

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

EGBGB 1986 Art. 27 Abs. 1; BGB §§ 275, 339

- a) Zur konkludenten Wahl deutschen Rechts in einer Individualvereinbarung.
- b) Die Verweigerung eines behördlichen Dispenses nach Abschluß eines Vertrages, der ohne den Dispens aus wirtschaftlichen Gründen nicht durchführbar ist, ist kein Fall der anfänglichen, sondern der nachträglichen Unmöglichkeit.
- c) Vertragsparteien können individualvertraglich vereinbaren, daß eine Vertragsstrafe unabhängig von einem Verschulden verwirkt wird.

BGH, Urteil vom 28. Januar 1997 - XI ZR 42/96 - OLG Schleswig
LG Lübeck

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 42/96

Verkündet am:
28. Januar 1997
Wrede,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Januar 1997 durch den Vorsitzenden Richter Schimansky und die Richter Dr. Schramm, Nobbe, Dr. van Gelder und Dr. Ernemann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 11. Januar 1996 aufgehoben.

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

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, eine deutsche Hypothekenbank, nimmt den Beklagten, einen deutschen Diplomkaufmann, aus einem Vertragsstrafeversprechen, hilfsweise aus einer Bürgschaft in Anspruch.

Der Beklagte ist alleiniger Aktionär der C. AG, Z./Schweiz, diese alleinige Aktionärin der spanischen M. S.A. (künftig: M.). Die M., Eigentümerin einer Hotelanlage in Spanien, befand sich Ende 1989 in wirtschaftlichen Schwierigkeiten.

Der Beklagte wandte sich deshalb an die Klägerin mit der Bitte um ein Umschuldungsdarlehen über 50.000.000 DM. Dieses sollte der C. AG gewährt und von ihr als Gesellschafterdarlehen an die M. weitergereicht werden. Auf diese Weise sollte eine Befreiung der M. von der Bardepotpflicht durch die spanische Devisenkontrollbehörde erreicht werden. Das damals geltende spanische Devisenrecht sah bei der Aufnahme eines Kredits im Ausland die Hinterlegung von 30% der Valuta in einem Bardepot vor.

Am 12. Januar 1990 verpflichtete sich der Beklagte in einem "Darlehensvorvertrag", an den er vier Wochen, längstens jedoch bis zur Ablehnung der Darlehenszusage durch die Klägerin gebunden sein sollte, für den Abschluß eines notariellen Darlehensvertrages mit näher festgelegten Konditionen durch die C. AG Sorge zu tragen. Als Sicherheiten und Auszahlungsvoraussetzungen waren eine erstrangige Hypothek am Hotelgrundstück der M., eine Ergebnisgarantie sowie

eine Bank- und eine persönliche Bürgschaft des Beklagten vorgesehen. In dem Vertrag heißt es u.a.:

"Herr G. (Beklagter) verpflichtet sich für den Fall, daß es nicht zum Abschluß des Darlehensvertrages kommt oder nach Abschluß des Darlehensvertrages das Darlehen nicht abgenommen wird oder die Auszahlungsvoraussetzungen nicht erfüllt werden, R. (Klägerin) eine Vertragsstrafe von 500.000 DM zu zahlen."

Unter dem 18. Januar 1990 erklärte die Klägerin ihre grundsätzliche Bereitschaft zur Kreditgewährung, allerdings zu geänderten Bedingungen, da der Beklagte die Bankbürgschaft nicht mit dem vereinbarten, sondern nur mit anderem Inhalt beibringen konnte. Nachdem der Beklagte die im Vorvertrag festgelegte selbstschuldnerische Bürgschaft mit einer jährlichen Inanspruchnahme von maximal 1.000.000 DM für alle Ansprüche der Klägerin aus dem noch abzuschließenden Darlehensvertrag übernommen hatte, schlossen die Klägerin und die C. AG im Februar 1990 einen privatschriftlichen Darlehensvertrag über 50.000.000 DM. Voraussetzung für die Auszahlung der Darlehensvaluta ist danach neben der Eintragung der erstrangigen Hypothek u.a. der Nachweis, daß mit dem Darlehen sämtliche Verbindlichkeiten, die im Zusammenhang mit der Hotelanlage stehen, ausgeglichen werden können.

