
Datum: 03.03.2004
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 25. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 25 U 68/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2004:0303.25U68.03.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 9 O 268/01

Tenor:

Die Berufung des Streithelfers des Klägers gegen das am 25. Februar 2003 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Hagen wird zurückgewiesen.

Der Streithelfer des Klägers trägt die Kosten der Berufungsinstanz einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Streithelfers der Beklagten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Streithelfer des Klägers kann Vollstreckungsmaßnahmen abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages, falls nicht die Gegenseite zuvor Sicherheit in entsprechender Höhe leistet.

Zugunsten des Streithelfers des Klägers wird die Revision zugelassen.

Gründe:

(gemäß § 540 ZPO)

1

2

3

I.

Der Kläger hat die Beklagte aus einer von ihrer Rechtsvorgängerin abgegebenen Gewährleistungsbürgschaft über eine Bürgschaftssumme von insgesamt 4

790.170,82 DM in Höhe von 524.000 DM (= 267.916,94 €) auf Zahlung und in Höhe von weiteren 257.783,80 DM (= 131.802,76 €) auf Feststellung einer weiteren Einstandspflicht in Anspruch genommen. Mit der auf den 27.09.1996 datierten Bürgschaftserklärung, die eine Laufzeit vom 27.09.1996 bis zum 13.09.1998 vorsah, löste die zwischenzeitlich in Konkurs gegangene L GmbH und Co. KG einen 5 %-igen Sicherungseinbehalt für ein von ihr auf Grund eines Werkvertrages mit dem Kläger errichteten Wohn- und Geschäftshauses mit Tiefgarage ab. Nach Auftreten umfangreicher Baumängel an dem Bauwerk haben die Parteien um die Eintrittspflicht der Beklagten, und zwar insbesondere über das Vorliegen der aus der Bürgschaftserklärung ersichtlichen Voraussetzungen einer Haftung gestritten. 5

Wegen der erstinstanzlichen Feststellungen wird auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 6

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im wesentlichen ausgeführt, die in der Bürgschaftsurkunde vom 27.09.1996 niedergelegten Voraussetzung einer Haftung, nämlich ein Fertigstellen des Werkes in Übereinstimmung mit den vertraglichen Bestimmungen sowie eine unbeanstandete und vorbehaltlose Abnahme, hätten bei Zugang der Bürgschaftsurkunde am 30.09.1996 nicht vorgelegen. Dieser Zeitpunkt sei maßgeblich, weil ein Bürgschaftsvertrag zwischen dem Kläger und der Rechtsvorgängerin der Beklagten mit Übersendung der Bürgschaftsurkunde vom 27.09.1996 zustandegekommen sei und ununterbrochen fortbestanden habe. 7

Mit der zulässigen Berufung verfolgt der Streithelfer des Klägers, der als dessen Architekt das Bauvorhaben betreute, das erstinstanzliche Begehren des Klägers unter Ergänzung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vorbringens weiter. 8

Er beantragt, 9

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 267.916,94 € nebst 11,5 % Zinsen seit dem 14.04.2000 zu zahlen, 10

festzustellen, daß die Beklagte aus der Bürgschaft vom 27.09.1996, Bürgschaftsnummer #####/##### bis zur Höhe von weiteren 131.807,76 € haftet. 11

Die Beklagte beantragt, 12

die Berufung zurückzuweisen. 13

Sie verteidigt unter Ergänzung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens das angefochtene Urteil. 14

Wegen des zweitinstanzlichen Vorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 15

II. 16

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. 17

18

Der Kläger hat gegen die Beklagte weder einen Anspruch auf Zahlung von 267.916,94 € noch auf Feststellung einer Eintrittspflicht bis zur Höhe weiterer 131.807,76 € aus § 765 Abs. 1 BGB.

