

Verkündet
am 30. Juni 1956
[REDACTED], Just. Angest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2507 072

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Oscar T. R[REDACTED], H[REDACTED], R[REDACTED]
damm [REDACTED],
2. des Kaufmanns Richard von O[REDACTED], B[REDACTED]-S[REDACTED],
W[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED] -

g e g e n

die Firma Karl F[REDACTED], Apparate- und Rohrleitungsbau,
Inhaber Karl F[REDACTED], B[REDACTED]-B[REDACTED], H[REDACTED]
Str. [REDACTED] - [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 30. Juni 1956 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter
Ascher, Johannsen, Scheffler und Wüstenberg

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats
des Kammergerichts in Berlin vom 31. Januar 1956
wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten zu 1 und 2 waren die alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer der Z [REDACTED] Chemie GmbH (im folgenden mit ZCG bezeichnet). Diese Gesellschaft ließ im Jahre 1950 eine Schwefelsäureanlage errichten. Hierfür lieferte auch die Klägerin Apparate und Vorrichtungen, für die sie nach ihrer Aufstellung vom 6. Dezember 1955 einschließlich der Montagekosten 161.500,-- DM zu fordern hatte. Die Lieferungen wiesen mindestens zu einem Teil Mängel auf, die von der ZCG gerügt wurden und u.a. dazu führten, daß ein Teil der gelieferten Apparate zurückgenommen wurde.

Die Beklagten verbürgten sich schriftlich am 24. Januar 1952 für einen Teilbetrag der Forderung der Klägerin. Die von ihnen unterzeichnete Bürgschaftserklärung lautet:

"Ich, der unterzeichnete übernehme in voller Höhe bis zur endgültigen Tilgung der Schuld die volle Bürgschaft für die Firma Z [REDACTED] Chemie GmbH zugunsten der Firma Karl F [REDACTED] für unten genannten Betrag.

Die Firma Z [REDACTED] Chemie GmbH schuldet der Firma Karl F [REDACTED] rund

DM-West 40.000,--
(vierzigtausend)

die sich aus rund DM-West 15.000,-- offenen Forderungen und rund DM-West 25.000,-- gegebenen Wechseln zusammensetzen.

Die Schuld der Firma Z [REDACTED] Chemie GmbH an die Firma Karl F [REDACTED], Apparate- und Rohrleitungsbau, steht in ihrer Höhe noch nicht fest. Die Bürgschaft erstreckt sich deshalb nur bis zu einem Betrag von DM-West 40.000,--.

Berlin, den 24. Januar 1952

gez.: (Unterschrift)."

Die ZCG geriet in finanzielle Schwierigkeiten. Sie stellte im Januar 1953 ihren Betrieb ein und strebte ein Moratorium mit ihren Gläubigern an, um die Schwefelsäureanlage fertigstellen zu können.

Die Beklagten bestätigten zuvor durch Schreiben vom 27. Januar 1953 und 6. Februar 1953, daß ihre Bürgschaft durch die finanziellen Änderungen bei der ZCG und das vorgesehene Moratorium nicht berührt werde.

Mitte Juni 1953 erfolgte sodann zwischen Angestellten der Klägerin und der ZCG eine Erörterung der beiderseitigen Forderungen. Auf Grund einer nachfolgenden Besprechung zwischen dem Inhaber der Klägerin und dem Beklagten zu 1 bestätigte die Klägerin unter dem 27. Juni 1953 der ZCG gegenüber zu Händen des Beklagten zu 2 den Inhalt der getroffenen Abmachungen, denen zufolge die Klägerin ihre Gesamtforderung von noch 59.157,90 DM auf 49.000,-- DM ermäßigen wollte, wenn die ZCG diese Summe in monatlichen Raten von 2.000,-- DM nach Aufhebung des Moratoriums oder Anlauf der Schwefelsäureanlage tilgen werde. Im Falle der Nichteinhaltung dieser Vereinbarung wünsche die Klägerin das Wiederaufleben ihrer Forderung in alter Höhe von 59.157,90 DM.