In der Folgezeit lehnte es die spanische Devisenbehörde ab, die M. von der Bardepotpflicht zu befreien. Der aus der Darlehenssumme über 50.000.000 DM danach frei verfügbare Betrag von 35.000.000 DM reichte nicht aus, die Hypothekengläubiger der M. zu befriedigen. Der Klägerin konnte eine erstrangige Hypothek daher nicht verschafft werden. Nach

erfolglosen Verhandlungen über Ersatzlösungen lehnte sie deshalb die Auszahlung des Darlehens ab.

Mit der Klage nimmt sie den Beklagten auf Zahlung eines Teilbetrages von 100.000 DM zuzüglich Zinsen aus dem Vertragsstrafeversprechen, hilfsweise aus der Bürgschaft u.a. für die im Darlehensvertrag vereinbarte Bearbeitungsgebühr von 250.000 DM in Anspruch. Der Beklagte wendet u.a. ein, die vereinbarte Vertragsstrafe sei nicht verwirkt. Er habe das Scheitern des Darlehensvertrages nicht zu vertreten. Durch die Nichtbefreiung der M. von der Bardepotpflicht sei die Geschäftsgrundlage für den Vertrag weggefallen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet; sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Abweisung der Klage im wesentlichen ausgeführt:

Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe. Auf das Rechtsverhältnis der Parteien finde deutsches Recht Anwendung. Eine entsprechende Rechtswahl hätten die Parteien, beide Inländer, in dem in Deutschland in deutscher Sprache geschlossenen Darlehensvorvertrag konkludent getroffen. Gegen dessen Wirksamkeit bestünden keine Bedenken; der Vertrag sei nicht auf Abschluß eines gesetzwidrigen Darlehensvertrages zur Umgehung spanischer Devisenbestimmungen gerichtet, sondern habe - rechtlich unbedenklich - die Bardepotpflicht vermeiden sollen. Die Bindung des Beklagten an den Vorvertrag und das darin enthaltene Vertragsstrafeversprechen sei auch nicht erloschen; die Klägerin habe die Darlehenszusage innerhalb der festgelegten Bindungsfrist des Beklagten von vier Wochen erteilt. Die ins Auge gefaßte notarielle Form sei bei Abschluß des Darlehensvertrages abbedungen worden.

Das Vertragsstrafebegehren der Klägerin scheitere aber daran, daß die Auszahlung der Valuta nach dem Darlehensvertrag auch von dem Nachweis abhängig sei, daß alle im Zusammenhang mit der Hotelanlage stehenden Altverbindlichkeiten beglichen werden könnten. Daß dieser Nachweis über den Wortlaut des Vorvertrages hinaus von Anfang an Vertragsgrundlage gewesen sei, sei den vorgelegten Urkunden nicht eindeutig zu entnehmen. Angesichts der beträchtlichen Höhe der Vertragsstrafe müsse sich der Beklagte darauf verlassen

können, daß nur die schriftlich fixierten Verwirkungsgründe zu seinen Lasten durchgriffen.

II.

Diese Begründung trägt die Abweisung der Klage nicht.

1. Soweit die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils reichen, weisen sie allerdings keinen Rechtsfehler auf.

a) Anders als der Beklagte meint, bestehen gegen die Anwendung deutschen Rechts, gegen die Wirksamkeit des Darlehensvorvertrages und gegen die Fortdauer der Bindung des Beklagten an das darin enthaltene Vertragsstrafeversprechen keine Bedenken.