Die Voraussetzung einer unbeanstandeten und vorbehaltlosen Abnahme, an welche die Beklagte nach dem Bürgschaftstext vom 27.09.1996 zulässigerweise ihre Bürgschaftserklärung geknüpft hat, ist nicht erfüllt. 19

Die Berufung wendet lediglich zu Recht ein, daß ein Bürgschaftsvertrag entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht bereits mit erstmaliger Übersendung und entsprechendem Zugang der Bürgschaftserklärung bei dem Kläger am 30.09.1996 zustandegekommen ist, sondern erst mit Übersendung der Bürgschaftsurkunde am 21.01.1998 und deren Annahme durch den Kläger. 20

Das in der erstmaligen Übersendung der Bürgschaftserklärung vom 27.09.1996 liegende Angebot auf Abschluß eines Bürgschaftsvertrages hat der Kläger nicht angenommen. 21

Selbst wenn man zutreffend davon ausgeht, daß der Zugang einer Annahmeerklärung hier nach § 151 Satz 1 BGB entbehrlich war, fehlt es an der auch in diesem Fall notwendigen Betätigung des Annahmewillens seitens des Klägers. Dem steht nicht entgegen, daß es bei Geschäften, die lediglich rechtlich vorteilhaft sind, für die Annahme in der Regel ausreicht, daß das Geschäft nicht ausdrücklich abgelehnt wird (vgl. Palandt/Heinrichs § 151 BGB Rdnr. 2 unter Hinweis auf BGH NJW 2000, 276) und im Falle einer Bürgschaft in der Regel das Behalten der Bürgschaftsurkunde genügt (Palandt/Heinrichs aaO unter Hinweis auf BGH NJW 2000, 1563). An einer in dieser Weise manifestierten Betätigung des Annahmewillens fehlt es nämlich deshalb, weil der Kläger gegenüber der Hauptschuldnerin die Bürgschaft wegen der zu geringen Bürgschaftssumme als nicht vertragsgerecht beanstandete und diese Beanstandung augenscheinlich an die Beklagte weitergeleitet wurde, was durch die Übersendung der Bürgschaftsurkunde vom 11.10.1996 über die höhere Summe von 908.696,45 DM mit einer auf die Endziffer ##2 lautenden Bürgschaftsnummer dokumentiert wurde. Durch seine Remonstration hat der Kläger ausdrücklich zu erkennen gegeben, daß er die Bürgschaftserklärung gerade nicht als vertragsgerecht akzeptieren wollte. Zumindest wäre es eine Annahme unter einer Abänderung hinsichtlich der Bürgschaftssumme, die als neues Angebot zu werten wäre und das die Beklagte allenfalls mit der Übersendung der Bürgschaftsurkunde mit der Endziffer ##2 dann angenommen haben könnte. 22

Soweit der Kläger nach Übersendung der Bürgschaftsurkunde mit der Endziffer ##2 auch die Urkunde mit der auf die Endziffer ##1 lautenden Bürgschaftsnummer behielt, ist dieses Verhalten ebenfalls nicht als Betätigung des Annahmewillens bezüglich der Urkunde mit der Endziffer ##1 zu verstehen, weil die Rücksendung dieser Bürgschaftserklärung nach dem eigenen Vorbringen des Klägers und seines Streithelfers aus nicht mehr nachvollziehbaren Gründen unterblieb. 23

Aus einer etwaigen Auszahlung des Sicherungseinbehalts an den Werkunternehmer kann ebenfalls nicht auf eine Betätigung des Annahmewillens geschlossen werden, denn dem Vortrag der Parteien und ihrer Streithelfer ist nicht zu entnehmen, zu welchem Zeitpunkt der Sicherungseinbehalt in welchem Umfange ausgekehrt wurde. 24

Selbst wenn man davon ausgehen würde, daß mit der Übersendung der Bürgschaftsurkunde mit der Endziffer ##1 bereits ein Bürgschaftsvertrag über die niedrigere Bürgschaftssumme geschlossen worden wäre, wäre die Bürgschaftsverpflichtung mit der Rücksendung der Urkunde durch Schreiben vom 11.09.1997 im übrigen zunächst erloschen und erst im Januar 25

