungen in Verzug geraten ist.

d) Die Rückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, den Rechenfehler im angefochtenen Urteil um 3,01 DM (die Summe der im angefochtenen Urteil zuerkannten Forderungen ergibt 394.062,43 DM) zu berichtigen.

Merz

Fuchs

Walchshöfer

Kreft

Kirchhof