aa) Die nur eingeschränkt nachprüfbare Auslegung des Vorvertrages, einer Individualvereinbarung, durch das Berufungsgericht, die Parteien hätten sich konkludent auf die Anwendung deutschen Rechts geeinigt, ist rechtsfehlerfrei. Die Umstände des Falles lassen die Annahme einer solchen Rechtswahl mit hinreichender Sicherheit zu (Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB). Bei Abschluß eines Vertrages in Deutschland zwischen im Inland ansässigen Deutschen in deutscher Sprache bestehen ausreichende Indizien für die konkludente Wahl deutschen Rechts (OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 55). Das gilt besonders, wenn der Vertrag - wie hier im Zusammenhang mit der zu stellenden Bankbürgschaft - ausdrücklich auf Bestim-

mungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs verweist. Eine Verletzung anerkannter Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze oder die Außerachtlassung wesentlichen Auslegungssstoffs durch das Berufungsgericht vermag der Beklagte nicht aufzuzeigen. Daß das Darlehen insbesondere durch eine Hypothek an einem in Spanien belegenen Grundstück gesichert werden sollte und der Vorvertrag deshalb auch die Beachtung spanischen Rechts in dem abzuschließenden Darlehensvertrag vorsah, hat das Berufungsgericht berücksichtigt.

bb) Entgegen der Ansicht des Beklagten sind der Darlehensvorvertrag und damit auch das Vertragsstrafeversprechen nicht wegen Verstoßes gegen spanische Devisenbestimmungen nichtig oder unklagbar. Abgesehen davon, daß ausländische Devisengesetze auf Verträge, die - wie hier - deutschem Recht unterliegen, nicht anzuwenden sind, ist der Vorvertrag nicht auf den Abschluß eines gesetzwidrigen Darlehensvertrages zur Umgehung spanischer Devisenvorschriften gerichtet. Auf die Unklagbarkeit von Devisenkontrakten nach dem Bretton Woods-Abkommen kann sich der Beklagte schon deshalb nicht berufen, weil Art. VIII Abschnitt II 2 (b) S. 1 IWF-Ü nur Geschäfte des laufenden Zahlungsverkehrs, nicht aber Kreditverträge im internationalen Kapitaltransfer erfaßt (BGH, Urteile vom 8. November 1993 - II ZR 216/92, WM 1994, 54, 55 f. und vom 22. Februar 1994 - XI ZR 16/93, WM 1994, 581, 582).

cc) Auch die Bindung des Beklagten an den Darlehensvorvertrag und an das darin enthaltene Vertragsstrafeversprechen steht entgegen seiner Ansicht außer Frage. Daß im Vorvertrag nur er, nicht aber die Klägerin Verpflichtungen

übernommen hat, ist für die Bindung rechtlich ohne Belang. Die Auslegung des Berufungsgerichts, durch die Vereinbarung der Bindungsfrist habe der Klägerin ein Zeitraum von vier Wochen für die Erteilung der Darlehenszusage eingeräumt werden sollen, ist nicht nur möglich, sondern angesichts der Begrenzung der Frist durch die Ablehnung der Zusage naheliegend.

Die fristgerechte Erteilung einer verbindlichen Darlehenszusage unterliegt keinem Zweifel. Die Klägerin hat das begehrte Darlehen am 18. Januar 1990 vorbehaltlich der Zustimmung der zuständigen Gremien zugesagt und den Beklagten sechs Tage später über deren positive Entscheidung unterrichtet. Daß von der im Vorvertrag in Aussicht genommenen notariellen Beurkundung des Darlehensvertrages einvernehmlich abgesehen worden ist, berührt die Bindung des Beklagten an das Vertragsstrafeversprechen nicht. Die Verfahrensrügen, die der Beklagte in diesem und im Zusammenhang mit der angeblich nicht vorhandenen Bereitschaft der Klägerin zur Vertragserfüllung erhoben hat, hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 565 a ZPO).

b) Anders als die Klägerin meint, ist auch die Auslegung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, die im Darlehensvertrag vereinbarte Erbringung des Nachweises, daß der Kredit zur Begleichung aller im Zusammenhang mit der Hotelanlage stehenden Schulden ausreiche, sei nach dem Vorvertrag nicht Voraussetzung für die Auszahlung des Kredits und damit nicht vertragsstrafebewehrt.