1998 neu begründet worden. Nach dem Bürgschaftstext stand die Bürgschaftsverpflichtung zulässigerweise unter der auflösenden Bedingung einer Rückgabe der Bürgschaftsurkunde, wobei der Bedingungseintritt nicht zusätzlich daran geknüpft war, daß der Rücksendung des Motiv des Gläubigers zugrundelag, auf die Rechte aus der Bürgschaft vorbehaltlos und endgültig zu verzichten. Abgesehen davon dürfte die Rücksendung dieses Motiv zugrundegelegt haben. Der Kläger mußte aus seiner Sicht auf die Rechte aus der Bürgschaftsurkunde mit der Endziffer ##1 verzichten, wollte er die Rechte aus der Bürgschaftsurkunde mit der Endziffer ##2 entstehen lassen. Daß diese weitere Zielsetzung sich im Ergebnis nicht hat verwirklichen lassen, ist für den Eintritt der auflösenden Bedingung bezüglich der Bürgschaft mit der Endziffer ##1 unbeachtlich, zumal der Kläger bei Übersendung dieser Bürgschaftsurkunde das Schreiben der Rechtsvorgängerin der Beklagten vom 05.09.1997 erhalten hatte und daher gewußt haben muß, daß die Rechtsvorgängerin der Beklagten an dieser Bürgschaftsurkunde nicht festhalten wollte. Die von der Beklagten erstinstanzlich vertretene Argumentation, die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde mit der Endziffer ##1 habe unter der aufschiebenden Bedingung des Zustandekommens des Bürgschaftsvertrages mit dem Inhalt der Bürgschaftsurkunde mit der Endziffer ##2 gestanden, ist nicht stichhaltig. Unter einer Bedingung können nur Rechtsgeschäfte vorgenommen werden, nicht aber tatsächliche Handlungen, durch die ihrerseits ein Bedingungseintritt herbeigeführt wird. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß die Rechtsvorgängerin der Beklagten selbst aus der Rücksendung der Bürgschaftsurkunde nicht die Konsequenz des Erlöschens der Bürgschaftsverpflichtung zog, wie das Schreiben vom 18.12.1997, in dem sie zum Ausdruck bringt, aus der Bürgschaft mit der Endziffer ##1 und nicht derjenigen mit der Endziffer ##2 haften zu wollen, zeigt. Dies konnte aber nicht die zu diesem Zeitpunkt bereits eingetretene Rechtsfolge des Erlöschens der Bürgschafts-erklärung mit der Endziffer ##1 beseitigen. Der nach der Rechtsprechung mögliche Verzicht auf eine Bedingung (vgl. hierzu Palandt/Heinrichs § 158 BGB Rdnr. 3) kann, abgesehen davon, daß auch nach der Rechtsprechung des BGH bei Verpflichtungsgeschäften ein Änderungsvertrag notwendig ist, nur Platz greifen, wenn nicht bereits – wie hier – durch den Bedingungseintritt vollendete Tatsachen geschaffen wurden.

Selbst wenn vor diesem Hintergrund der Bürgschaftsvertrag erst im Januar 1998 zustandekam, ändert dies indessen nichts daran, daß für Inhalt und Umfang der Einstandspflicht der Beklagten die Bürgschaftsurkunde vom 27.09.1996 maßgeblich ist, denn allein in der über diese Erklärung ausgestellten Urkunde hat die Rechtsvorgängerin der Beklagten ihre Einstandspflicht umrissen und zugleich dahin eingeschränkt, daß sie für die Gewährleistungsansprüche nur unter der Voraussetzung eintreten wollte, daß das Bauvorhaben im Zeitpunkt ihrer Bürgschaftserklärung fertig gestellt sowie unbeanstandet und vorbehaltlos abgenommen war.

26

Abzustellen ist dabei ungeachtet des Zeitpunkts des Vertragsschlusses auf den 27.09.1996. Der Kläger und die Rechtsvorgängerin der Beklagten haben die Rechte und Pflichten aus der Bürgschaftserklärung erkennbar auf den 27.09.1996 zurückgebezogen, was sich daraus ableiten läßt, daß sie in der Bürgschaftserklärung sämtliche Daten und Konditionen unverändert ließen. In die gleiche Richtung weist die zwischen dem Kläger und der Rechtsvorgängerin der Beklagten in diesem Zusammenhang gewechselte Korrespondenz, in der von einer umfänglichen Erneuerung der alten Bürgschaft die Rede ist sowie davon, daß die in der Bürgschaftserklärung mit der Endziffer ##1 "dokumentierte" Bürgschaft Gültigkeit hat und daß die Bürgschaft gemäß der Urkunde vom 27.09.1996 wieder auflebt. Daraus folgt, daß der Kläger und die Rechtsvorgängerin der Beklagten einander so stellen wollten, als sei die Bürgschaftserklärung vom 27.09.1996 zum damaligen Zeitpunkt wirksam abgegeben worden und in der Folgezeit nicht erloschen. Damit steht in Einklang, daß die

27

Rechtsvorgängerin der Beklagten für Mängel eintrat, die seitens der durch den Kläger eingesetzten Hausverwaltung mit Schreiben vom 27.11.1997 und damit vor dem 21.01.1998 geltend gemacht wurden, d.h. nach Einigung über das Wiederaufleben der Bürgschaft mit der Endziffer ##1.

