
Datum: 23.05.2000
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 19/00
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2000:0523.24U19.00.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 23 O 166/99

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 26. November 1999 verkündete Urteil der 23. Zivilkammer des Landgerichts Münster abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 35.000,00 DM abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Beiden Parteien wird gestattet, eine Sicherheitsleistung auch durch die Bürgschaft einer Großbank, Sparkasse oder Genossenschaftsbank zu erbringen.

Das Urteil beschwert die Klägerin um mehr als 60.000,00 DM.

Tatbestand	1
Die Klägerin nimmt die Beklagte aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern in Anspruch.	2
Die Klägerin befaßt sich mit der Erstellung des Bauprojekts C S-Straße, eines Wohn- und Geschäftshauses mit Seniorenzentrum.	3
Am 11.12.1996 schlossen die Klägerin und die Fa. P GmbH & Co., Hoch- und Tiefbau einen Generalunternehmervertrag zur Errichtung des genannten Objekts.	4
Nach § 3 des Generalunternehmervertrages war die Fa. P als Generalunternehmerin (GU) zur funktionsgerechten, schlüsselfertigen, mangelfreien und nicht die Nutzung einschränkenden Erstellung der Gebäude verpflichtet. Als Pauschalpreis wurde - nach Nachverhandlungen am 04.03.1997 - ein Betrag in Höhe von 21.848.850,00 DM vereinbart.	5
Vereinbarungen über die Fertigstellung, Termine und eine Vertragsstrafe trafen die Vertragsparteien unter § 9 des Vertrages vom 11.12.1996:	6
"1. Der GU steht dem Auftraggeber dafür ein, daß unverzüglich nach der Fertigstellung der Rohbauarbeiten für die Erdgeschosse jeweils die Grenzatteste des Vermessungsamtes vorgelegt werden. Die Vorlage hat durch den GU zu erfolgen; die Vermessungskosten trägt der Auftraggeber.	7
Der GU steht dem Auftraggeber dafür ein, daß für die von ihm nach diesem Vertrag zu erstellenden Baulichkeiten spätestens bis zum 01.11.1997 bzgl. Gewerbeflächen EG sowie KG und bis zum 15.12.1997 bzgl. aller anderen Flächen die behördliche Gebrauchsabnahme erfolgen kann (sogenannte "praktische" Gebrauchsabnahme).	8
Die schlüsselfertige, mängelfreie (d.h. hier: ohne die Benutzung beeinträchtigende Mängel) Übergabe der vom GU zu erbringenden Leistungen an den Auftraggeber hat der GU bis spätestens 23.12.1997 sicherzustellen bzw. zu erfolgen.	9
Für die Fertigstellung der Außenanlage gilt der 01.12.1997 als vereinbart, ohne Bepflanzung.	10
Baubeginn: 3. Dezemberwoche 1996	11
Rohbaufertigstellung: 30.07.1997	12
Fertigstellung Rohinstallation und Innenputz: 25.08.1997	13
Fertigstellung Schreiner-, Glasarbeiten ohne Türblätter: 27.10.1997	14
Fertigstellung SB-Laden: 01.11.1997	15
Begrünung in der ersten möglichen Pflanzzeit nach Gebäudefertigstellung ...	16
2. Überschreitet der GU die im Abs. 1 vereinbarten Termine – 23.12.1997 Fertigstellung sowie Gebrauchsabnahme 15.12.1997, die hiermit ausdrücklich als vereinbart gelten – so wird eine Vertragsstrafe in Höhe von 55.000 DM/je Kalendertag Überschreitung von der Gesamtauftragssumme (netto) fällig; ebenso ist Schadensersatz an den AG zu entrichten. Die Höchstgrenze der Vertragsstrafe ist auf 2.200.000,00 DM begrenzt. ...	17
...	18
	19