Die nur eingeschränkt nachprüfbare Auslegung des Vorvertrages, eines Individualvertrages, entspricht dessen Wortlaut. Der angesprochene Nachweis ist darin nicht als Auszahlungsvoraussetzung aufgeführt. Diesem Umstand kommt besondere Bedeutung zu, da der Vorvertrag eine Aufzählung der Auszahlungsvoraussetzungen enthält, die in den Darlehensvertrag aufgenommen werden durften. Daß die Auslegung des Berufungsgerichts anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denk- oder Erfahrungssätze verletzt, macht die Revision nicht geltend und ist nicht ersichtlich.

Ihre Rüge, das Berufungsgericht habe bei der Auslegung wesentliches unter Beweis gestelltes Vorbringen der Klägerin übergangen, ist unbegründet. Es kann als richtig unterstellt werden, daß der Beklagte vor Abschluß des Vorvertrages zugesagt hat, nach Erhalt der Darlehenszusage mit den ungesicherten Gläubigern einen Vergleich schließen zu können und deshalb in der Lage zu sein, mit Hilfe des Darlehens auch die 50.000.000 DM übersteigenden Altverbindlichkeiten tilgen zu können. Die Klägerin hat nämlich nicht substantiiert behauptet, daß die Nichtbeibringung des Vergleichsnachweises durch eine Vertragsstrafe sanktioniert sein sollte.

2. Die Abweisung der Klage ist aber deshalb rechtsfehlerhaft, weil das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht rügt, wesentliches Vorbringen zum Vertragsstrafebegehren der Klägerin unbeachtet gelassen und sich mit der hilfsweise geltend gemachten Klageforderung aus Bürgschaft nicht befaßt hat.

a) Nach dem Darlehensvorvertrag war vertragsstrafebe-
wehrte Voraussetzung für die Auszahlung des Darlehens des-
sen Besicherung durch eine erstrangige Hypothek auf dem Ho-
telgrundstück.

aa) Die Beschaffung der Sicherheit war Sache des Be-
klagten. Dieser Verpflichtung ist er nicht nachgekommen,
weil ihm die dafür erforderlichen Mittel nicht zur Verfü-
gung standen. Von der Darlehenssumme über 50.000.000 DM wa-
ren nach den damals geltenden spanischen Devisenvorschrif-
ten ohne Dispens von der Bardepotpflicht nur 70% frei ver-
fügbar. Diese reichten nach dem übereinstimmenden Vorbrin-
gen beider Parteien nicht aus, die durch Hypotheken auf dem
Hotelgrundstück gesicherten Gläubiger zu befriedigen. Dar-
an, nicht an dem zwar im Darlehens-, nicht aber im Vorver-
trag geforderten Nachweis, daß mit dem Darlehen über
50.000.000 DM auch alle dinglich nicht gesicherten Verbind-
lichkeiten getilgt werden konnten, ist die Durchführung des
Darlehensvertrages vor allem gescheitert.

bb) Nach der dispositiven gesetzlichen Regelung ist
die vereinbarte Vertragsstrafe verwirkt, wenn der Beklagte
die Nichterfüllung seiner Verpflichtung, der Klägerin eine
erstrangige Hypothek zu verschaffen, zu vertreten hat
(§§ 339 Satz 1, 285 BGB). Das ist, soweit nichts anderes
bestimmt ist, nur dann der Fall, wenn ihm Vorsatz oder
Fahrlässigkeit zur Last fällt (§ 276 Abs. 1 BGB). Feststel-
lungen zum Verschulden des Beklagten hat das Berufungsge-
richt nicht getroffen.

Sie waren nicht mit Rücksicht darauf entbehrlich, daß der Schuldner nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für das Bestehen seiner Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses grundsätzlich verschuldens-unabhängig haftet (BGH, Urteil vom 22. Oktober 1987 - IX ZR 175/86, WM 1987, 1516, 1518; BGH, Urteil vom 24. Juni 1988 - V ZR 49/87, WM 1988, 1599, 1600; BGH, Urteil vom 24. Juni 1993 - IX ZR 216/92, WM 1993, 1889, 1891). Ein Fall anfänglichen Unvermögens liegt nicht vor.