Wenn für den Beginn der Bürgschaftserklärung der 27.09.1996 maßgebend ist, ist es aber nur konsequent, für die weitere Frage, ob die in der Bürgschaftserklärung enthaltene und nach den Regeln der §§ 158 ff BGB zu behandelnde Unterstellung oder Gegenwartsbedingung (vgl. hierzu MK/H.P. Westermann § 158 BGB Rdnr. 52; Staudinger/Bork Vorbemerkung zu § 158 bis 163 BGB Rdnr. 29) zutraf, nicht auf den 21.01.1998, sondern auf den 27.09.1996 abzustellen. 28

Ungeachtet des Streits der Parteien um die Fragen, ob auch der Laden Nr. 4 abgenommen werden mußte – hierfür spricht, daß der Laden auf Grund eines späteren - nicht von der Bürgschaftserklärung umfaßten - Werkvertrages lediglich umgebaut wurde und jedenfalls die bisherigen auf Grund des ursprünglichen Werkvertrages erbrachten und von der Bürgschaftserklärung umfaßten Leistungen abgenommen werden mußten – und ob und wann die Tiefgarage abgenommen wurde, gab es nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien am 27.09.1996 keine vorbehaltlose Abnahme des Bauvorhabens. Bei allen im August und September 1996 durchgeführten Teilabnahmen wurden nämlich Mängel festgestellt, die ausweislich eines Schreibens der Werkunternehmerin an den Streithelfer des Klägers vom 14.05.1997 keineswegs bereits bis zum 29.09.1996, sondern weitgehend erst bis zum 13.05.1997 beseitigt waren. Da auch zu diesem Zeitpunkt noch einige wenige Mängel vorhanden waren, lag die Voraussetzung einer unbeanstandeten Abnahme selbst dann noch nicht vor. 29

Es ist unbeachtlich, daß die bei den Abnahmen im Jahre 1996 festgestellten Mängel sich überwiegend auf andere Bauteile bezogen als die jetzt von dem Kläger geltend gemachten Mängel. Eine Aufteilung der Bürgschaftssumme auf die einzelnen Bauteile ist ebensowenig möglich wie eine Abschichtung nach der Art der gerügten Mängel. Da die Beklagte im Vorfeld gar nicht abschätzen kann, ob und in welchem Umfang sich an welchen Bauteilen Mängel zeigen und bei Abnahme protokollierte Mängel nach der Symptomtheorie des Bundesgerichtshofes mit später auftretenden Mängeln identisch sind, ist die Erklärung dahin zu verstehen, daß das Bauwerk insgesamt vorbehaltlos abgenommen sein muß und nicht nur hinsichtlich der Bauteile, wegen deren Mangelhaftigkeit die Bürgschaft in Anspruch genommen wird. 30

Die eine Allgemeine Geschäftsbedingung darstellende Regelung über die Verknüpfung der Verbürgung mit einer unbeanstandeten und vorbehaltlosen Abnahme ist entgegen der in der Berufungsbegründung vertretenen Ansicht nicht im Sinne des § 5 AGBG unklar. 31

Der Streithelfer des Klägers beanstandet lediglich zu Recht, daß das Landgericht auf den 30.09.1996 als dem Zeitpunkt des Zugangs der Bürgschaftserklärung abgestellt hat, weil dieses Datum in der Bürgschaftserklärung nicht erwähnt ist. 32