4. Bei einer Überschreitung der in diesem Paragraphen genannten Termine und Fristen gilt als darüber hinaus zu ersetzender Verzugsschaden der dem Auftraggeber durch die termin- bzw. Fristüberschreitung entstandene nachgewiesene Schaden; so kann unter anderem bei dem Auftraggeber Schadensersatzleistungen nach BGB § 286 entstehen. Vertragsstrafe wird auf Schadensersatz angerechnet.	
...	20
7. Der GU ist verpflichtet, dem Auftraggeber die Vertragserfüllung- und Fertigstellungsbürgschaft einer deutschen Großbank oder Sparkasse oder eines vom AG zu akzeptierenden Kreditversicherers zu übergeben, in der die fristgerechte Erfüllung der nach diesem Vertrag von dem GU zu erbringenden Leistungen verbürgt wird, wobei der Betrag, bis zu dem die Bank haftet, DM 3,5 Mio. betragen muß; die Leistungsgarantie der Bank muß vorsehen, daß Zahlung fällig wird auf erste Anforderung des Auftraggebers, sofern der GU den Auftrag nicht ausführen kann oder mit mehr als 30 Kalendertagen im Rückstand gegenüber dem Bauzeitenplan steht oder aber die Termine gem. Abs. 1 nicht einhält. Die Bürgschaftsverpflichtung ist einredefrei, ohne Auflagen und ohne Hinterlegung auszustellen."	21
Wegen der weiteren Einzelheiten des Generalunternehmervertrages wird auf Bl. 29 bis 44 der Gerichtsakte verwiesen.	22
Die Generalunternehmerin stellte der Klägerin gem. § 9 Ziff. 7 des Vertrages die Vertragserfüllungsbürgschaft der Beklagten Nr. 4068 vom 14.02.1997. Diese sah vor, daß die Beklagte die Zahlung aus der Bürgschaft auf erste Anforderung der Klägerin zu leisten hatte. Die Beklagte verbürgte sich gegenüber der Klägerin "selbstschuldnerisch – und zwar unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtbarkeit, Aufrechenbarkeit und Voraussklage gem. §§ 770, 771 BGB – bis zum Höchstbetrag von DM 3.500.000,00 (i.W.: Deutsche Mark Drei Millionen fünfhunderttausend) für deren Ansprüche auf Vertragserfüllung sowie fristgerechte Fertigstellung des Bauwerkes gem. § 9 Abs. 1, 7 des Generalunternehmervertrages vom 11.12.1996 (insbesondere Fertigstellung SB-Laden: 01.11.1997, Fertigstellung und Übergabe der Gesamtleistung: 23.12.1997 sowie Rückstände bzgl. des Bauzeitenplans um mehr als 30 Tage) gegen die Fa. P ...". Die Bürgschaft erfaßte auch Ansprüche der Klägerin "aus dem Vergütungsbereich (insb. Überzahlung) sowie bezüglich der Vertragsstrafen (§ 9 Abs. 2 GU-Vertrag)".	23
Mit Schreiben vom 05.11.1997 hielt die Klägerin das Ergebnis von Nachverhandlungen fest, die die Vertragsparteien zu den Ausführungsfristen des Generalunternehmervertrages geführt hatten. In dem Schreiben heißt es u.a.:	24
"Aufgrund der getroffenen Vereinbarungen ändert sich der § 9, Ziffer 1 wie folgt:	25
1. Baubeginn: 3. Dezemberwoche 1996	26
2. Rohbaufertigstellung: bis 15.11.1997	27
3. Fertigstellung Rohinstallation: bis 30.01.1998	28
4. Fertigstellung Schreinerarbeiten und Glas: bis 28.02.1998	29
5. Fertigstellung Läden Gewerbe und Tiefgarage: bis 27.03.1998	30
6. Fertigstellung 1.OG und 5.OG komplett: bis 27.03.1998	31
	32