Mit Schreiben vom 10. August 1953 - unterzeichnet vom Beklagten zu 2 - erklärte die ZCG ihr Einverständnis mit der Abfassung des Schreibens der Klägerin zur "Kontoabstimmung", lehnte jedoch die Formulierung bezüglich des Wiederauflebens der alten Forderungshöhe ab, da die "Herabsetzung der Forderung sich auf Grund der Vorschläge des Beklagten zu 2 ausschließlich auf den wahren Wert zurückgegebener Einrichtungen bezogen" habe.



Am 12. August 1953 zahlte die ZCG einen Betrag von 1.612,-- DM, von dem 612,-- DM auf die rückständigen Zinsen entfielen. Am gleichen Tage fand eine erneute Besprechung zwischen dem Inhaber der Klägerin und dem Beklagten zu 2 statt, über die sich eine von der Klägerin erstellte und zu den Akten gereichte Aktennotiz vom 13. August 1953 verhält. Danach sollte sich der Beklagte zu 2 zu Benzol- und Farbenlieferungen verpflichtet haben, deren Gegenwert von der Forderung der Klägerin an die ZCG abgesetzt werden sollte.

Unter dem 12. August 1953 bestätigte der Beklagte zu 2 einen ihm auf Grund persönlicher Vereinbarung erteilten Auftrag über die Lieferung von Benzol, wobei wegen der Zahlungsbedingungen auf die persönlichen Vereinbarungen mit der Klägerin hingewiesen wurde.

Am 23. September 1954 teilte die ZCG der Klägerin die endgültige Einstellung ihres Betriebes und damit die weitere Nichteinhaltung ihrer Abmachungen mit den Gläubigern mit.

Am 1. November 1954 beantragte die ZCG die Eröffnung des Konkurses. In dem am 16. November 1954 eröffneten Konkursverfahren hat der Konkursverwalter die von der Klägerin angemeldete Forderung von 22.082,25 DM nebst Zinsen bestritten.

Die Klägerin nimmt die Beklagten aus der Bürgschaft in Anspruch. Sie hat behauptet, die Beklagten hätten durch die abgegebenen Erklärungen die Bürgschaft für die Forderung der Klägerin gegen die ZCG bis zum Betrage von 40.000,-- DM übernommen. Die Forderung betrage, nachdem auf die

nach den getroffenen Vereinbarungen noch geschuldeten 49.000,-- DM 1.000,-- DM gezahlt und der Beklagte zu 2 Waren im Werte von 26.052,75 DM geliefert habe, jetzt noch 22.082,25 DM. Die Klägerin hat einen Teilbetrag geltend gemacht und beantragt,

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, ihr 6.100,-- DM nebst 4 % Zinsen seit Klagzustellung (16. März 1955) zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt,
die Klage abzuweisen.

Die Beklagten haben behauptet, eine Forderung der Klägerin gegen die ZCG bestehe nicht, da jene Gesellschaft wegen der geltend gemachten Mängel den Kaufpreis gemindert und mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet habe.

Bei der Vereinbarung im Sommer 1953 sei von der ZCG keine Schuld in Höhe von 49.000,-- DM anerkannt worden, sondern es habe sich nur um eine Kontenabstimmung gehandelt. Die ZCG habe sich ausdrücklich ihre Ansprüche wegen der geltend gemachten Mängel vorbehalten. Die sich daraus ergebenden Gegenforderungen der ZCG betrügen 126.680,-- DM. Falls die ZCG noch nicht aufgerechnet haben sollte, machten sie, die Beklagten, das Leistungsverweigerungsrecht nach § 770 Abs 2 BGB geltend, ferner auch das Leistungsverweigerungsrecht nach Abs 1 dieser Bestimmung, da die ZCG die Kaufverträge wegen arglistiger Täuschung anfechten könne. Dieser Gesellschaft sei von der Klägerin der Wahrheit zuwider arglistig zugesichert worden, daß die gekauften Apparate für den nach dem Vertrag vorausgesetzten Zweck geeignet seien. Die Beklagten haben ferner

die Einrede der Verjährung geltend gemacht und sich auf den Fortfall der Geschäftsgrundlage berufen. Dazu haben sie ausgeführt, daß die Bürgschaft in der Erwartung gegeben worden sei, die Schwefelsäureanlage werde fertiggestellt werden.