Die Bürgschaftserklärung ist indessen auf Grund der Wortwahl und des Sinnzusammenhangs ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden und unter Berücksichtigung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise (vgl. hierzu Palandt/Heinrichs § 5 AGBG Rdnr. 7) eindeutig dahin zu verstehen, daß bei Beginn der Bürgschaftsverpflichtung, d.h. am 27.09.1996, das Objekt fertiggestellt sein sowie eine unbeanstandete und vorbehaltlose Abnahme stattgefunden haben muß und ein Vorliegen dieser Voraussetzungen erst bei Inanspruchnahme gerade 33

nicht ausreicht. Dies ergibt sich hinreichend deutlich aus der im Imperfekt formulierten Unterstellung, daß das Werk unbeanstandet und vorbehaltlos abgenommen wurde und daß die Bürgschaftserklärung "dies vorausgesetzt" abgegeben wurde. Die unbeanstandete und vorbehaltlose Abnahme mußte bei dieser Formulierung der Bürgschaftserklärung vorangegangen sein. Eine Verknüpfung zwischen der unbeanstandeten und vorbehaltlosen Abnahme und der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft findet sich hingegen an keiner Stelle der Bürgschaftsurkunde.

Aus der von dem Kläger erstinstanzlich zitierten Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt (NJW-RR 1987, 82 (83)) ergibt sich nichts Gegenteiliges. Der der damaligen Entscheidung zugrundeliegende Bürgschaftstext unterschied sich von dem hier vorliegenden gerade dadurch, daß die Formulierung: "Dies vorausgesetzt" fehlte, was sich aus dem in der veröffentlichten Entscheidung mitgeteilten Sachverhalt klar ergibt. 34

Die verwendeten Begriffe "unbeanstandet" und "vorbehaltlos" sind auch als solche nicht unklar. Da sie im Zusammenhang mit dem Begriff der Abnahme, womit nur eine solche nach § 12 VOB/B gemeint sein kann, verwendet werden, sind sie dahin zu verstehen, daß keine Beanstandungen oder Vorbehalte hinsichtlich etwaiger Mängel des Werkes bestehen dürfen. Daß auch etwaige Vorbehalte hinsichtlich anderer mit Mängeln nicht in Zusammenhang stehender Ansprüche, wie z.B. eine Vertragsstrafe im Sinne des § 12 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B – von der Regelung erfaßt werden könnten, liegt nach dem Text der Bürgschaftsurkunde fern und wird von der Beklagten auch nicht geltend gemacht. Die Frage, ob die Hauptschuldnerin gegenüber dem Kläger bei dem Vorhandensein nur unwesentlicher Mängel einen Anspruch auf Abnahme hatte, hat mit der Frage einer Unklarheit der verwendeten Begriffe nichts zu tun, denn die Regelung knüpft ersichtlich nur an das Faktum der vorbehaltlosen Abnahme an, nicht aber daran, ob ein Anspruch auf Abnahme bestand oder nicht. 35

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus einem dem Wortlaut des Vertrages und jeder anderen Deutung vorgehenden abweichenden übereinstimmenden Verständnis der Parteien (vgl. hierzu Palandt/Heinrichs § 5 AGBG Rdnr. 6; BGH NJW 1995, 1495 (1496)) dahingehend, daß eine vorbehaltlose Abnahme im Zeitpunkt der Inanspruchnahme ausreicht. Die Tatsachen, daß die Beklagte am 27.05.1998 einen Betrag von 8.387,02 DM zur Begleichung von Ersatzvornahmekosten zahlte, ohne die Frage einer vorbehaltlosen Abnahme bei Abgabe der Bürgschaftsurkunde zu problematisieren, obwohl ihr Abnahmeprotokolle mit Schreiben vom 12.03.1998 übersandt worden waren und sie diesen – selbst wenn sie nicht vollständig waren – entnehmen konnte, daß es bezüglich des Ladens 4 kein Abnahmeprotokoll gab und die übersandten Abnahmeprotokolle überdies keine unbeanstandeten und vorbehaltlosen Teilabnahmen erkennen ließen sowie weiterhin die Rechtsvorgängerin der Beklagten auch eine Begutachtung der weitergehenden Mängel in Auftrag gab, ohne sich um die Frage des Zeitpunktes einer vorbehaltlosen Abnahme zu kümmern, reichen für eine derartige Annahme nicht aus. Es läßt sich nämlich nicht feststellen, daß beiden Parteien bewußt war, daß die Voraussetzungen einer vorbehaltlosen und unbeanstandeten Abnahme an den Zeitpunkt des Beginns der Bürgschaftsverpflichtung anknüpften und nunmehr hiervon abweichend verfahren werden sollte. Denkbar ist vielmehr ebenso eine zunächst fehlerhafte Sachbehandlung auf Seite der Rechtsvorgängerin der Beklagten. 36