7. Mängelbeseitigung zu Ziff. 5. + 6.	
EG, KG, TG, 1. + 5. OG bis 15.04.1998	33
8. Restausbau 2. - 4.OG sowie 6. + 7.OG:	34
hinsichtlich Bodenbeläge, Türblätter, Montage der	35
Sanitärobjekte bis 30.04.1998	36
9. Außenanlagen: bis 30.04.1998	37
10. Mängelbes. der unter Ziffer 8. + 9. genannten	38
Leistungen: bis 15.05.1998	39
Sofern v.g. Termine Ihrerseits eingehalten werden und bei den Abnahmen keine Mängel festgestellt werden, entsprechend den Regelungen im GU-Vertrag, wird auf die Geltendmachung der Konventionalstrafenreglung verzichtet. ..."	40
Die Generalunternehmerin bestätigte der Klägerin mit Schreiben vom 06.11.1997 die korrekte Wiedergabe der Nachverhandlungen. Die Beklagte wurde in die Nachverhandlungen nicht einbezogen.	41
Im März 1998 veräußerte die Klägerin das Objekt an die Fa. L GmbH & Co. KG. Die Mietverträge für die in dem Objekt zu erstellenden, gewerblich zu nutzenden Räumlichkeiten schloß die Erwerberin ab.	42
Am 13.05.1998 fand eine Abnahmeverhandlung zwischen der Klägerin und der Erwerberin statt, am 14.05.1998 erstellten die Klägerin und die Generalunternehmerin nach gemeinsamen Besichtigungen ein Protokoll zur "Feststellung der Vertragsleistung". In Schreiben vom 28.05.1998 und vom 20.07.1998 wies die Klägerin die Generalunternehmerin darauf hin, daß ihr infolge einer verspäteten Fertigstellung Mietausfälle entstanden seien.	43
Im August 1998 vereinbarten die Klägerin und die Generalunternehmerin die Reduzierung der Vertragserfüllungsbürgschaft auf 715.000,00 DM. Die Klägerin teilte der Generalunternehmerin mit Schreiben vom 26.08.1998 u.a. mit, daß die reduzierte Bürgschaftssumme "als Erfüllungsanspruch bis zur Abarbeitung aller Restmängel und bis zur Erzielung einer Einigkeit über die Schlußabrechnung" bestehen bleibe. Die Reduzierung der Bürgschaftssumme bestätigte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 31.08.1998.	44
Mit einem weiteren, zur Abnahme verfaßten Schreiben vom 26.08.1998 beschrieb die Klägerin gegenüber der Generalunternehmerin den Umfang des noch bestehenden Erfüllungsanspruches und wies darauf hin, daß die restliche Bürgschaftssumme auch deswegen noch nicht freigegeben werde, da zum 31.07.1998 erst die Abnahme erfolgt sei.	45
Mit Schreiben vom 19.01.1999 nahm die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung auf den 28.01.1999 auf Auszahlung des Bürgschaftsbetrages in Anspruch. In dem Anforderungsschreiben wird als Grund für die Inanspruchnahme die Tatsache genannt, daß der Hauptschuldner das Objekt verspätet und zum Teil mangelbehaftet übergeben habe. Die gewerblichen Mieter hätten nicht rechtzeitig in die von ihnen angemieteten Räumlichkeiten einziehen können, "mit der Folge, daß uns mindestens der nachfolgend aufgeführte Mietausfall entstanden ist." Diesen beziffert die Klägerin mit einem Gesamtbetrag in Höhe	46

von 972.513,61 DM (Gastronomiebetrieb vom 01.05.-31.07.1998: 66.577,56 DM; Sparmarkt vom 01.05.-15.05.1998: 17.944,04 DM; DSK vom 01.05.-31.07.1998: 875.000,01 DM; Stellplätze in der Tiefgarage vom 01.05.-30.06.1998: 12.992,00 DM).