Bei Abschluß des Darlehensvorvertrages war der angestrebte Dispens von der Bardepotpflicht, ohne den der Beklagte zur Beschaffung der erstrangigen Hypothek wirtschaftlich nicht in der Lage war, zwar ungewiß, erschien aber möglich. Erst die spätere Ablehnung des Dispenses durch die spanische Devisenkontrollbehörde hat zur Leistungsunfähigkeit des Beklagten geführt. In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß die endgültige Versagung einer notwendigen behördlichen Genehmigung des Erfüllungsgeschäfts kein Fall der anfänglichen, sondern der nachträglichen Unmöglichkeit ist (BGHZ 37, 233, 240; BGH, Urteil vom 7. Februar 1969 - V ZR 112/65, WM 1969, 294; BGH, Urteil vom 7. Oktober 1977 - V ZR 131/75, WM 1978, 18). Für die Verweigerung eines Dispenses nach Abschluß eines Vertrages, der zur Beschaffung einer Sicherheit verpflichtet, die der Schuldner ohne den Dispens aus wirtschaftlichen Gründen nicht stellen kann, kann nichts anderes gelten.

cc) Unabhängig von einem Verschulden des Beklagten verwirkt ist die Vertragsstrafe, wenn die Parteien eine entsprechende Regelung getroffen haben. Eine solche Verein-

barung, die der Vertragsstrafe eine garantieähnliche Funktion gibt, ist individualvertraglich möglich (BGHZ 72, 174, 178; 82, 398, 402; BGH, Urteil vom 29. Juni 1972 - II ZR 101/70, WM 1972, 1277, 1279). Dafür könnte sprechen, daß auch bei Stückbeschaffungsschulden jeder grundsätzlich für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat (vgl. Soergel/Wiedemann, BGB 12. Aufl. § 279 Rdn. 12).

Ein Fall verschuldensunabhängiger Haftung ist hier nach dem Vorbringen der Klägerin unter Berücksichtigung des von der Revision herausgestellten Umstands, daß die Verwendbarkeit eines Darlehens grundsätzlich in den Risikobereich des Darlehensnehmers fällt (BGH, Urteil vom 12. März 1991 - XI ZR 190/90, WM 1991, 760, 761 m.w.Nachw.), gegeben. Die Klägerin hat unter Beweisantritt behauptet, den Beklagten darauf hingewiesen zu haben, auf Befreiung von Gesellschafterdarlehen von der Bardepotpflicht bestehe in Spanien kein gesetzlicher Anspruch, der Beklagte trage allein das Risiko, wenn der Darlehensvertrag mangels Dispenses von der Bardepotpflicht nicht durchgeführt werden könne. Der Beklagte hat demgegenüber unter Beweisantritt vorgetragen, er habe eine Garantie für die Befreiung von der Bardepotpflicht nicht übernommen, der Darlehensvorvertrag sei nur mit Rücksicht auf die Erklärung der Klägerin geschlossen worden, nach ihren Erfahrungen würden Gesellschafterdarlehen von der spanischen Devisenbehörde üblicherweise von der Bardepotpflicht befreit. Feststellungen zum Vorbringen der Parteien in diesem Punkt hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

b) Zu beanstanden ist ferner, daß das Berufungsgericht nach Ablehnung der Vertragsstrafeforderung auf den hilfsweise geltend gemachten Anspruch der Klägerin nicht eingegangen ist (§ 551 Nr. 7 ZPO). Diese hat ihre Klage mit Schriftsätzen vom 29. Januar und 28. August 1992 unmißverständlich hilfsweise auf die selbstschuldnerische Bürgschaft gestützt, die der Beklagte für alle Ansprüche der Klägerin aus dem Darlehensvertrag übernommen hat. Die Bürgschaft umfaßt insbesondere die vereinbarten Bearbeitungskosten von 250.000 DM und etwa angefallene Bereitstellungszinsen.

III.

Das Berufungsurteil war deshalb aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Zur Entscheidung in der Sache selbst ist der Senat entgegen der Ansicht der Revision nicht in der Lage, da das Berufungsgericht, wie dargelegt, insbesondere zur Verwirkung der in erster Linie geforderten Vertragsstrafe ausreichende Feststellungen nicht getroffen hat.

Schimansky

Dr. Schramm

Nobbe

Dr. van Gelder

Dr. Ernemann