Die Verfahrensweise der Rechtsvorgängerin der Beklagten im Zusammenhang mit der Begleichung der Ersatzvornahmekosten zeigt auch nicht, daß die Regelung im Sinne des § 5 AGBG deshalb unklar war, weil sie von der Rechtsvorgängerin der Beklagten selbst nicht verstanden wurde. Es steht nämlich nicht fest, daß deren "Regulierungsverhalten" ein 37

Mißverständnis der vertraglichen Regelung zu Grunde lag. Es ist in gleicher Weise plausibel, daß auf seiten der Rechtsvorgängerin der Beklagten die Eintrittsvoraussetzungen im Hinblick auf die vergleichsweise geringe Höhe der Summe nicht gründlich genug geprüft worden waren. Die Verfahrensweise im Zusammenhang mit dem Austausch der Bürgschaftsurkunden weist jedenfalls darauf hin, daß sich die Sachbearbeiter auf seiten der Rechtsvorgängerin der Beklagten wenig Gedanken um die rechtlichen Rahmenbedingungen ihrer Handlungsweise machten.

Die Regelung in der Bürgschaftsurkunde ist auch nicht nach § 3 AGBG unbeachtlich. Sie ist unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nicht ungewöhnlich, weil sie weder mit dem Leitbild oder äußeren Erscheinungsbild des Vertrages oder der Höhe des Entgelts unvereinbar ist noch zu dem Verlauf der Vertragsverhandlungen in Widerspruch steht, noch erheblich von dem dispositiven Recht oder von den üblichen Bedingungen abweicht (vgl. hierzu Palandt/Heinrichs § 3 AGBG Rdnr. 2). 38

Die Anknüpfung an die Erstellung des Werkes in Übereinstimmung mit den vertraglichen Bestimmungen als Voraussetzung der Bürgschaftsverpflichtung in einer Gewährleistungsbürgschaft, die gerade für den Fall des Bestehens von Mängeln, d.h. einer nicht den vertraglichen Bestimmungen und nicht der Hauptpflicht zur mangelfreien Werkerstellung entsprechenden Leistung eingreifen soll, begründet weder eine erhebliche Abweichung von dem gesetzlichen Leitbild des Vertrages noch von dem dispositiven Gesetzesrecht. Es ist nämlich nicht ersichtlich, daß die Rechtsvorgängerin der Beklagten und der Kläger diese Regelung in ihrem juristischen Sinne verstanden. Die zusätzliche Erwähnung der Fertigstellung des Werkes in Übereinstimmung mit den vertraglichen Bestimmungen hat neben dem Gesichtspunkt der unbeanstandeten und vorbehaltlosen Abnahme erkennbar nur den Sinn, die Vollendung des Werkes als Voraussetzung der Einstandspflicht der Beklagten festzulegen. In Bezug auf die Mängel ist lediglich Voraussetzung, daß sie bei der Abnahme noch nicht hervorgetreten sein und nicht, daß sie nicht vorhanden sein dürfen. Dies ergibt sich eindeutig aus der Anknüpfung an die unbeanstandete und vorbehaltlose Abnahme. 39

Daß eine Gewährleistungsbürgschaft von einer unbeanstandeten und vorbehaltlosen Abnahme abhängig gemacht und die Bürgschaftsverpflichtung auf die zu einem späteren Zeitpunkt hervortretende Mängel beschränkt wird, weicht ebenfalls weder erheblich von dem dispositiven Gesetzesrecht ab noch ist es mit dem Sinn und Zweck einer Gewährleistungsbürgschaft unvereinbar. Die Beklagte hat ein schutzwürdiges Interesse daran, in Bezug auf den Umfang ihrer Einstandspflicht eine unmißverständliche Grenze zu ziehen. Zum einen trägt sie nachvollziehbar vor, daß die von ihr für die Übernahme der Bürgschaftserklärung berechneten Avalgebühren keine kostenträchtigen Ermittlungen zur Mangelfreiheit bei Abgabe der Bürgschaftserklärung zulassen. Zum anderen läßt sich nur auf diese Weise ein Streit darüber verhindern, ob nach der Abnahme aufgetretene Mängel nach der Symptomtheorie des Bundesgerichtshofs mit solchen Mängeln, die bereits bei der Abnahme vorhanden waren, identisch sind oder nicht. 40