Mit weiterem Schreiben vom 09.02.1999 stützte die Klägerin das Anfordern der Bürgschaft auch auf die Verpflichtung der Generalunternehmerin zur Zahlung der vereinbarten Vertragsstrafe. 47

Die Klägerin hat Klage im Urkundenprozeß erhoben und vorgetragen, ihr sei der geltend gemachte Mietausfallschaden entstanden. Für den Mietausfall habe sie gegenüber der Erwerberin einzustehen. Die Mietzinszahlungen seien ausschließlich an die Erwerberin erfolgt und auch an diese zu entrichten gewesen. 48

Die Einwendungen seien allenfalls im Rückforderungsprozeß, nicht aber bereits im Bürgschaftsprozeß zu berücksichtigen. Hinsichtlich der geänderten Ausführungsfristen verweist sie darauf, daß sich die Änderung zugunsten der Generalunternehmerin auswirke, das müsse die Bürgin hinnehmen. 49

Die Klägerin hat beantragt, 50

die Beklagte zu verurteilen, an sie 715.000,00 DM nebst 5% Zinsen seit dem 29.01.1999 zu zahlen. 51

Die Beklagte hat beantragt, 52

die Klage abzuweisen. 53

Die Beklagte hat gegen ihre Inanspruchnahme aus der Bürgschaft eingewandt: 54

Die Klägerin sei nicht mehr Inhaberin der durch die Bürgschaft gesicherten Ansprüche, da sie diese an die Erwerberin abgetreten habe. 55

Ein Anspruch aus der Bürgschaft bestehe auch deswegen nicht mehr, weil die gesicherten Ansprüche nachträglich geändert worden seien. Mit der Vereinbarung der neuen Ausführungsfristen sei die Hauptforderung erweitert worden. 56

Ihre Bürgenverpflichtung sei aufgrund des Schreibens der Klägerin vom 26.08.1998 hinsichtlich des Umfangs der gesicherten Ansprüche eingeschränkt worden. Die nunmehr von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz von Mietausfall und Zahlung einer Vertragsstrafe erfasse die Bürgschaft nicht mehr. 57

Derartige Ansprüche stünden der Klägerin gegen die Generalunternehmerin auch nicht zu. Die gewerblichen Räume seien bereits Ende April oder Anfang Mai 1998 an die jeweiligen Mieter in benutzbarem Zustand übergeben worden. 58

Einen Anspruch auf Zahlung von Vertragsstrafe habe die Klägerin nicht mehr, weil die geänderten Ausführungsfristen mangels einer entsprechenden Vereinbarung nicht mit einer Vertragsstrafe bewehrt seien. 59

Ihre Inanspruchnahme aus der Bürgschaft sei aus den dargelegten Gründen auch rechtsmißbräuchlich. 60

61

Letztendlich sei die Klägerin nicht berechtigt, aus der Bürgschaft vorzugehen, weil die Verpflichtung der Generalunternehmerin, eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen, formularmäßig vereinbart worden sei und gegen § 9 AGBG verstoße.

Mit Vorbehaltsurteil vom 26.11.1999 hat das Landgericht der Klage stattgegeben und zur Begründung ausgeführt: 62

Die Klage sei im Urkundenprozeß zulässig, sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen seien mit Urkunden 63

belegt. 64

Der Bürgschaftsvertrag gebe der Klägerin einen Anspruch auf Zahlung von 715.000,00 DM gegen die Beklagte. Die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Beklagten aus der vereinbarten Bürgschaft auf erstes Anfordern seien erfüllt. 65

Die von der Beklagten erhobenen Einwendungen seien im Bürgschaftsprozeß unerheblich. Sie könnten erst in einem Rückforderungsprozeß geltend gemacht werden. Sie ergäben sich nicht, auch nicht im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung unstreitiger oder durch Urkunden belegter Tatsachen, aus der Bürgschaftsurkunde. Auf weitere, bei der Auslegung zu ihren Gunsten zu berücksichtigende Umstände könne sich die Beklagte nicht berufen, da ihre Behauptungen insoweit streitig und nicht durch Urkunden belegt seien. 66