Das Landgericht hat die Beklagten nach dem Klagantrag verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Gegen das Berufungsurteil richtet sich die Revision, mit der die Beklagten ihren Antrag auf Klagabweisung weiterverfolgen. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Rechtlich zutreffend hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß alle von den Beklagten gegenüber der Bürgschaftsforderung der Klägerin erhobenen Einreden unbegründet sind.

Die von der Revision gegen das Urteil gerichteten Angriffe greifen nicht durch.

Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die Hauptschuld, für die die Beklagten als Bürgen in Anspruch genommen werden, zu einem Teil erst entstanden sei, nachdem die Beklagten die schriftliche Bürgschaftserklärung vom 24. Januar 1952 abgegeben hätten. Zwar hätten die Beklagten damals nur an die in diesem Zeitpunkt bereits entstandenen Forderungen der Klägerin gedacht. Dennoch sei die Bürgschaft auch auf die erst später entstandenen Forderungen zu erstrecken. Das ergebe sich aus den späteren Zusagen der Beklagten vom 27. Januar und 6. Februar 1953.

Die Ausführungen der Revision, mit denen sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht die Bürgschaft auch auf die erst nach dem 24. Januar 1952 entstandenen Forderungen erstreckt habe, können zu keinem anderen Ergebnis führen. Die Klägerin hatte schon in der Klageschrift dem Bürgschaftsversprechen einen von dem Wortlaut der schriftlichen Erklärungen abweichenden Inhalt gegeben. Sie hatte ausgeführt, die Beklagten hätten sich bis zum Höchstbetrage von 40.000,-- DM für die aus Anlaß der Geschäftsverbindung entstandenen Gesamtforderungen der Klägerin verbürgt. Diese Auslegung der Bürgschaftsurkunde ist namentlich unter Berücksichtigung der Vorschrift des § 133 BGB nicht unmöglich. Ausweislich des Tatbestandes haben die Beklagten ihr nicht widersprochen. Sie haben niemals behauptet, daß die Bürgschaft sich nicht auf einen Teil der jetzt noch geltend gemachten Hauptschuld erstrecke, da diese erst nach dem 24. Januar 1952 entstanden sei. Rechtliche Bedenken sind in dieser Richtung erstmals von dem Berufungsgericht in dem angefochtenen Urteil erörtert worden. Diese Erörterung war aber nicht erforderlich, da die Bedenken nach dem unstreitigen Sachverhalt nicht bestanden. Sie konnten nur auftauchen, weil das Berufungsgericht der am 24. Januar 1952 übernommenen Bürgschaft einen anderen Inhalt gab, als sie ihn nach dem unstreitigen Sachverhalt hatte. Diese abweichende Feststellung hat das Berufungsgericht allein aus dem Wortlaut der Bürgschaftserklärung hergeleitet. Das war rechtlich nicht zulässig. Es muß vielmehr bei der hier gegebenen Sachlage für die Entscheidung des Rechtsstreits von dem Inhalt der Bürgschaftserklärung ausgegangen werden, von dem auch die Parteien in den Tatsacheninstanzen übereinstimmend

ausgegangen sind und dem der Wortlaut der schriftlichen Bürgschaftserklärung nicht unbedingt entgegensteht. Dagegen kann aber die Revision keine Angriffe vortragen.

Selbst wenn aber die Bürgschaft sich, wie die Revision behauptet, nur auf die bis zum 24. Januar 1952 entstandenen Verbindlichkeiten erstreckt hätte, würde doch die jetzt noch bestehende Hauptschuld nur diese Verbindlichkeiten umfassen. Denn durch die Zahlungen wären, da eine abweichende Bestimmung durch den Schuldner nicht behauptet worden ist, nach § 366 Abs 2 BGB zunächst die durch die Bürgschaft nicht gesicherten, später entstandenen Forderungen getilgt worden, so daß die alte, vor dem 24. Januar 1952 begründete Schuld auch jetzt noch in dem geltend gemachten Umfang besteht.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die ZCG im Sommer 1953 ausdrücklich anerkannt habe, daß ihre Schuld aus den Lieferungen gegenüber der Klägerin in diesem Zeitpunkt 49.000,-- DM betragen habe. Das Berufungsgericht hat rechtlich zutreffend ausgeführt, daß die ZCG damit auf alle in diesem Zeitpunkt bestehenden Einwendungen gegen diese Forderungen verzichtet habe, soweit sie sich nicht ausdrücklich Rechte vorbehalten habe. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, die Beklagten hätten den ihnen dafür obliegenden Beweis, daß die ZCG sich ihre Rechte aus der Mängelhaftung vorbehalten habe, nicht geführt.