Es fehlt darüber hinaus an einem der Klausel innewohnenden Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt. Die Klausel ist innerhalb des mit Ziffer I. und II. 1. Absatz ohnehin nur wenige Sätze umfassenden Textes drucktechnisch so angeordnet, daß der Sinnzusammenhang bereits beim ersten Lesen deutlich wird. Die Klausel entfaltet auch nicht deshalb eine überraschende Wirkung, weil der Kläger auf Grund der dem Vertragsschluß vorangegangenen konkreten Umständen nicht mit ihr rechnen mußte und in diesem Fall die überraschende Wirkung nur bei einem – hier nicht erteilten – individuellen Hinweis des 41

Gegners entfielen (vgl. hierzu BGH ZfBR 2002, 44 (45)).

Lediglich dem Werkvertrag ist zu entnehmen, daß der Beginn der Laufzeit der Bürgschaft die Abnahme des Werkes sein sollte, ohne daß es auf eine vorbehaltlose Abnahme ankam. Dies weckte aber nicht bereits eine schutzwürdige Erwartungshaltung des Klägers, daß die Bürgschaftserklärung dies aufgriff und keine weitergehenden Einschränkungen enthielt. Vielmehr oblag dem Kläger die Überprüfung, ob die erteilte Bürgschaft den vertraglichen Abreden mit der Hauptschuldnerin entsprach. 42

Der Austausch der Bürgschaftserklärungen und damit verbundene Umstand, daß es erst im Januar 1998 zu einem wirksamen Abschluß des Bürgschaftsvertrages kam, führt ebenfalls nicht zu einem Überraschungseffekt. Der Text der Bürgschaftserklärung und die eingesetzten Daten wurden ungeachtet dessen unverändert gelassen, so daß für den Kläger eindeutig zu erkennen war, daß die Erklärung zu den ursprünglichen Konditionen und mit dem ursprünglichen Inhalt abgegeben wurde und dementsprechend die Verpflichtung der Beklagten auch nicht erst im Januar 1998 beginnen sollte, sondern bereits am 27.09.1996. Dies entsprach schließlich auch den Interessen des Klägers, der für den zurückliegenden Zeitraum nicht sein Sicherungsmittel verlieren wollte. In diesem Fall war aber das Vorhandensein einer vorbehaltlosen und unbeanstandeten Abnahme zum Zeitpunkt des 27.09.1996 als Voraussetzung für eine Eintrittspflicht der Beklagten die logische und für den Kläger auch ohne weiteres ersichtliche Konsequenz. 43

Die Regelung in der Bürgschaftserklärung verstößt schließlich nicht gegen § 9 Abs. 2 AGBG, denn eine Beschränkung der Inanspruchnahme auf solche Mängel, die bei der Abnahme noch nicht erkannt wurden, ist mit den wesentlichen Grundgedanken des Bürgschafts- wie des Werkvertragsrechts zu vereinbaren und schränkt auch die Rechte des Klägers als Bürgschaftsempfänger nicht so ein, daß der Vertragszweck gefährdet ist. Da die Bürgschaftserklärung lediglich den Sicherungseinbehalt ablöste, der Kläger also nach wie vor durch diesen gesichert war und er die Möglichkeit hatte, die Bürgschaftserklärung zurückzuweisen und den Sicherungseinbehalt nicht auszukehren, solange das Werk nicht vorbehaltlos abgenommen war, sind seine Rechte hinreichend gewahrt. 44