Der Klägerin könne nicht vorgehalten werden, daß sie ihre Rechtsstellung mißbräuchlich ausnutze. Die von ihr geltend gemachten Schadensersatzansprüche aufgrund verspäteter Fertigstellung und die Ansprüche aus der Vertragsstrafe seien nicht für jedermann klar erkennbar unbegründet; ihre Berechtigung sei daher erst im Rückforderungsprozeß zu klären. 67

Gegen das Vorbehaltsurteil wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen ergänzt und vertieft sie ihren Vortrag dazu, daß die von der Klägerin erhobenen Ansprüche nach der Reduzierung der Bürgschaftsumme auf 715.000,00 DM nicht mehr durch die Bürgschaft gesichert seien und daß die im Generalunternehmervertrag vereinbarte Verpflichtung der Generalunternehmerin zur Stellung der Bürgschaft gegen das AGBG verstoße. 68

Die Beklagte beantragt, 69

abändernd die Klage abzuweisen. 70

Die Klägerin beantragt, 71

die Berufung zurückzuweisen. 72

Sie verteidigt das angefochtene Urteil, nimmt Bezug auf ihr erstinstanzliches Vorbringen, das sie hinsichtlich der von der Beklagten dargestellten Einwendungen ebenfalls ergänzt und vertieft. Hierbei trägt sie u.a. erneut vor, daß die Zahlungen der Mieten für das Objekt ausschließlich an die Erwerberin flossen und auch an diese zu leisten waren. 73

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 74

75

Der Senat hat die Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung vom 23.05.2000 eingehend erörtert und die Parteien auf die möglichen Folgen der veränderten Ausführungsfristen sowie auf eine unzureichende Darlegung eines der Klägerin entstandenen Mietausfallschadens hingewiesen.

Entscheidungsgründe 76

Die Berufung der Beklagten hat Erfolg. 77

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet. Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch (§ 765 Abs. 1 BGB) aus der Vertragserfüllungsbürgschaft der Beklagten Nr. 4068 vom 14.02.1997 nicht zu. 78

Es fehlt die durch die Bürgschaft gesicherte Hauptforderung. 79

Bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern muß der Gläubiger im Bürgschaftsprozeß die gesicherte Hauptforderung zwar nicht schlüssig vortragen. Es genügt, wenn er deren Bestehen und Fälligkeit behauptet. Ergibt sich aus seinem Vorbringen aber, daß ihm die Hauptforderung nicht zustehen kann oder daß die von ihm beanspruchte Hauptforderung nicht durch die Bürgschaft gesichert ist, schließt das die Haftung des Bürgen aus. Dann wird bereits das Bestehen einer gesicherten Hauptforderung nicht (mehr) behauptet. 80

So liegt der Fall hier. 81

Der von der Klägerin beanspruchte Mietausfallschaden und die verlangte Vertragsstrafe gehören nicht zu den durch die Vertragserfüllungsbürgschaft der Beklagten gesicherten Ansprüchen (I.). Darüber hinaus ist der Klägerin der von ihr in erster Linie geltend gemachte Mietausfallschaden auch nicht entstanden (II.). 82

I. 83

Die Klägerin stützt ihren Mietausfallschaden und ihren Vertragsstrafenanspruch auf die Nichteinhaltung von Ausführungsfristen, die sie Anfang November 1997 in Nachverhandlungen mit der Generalunternehmerin vereinbart hat. Für die Einhaltung dieser Fristen, die von den im Generalunternehmervertrag vom 11.12.1996 vereinbarten Fristen wesentlich abweichen, haftet die Beklagte als Bürgin nicht. 84

Es kann dahinstehen, ob die geänderten Ausführungsfristen bereits zum Erlöschen der Bürgenhaftung führen, weil die ursprünglich verbürgte Schuld mit der geänderten Hauptschuld nicht mehr identisch ist (vgl. BGH NJW 1980, 2412 (2413)). Jedenfalls stellen die geänderten Fristen eine wesentliche Änderung der Hauptschuld dar, sie sind für die Beklagte mit einer Haftungserweiterung verbunden, für die sie gem. § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht einstehen muß. 85