Die Revision kann nicht rügen, daß das Berufungsgericht hierbei gegen § 448 ZPO verstoßen

habe, da es die Beklagten nicht über den Inhalt der im Sommer 1953 getroffenen Vereinbarungen vernommen habe. § 448 ZPO stellt es in das Ermessen des Gerichts, ob es die Parteien über ihre Behauptungen vernehmen will. Das Revisionsgericht kann auf eine dahingehende Rüge nur prüfen, ob das Berufungsgericht die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens überschritten oder ob es sein Ermessen überhaupt nicht ausgeübt hat. Einen solchen Verstoß hat die Revision dem Berufungsgericht nicht nachgewiesen. Er ergibt sich nicht daraus, daß das Berufungsgericht in den Gründen seines Urteils die Frage der Parteivernehmung nicht erörtert hat. Es sprachen zwar einige Umstände für die Richtigkeit der von den Beklagten aufgestellten Behauptungen, andere gewichtige aber dagegen. In einem solchen Fall kann daraus, daß die Frage der Vernehmung der Beklagten in dem Urteil nicht erörtert ist, nicht geschlossen werden, daß das Berufungsgericht das ihm nach § 448 ZPO eingeräumte Ermessen bei der Urteilsfindung nicht ausgeübt habe.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß durch die Vereinbarung vom Sommer 1953 die Hauptschuld erweitert worden sei. Es hat aber weiter ausgeführt, daß die Beklagten sich nicht auf die Rechtsfolgen aus § 767 Abs 1 BGB berufen könnten, da dieses Treu und Glauben widersprechen würde. Zu Unrecht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht die diesen Rechtsausführungen zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen unter Verletzung des § 139 ZPO getroffen habe. Es braucht hierauf jedoch nicht näher eingegangen zu werden und es kann auch offen bleiben, ob diese Ausführungen des Berufungsgerichts sachlich-rechtlich zutreffend sind; denn das Ergebnis, zu dem das

Berufungsgericht gelangt ist, ist auf jeden Fall aus anderen Rechtsgründen zutreffend.

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat die Hauptschuldnerin durch die Vereinbarung vom Sommer 1953, durch die die Hauptschuld auf 49.000,-- DM beziffert wurde, auf alle ihr sonst noch zustehenden Ansprüche aus der behaupteten mangelhaften Lieferung verzichtet. Dazu gehören Ansprüche auf Wandlung und Minderung und auf Schadensersatz, mit denen sie gegenüber der Hauptschuld hätte aufrechnen können. Ferner ist im Zuge der Vereinbarung ein Teil der gelieferten Apparate zurückgegeben und die Hauptschuld entsprechend herabgesetzt worden. Insoweit handelt es sich rechtlich darum, daß die Hauptschuldnerin die Wandlung vollzogen hat.

Dadurch, daß die Hauptschuldnerin auf das Recht, die Verträge noch in weiterem Umfang zu wandeln, und auf Schadensersatzansprüche, mit denen sie hätte aufrechnen können, verzichtet hat, ist die Hauptschuld im Sinne des § 767 Abs 1 Satz 3 BGB nicht erweitert worden. Das Recht zu wandeln oder aufzurechnen sind keine Einreden im Sinne des § 768 BGB, die auch dem Bürgen zustehen. Es sind Gestaltungsrechte, deren Ausübung von einer Willensentschließung abhängt, die allein der Hauptschuldner als Inhaber dieser Rechte treffen kann. Der Bürge hat daher, solange der Hauptschuldner seine Entschließung nicht ausgeübt hat, nur eine verzögerliche Einrede nach § 770 Abs 2 BGB. Er kann die Rechte nicht selbst ausüben. Verliert der Hauptschuldner diese Rechte, sei es auch dadurch, daß er auf sie verzichtet, dann steht dem Bürgen