Die Argumentation der Beklagten, die Bürgschaftsverpflichtung sei mangels Eintritt der vorausgesetzten Gegenwartsbedingung nicht entstanden, ist schließlich nicht treuwidrig. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben im Sinne des § 242 BGB kann nicht aus dem Gesichtspunkt des venire contra factum proprium abgeleitet werden, weil die Rechtsvorgängerin der Beklagten in der Vergangenheit Mängelbeseitigungskosten zahlte und auch die jetzt geltend gemachten Mängel zunächst begutachten ließ, ohne sich auf den Umstand der fehlenden vorbehaltlosen und unbeanstandeten Abnahme zu berufen, und sowohl die Rechtsvorgängerin der Beklagten als auch die Beklagte selbst sich – wie der mehrfach ausgesprochene Verzicht auf die Geltendmachung der Einrede der Verjährung zeigt – auf eine Klärung der Frage des Bestehens von Mängeln einließen. Jeder Partei steht es nämlich grundsätzlich frei, ihre Rechtsansichten zu ändern oder sich auf die Unwirksamkeit einer von ihr abgegebenen Erklärung zu berufen. Rechtsmißbräuchlich wird dieses Verhalten erst dann, wenn für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen. (vgl. Palandt/Heinrichs § 242 BGB Rdnr. 55) Da die Frage, ob die Bürgschaftserklärung eine unbeanstandete und vorbehaltlose Abnahme bei Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages voraussetzte, zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin vorprozessual zu keinem Zeitpunkt problematisiert wurde und das Verhalten der Beklagten ebenso gut darauf beruhen konnte, daß sie diesen 45

Gesichtspunkt übersehen hatte, wurde für den Kläger kein Vertrauenstatbestand dafür geschaffen, daß sich die Beklagte auch weiterhin nicht auf diesen Umstand berufen würde. Die Beklagte hat jedenfalls kein aktives Verhalten entfaltet, das den Kläger veranlassen konnte, darauf zu vertrauen, die Beklagte werde auch für alle weiteren Mängel und Mängelbeseitigungskosten eintreten.

Auch aus dem mit der Berufungsbegründung aufgegriffenen Umstand, die Beklagte habe die Gültigkeit der Bürgschaft mit der Endziffer ##1 bestätigt, obwohl aus den übersandten Abnahmeprotokollen ersichtlich war, daß das Bauwerk bei Erteilung der ersten Bürgschaftserklärung nicht vorbehaltlos abgenommen war, kann der Streithelfer des Klägers kein treuwidriges Verhalten der Beklagten herleiten. Bei Abschluß des Bürgschaftsvertrages konnte die Beklagte dies noch nicht wissen, weil ihr die entsprechenden Abnahmeprotokolle erst am 13.03.1998 zugehen.

Es war in erster Linie Sache des Klägers, im Rahmen der Verhandlungen darüber, welche Bürgschaft die Parteien als gültig behandeln wollten, seine Interessen zu wahren. Ausgehend von seinem Standpunkt, daß nur ein Neuabschluß der Bürgschaft in Betracht komme, hatte er Veranlassung, die weitere Frage, wie sich die unveränderte Laufzeit und die in dem Bürgschaftstext enthaltene Gegenwartsbedingung sich dazu verhielten, zu klären. Die Beklagte hatte ihm gegenüber keinen Informationsvorsprung. An die Möglichkeit, daß die Voraussetzungen einer Inanspruchnahme der Beklagten aus der Bürgschaft mit der Endziffer ##1 mangels vorbehaltloser Abnahme zum Zeitpunkt des Beginns der Bürgschaftsverpflichtung nicht erfüllt sein könnten, hat augenscheinlich keine der Parteien gedacht. Dies kann der Streithelfer des Klägers aber nicht der Beklagten anlasten, der es nun einmal nicht oblag, die Rechte des Klägers zu wahren.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat hat die Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 2 ZPO zu Gunsten des Streithelfers des Klägers zugelassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO hat.

Diese ist daraus abzuleiten, daß die Entscheidung des Senats nicht nur auf den einen Einzelfall betreffenden Fragen des Zustandekommens des Bürgschaftsvertrages, des hierfür maßgeblichen Zeitpunktes und der hieraus resultierenden Auswirkungen auf den Zeitpunkt, zu dem die Voraussetzungen für eine Einstandspflicht nach dem Text der Bürgschaftserklärung vorliegen müssen, beruht, sondern auch auf der über einen Einzelfall hinausgehenden Auslegung der in der Bürgschaftserklärung enthaltenen AGB-Klausel und ihrer Übereinstimmung mit dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Da die Beklagte die Klausel ständig verwendet, hat der Senat damit eine klärungsbedürftige Frage entschieden, deren erneutes Auftreten in einer Vielzahl von Fällen zu erwarten und die höchststrichterlich – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden ist.