Eine Haftungserweiterung im Sinne des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB liegt nicht nur dann vor, wenn die zu sicherende Forderung summenmäßig erhöht wird. Sie kann sich auch aus einer inhaltlichen Änderung der Hauptschuld ergeben, die das Haftungsrisiko des Bürgen vergrößert. 86

Die geänderten Ausführungsfristen erhöhen die Leistungsanforderungen an die Generalunternehmerin. Mit der Änderungsvereinbarung haben die Klägerin und die Generalunternehmerin die zuvor in § 9 Ziff. 1 des Generalunternehmervertrages vereinbarten Ausführungsfristen nicht lediglich (zugunsten der Generalunternehmerin) verlängert. Die 87

Fristen sind nur zum Teil verlängert, zum Teil aber auch verschoben und durch neue Zwischenfristen ergänzt worden. Außerdem beinhalten die neuen Fristen zugleich eine Verlagerung der Bautätigkeit in die Wintermonate des Jahres 1998. Gegenüber den Vereinbarungen im ursprünglichen Bauvertrag beinhalten diese Verlagerung der Bautätigkeit sowie die Aufnahme neuer Zwischenfristen weitergehende Anforderungen an die Leistung der Generalunternehmerin. Ihr Leistungsrisiko wird erhöht. Das steigert auch das Haftungsrisiko der Bürgin.

Das Haftungsrisiko der Beklagten wird außerdem dadurch erhöht, daß sich durch die Änderung der Ausführungsfristen der bis Ende 1997 begrenzte Zeitraum der Vertragserfüllung, für den sich die Beklagte ursprünglich verbürgt hat, wesentlich verlängert. 88

Die Änderungsvereinbarung sieht Fertigstellungsfristen bis zum 30.04.1998 und Fristen zur Mängelbeseitigung bis zum 15.05.1998 vor. 89

Die Bürgschaftserklärung vom 14.02.1997 kann bei der gebotenen Berücksichtigung der schutzwürdigen Belange der Beklagten nicht dahin verstanden werden, daß es den Parteien der Hauptschuld überlassen sein sollte, die Fristen für die Ausführung der von der Generalunternehmerin geschuldeten Leistungen anders als in dem der Bürgschaft zugrunde liegenden Generalunternehmervertrag vom 11.12.1996 zu regeln. Hiergegen spricht insbesondere, daß die wichtigsten der in dem Vertrag vom 11.12.1996 vereinbarten Fristen in den Text der Bürgschaft ausdrücklich übernommen wurden. Das läßt erkennen, daß die Bürgin gerade für die Einhaltung dieser Fristen durch die Generalunternehmerin eintreten wollte. 90

Werden diese Fristen dann verschoben, ist das für die Beklagte nachteilig, weil sich der Zeitraum ihrer Haftung verlängert. Das erhöht ihr Risiko, weil sie bei einer späteren Inanspruchnahme auch ihren Schuldner erst später in Regreß nehmen kann. Zwischenzeitlich können der Beklagten beim ursprünglichen Vertragsende zur Verfügung stehende Regreßmöglichkeiten erheblich an Wert verloren haben. Dies ist ein in der Baubranche nicht ungewöhnlicher Vorgang, der auch bei wirtschaftlich "gesunden" Baufirmen innerhalb weniger Monate auftreten kann. 91

Die mit der dargestellten Risikoerhöhung verbundene Haftungserweiterung muß die Beklagte nicht gegen sich gelten lassen. Die Haftungserweiterung ist von der Klägerin und der Generalunternehmerin ohne Zustimmung der Beklagten ausgehandelt und vereinbart worden. 92

Der Umstand, daß die Beklagte die Haftungserweiterung nicht geltend gemacht hat, als die Beteiligten Ende August 1998 die Reduzierung der Bürgschaftssumme vereinbarten, rechtfertigt keine andere Bewertung. Daß die Beklagte hierbei die Haftungserweiterung akzeptiert hat, ist nicht ersichtlich. Zunächst ist nicht dargelegt, daß die Beklagte Ende August 1998 bereits über die geänderten Ausführungsfristen unterrichtet war. Außerdem haben die Parteien in diesem Zusammenhang nicht über die veränderten Ausführungsfristen verhandelt. 93

Selbst wenn man dem vorstehenden rechtlichen Ansatz nicht folgt und von einem vertragsgerechten Anfordern der Bürgenleistung ausgeht, begründet die mit der Änderung der Ausführungsfristen verbundene Haftungserweiterung jedenfalls eine Einwendung der Beklagten, die ihre Inanspruchnahme aus der Bürgschaft als rechtsmißbräuchlich (§ 242 BGB) ausschließt. Die Einwendung ist im Bürgschaftsprozeß zu berücksichtigen, da sie sich aus dem unstreitigen Sachverhalt ergibt. 94

II.	95
Der geltend gemachte Mietausfallschaden kann der Klägerin bereits nach ihrem eigenen Vortrag nicht entstanden sein.	96
Der für den Zeitraum 01.05.1998 bis 31.07.1998 berechnete Mietausfall kann allenfalls der Erwerberin entstanden sein. An diese hatte die Klägerin das Objekt vor der Fertigstellung im März 1998 veräußert. Die Mietverträge für das Objekt hat die Erwerberin abgeschlossen. An sie waren auch die Mieten zu zahlen. In diesem Zusammenhang ist es zwar denkbar, daß die Klägerin der Erwerberin die Übergabe des fertiggestellten Objekts zu einem bestimmten Zeitpunkt schuldete und - bei nicht rechtzeitiger Erfüllung dieser Pflicht - der Erwerberin einen (bei dieser) entstandenen Mietausfall als Verzugsschaden zu ersetzen hatte (§ 286 BGB). Diese Schadensersatzverpflichtung könnte die Klägerin gegenüber der Generalunternehmerin ggfls. ebenfalls als Verzugsschaden geltend machen.	97
Auf einen derartigen Schadensersatzanspruch bezieht sich das Anforderungsschreiben der Klägerin vom 19.01.1999 aber nicht. In diesem begründet die Klägerin die Inanspruchnahme der Beklagten lediglich mit dem ihr entstandenen Mietausfall.	98
Ein Verzugsschaden wird von der Klägerin auch im Prozeß nicht ausreichend dargelegt. Die Klägerin hat zwar vorgetragen, daß sie gegenüber der Erwerberin für den Mietausfall einzustehen habe, und hat im Senatstermin den mit der Erwerberin abgeschlossenen Kaufvertrag vorgelegt. Diesem war aber nicht zu entnehmen, daß die Klägerin gegenüber der Erwerberin für die Vermietbarkeit des Objekts ab dem 01.05.1998 einzustehen hatte. Nach dem Vertrag schuldete sie die Übergabe des Objekts an die Erwerberin erst zum 01.06.1998. Damit bleibt unklar, ob und inwieweit die Klägerin gegenüber der Erwerberin gerade für den geltend gemachten Mietausfall haftet.	99
III.	100
Nach alledem nimmt die Klägerin die Beklagte mit dem behaupteten Mietausfallschaden und dem behaupteten Verfall der Vertragsstrafe zu Unrecht aus der Vertragserfüllungsbürgschaft in Anspruch. Mangels schlüssigen Vortrags zur Hauptschuld kann auch die Umdeutung der Bürgschaft auf erstes Anfordern in eine "einfache" Bürgschaft der Klage nicht zum Erfolg verhelfen. Sie war daher insgesamt abzuweisen.	101
IV.	102
Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	103