keine verzögerliche Einrede mehr zu und er kann aus der Bürgschaftsverpflichtung wegen der Hauptschuld in Anspruch genommen werden (RGZ 62, 51 547; 66, 332; BGB RGRK 10. Aufl § 767 Anm 4, S 566; § 768 Anm 1 und 3, § 567 f; § 770 Anm 3 S 570).

Eine den Bürgen gegenüber unwirksame Erweiterung der Hauptschuld könnte allerdings eingetreten sein, soweit die von der Hauptschuldnerin erklärte Wandlung nicht in der Weise vollzogen ist, daß die Hauptschuld um den vollen für die zurückgegebenen Gegenstände geschuldeten Kaufpreis ermäßigt worden ist. Die Beklagten haben dieses auch behauptet.

Ferner könnte es auch sein, daß ein etwa von der Hauptschuldnerin erklärter Verzicht auf das Recht zur Minderung den Bürgen nach §§ 767 Abs 1 Satz 3, 768 Abs 2 BGB nicht das Recht genommen hätte, ihrerseits Minderung wegen der Mängel zu verlangen. Anders als bei dem Recht auf Wandlung kann der Bürge das Minderungsverlangen dann selbst stellen, wenn der Hauptschuldner das Recht auf Wandlung verloren hat (RGZ 66, 332 335; BGB RGRK 10. Aufl § 770 Anm 4). Der Hauptschuldner kann daher auch nicht mit Wirkung gegenüber dem Bürgen auf dieses Recht verzichten.

Die Beklagten können aber weder die der Hauptschuldnerin aus der von ihr erklärten Wandlung zustehenden Rechte in weiterem Umfang geltend machen, als diese es bei der Vereinbarung vom Sommer 1953 selbst schon getan hat, noch können sie einen Anspruch auf Minderung erheben. Denn der unstreitige Sachverhalt in Verbindung mit den vom Berufungsgericht getroffenen Fest-

stellungen ergibt, daß sie auf diese Rechte verzichtet haben. Die Beklagten waren die allein vertretungsberechtigten Gesellschafter der Hauptschuldnerin. Die Interessen der Hauptschuldnerin waren wirtschaftlich ihre eigenen. Der Beklagte zu 1 führte die Verhandlungen vom Sommer 1953, in der die Schuld auf 49.000,-- DM festgesetzt wurde. Der Beklagte zu 2 erklärte für die ZCG schriftlich mit nur einer Einschränkung sein Einverständnis mit dem Bestätigungsschreiben, in dem die Klägerin den Inhalt der Vereinbarung wiedergegeben hatte. Die Beklagten hatten sich damals bereits für die Schuld verbürgt. In der Vereinbarung hatten sie für die Hauptschuldnerin auf alle weitergehenden Rechte aus den geltend gemachten Mängelrügen verzichtet. Im Hinblick auf die enge wirtschaftliche Verbindung, in der die Beklagten zu der Hauptschuldnerin standen, und mit Rücksicht auf das Interesse, das die Klägerin - erkennbar auch für die Beklagten - an deren Bürgschaft hatte, konnten ihre Erklärungen von der Klägerin nur dahin verstanden werden, daß sie dadurch zugleich auch für sich selbst in dieser Eigenschaft als Bürgen auf diese Rechte verzichten wollten. Dieser Verzicht konnte von ihnen erklärt werden, da auch die Hauptschuldnerin einen entsprechenden Verzicht zuvor erklärt hatte. Die Erklärungen bedurften auch keiner besonderen Form. Denn sie enthielten nur die Aufgabe bestimmter Rechte und begründeten keine neuen Bürgschaftsverpflichtungen.

Die Revision rügt schließlich, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten nicht berücksichtigt, daß auch noch nach der Vereinbarung vom Sommer 1953 weitere Teile der Anlage zurückgegeben worden seien. Dadurch habe sich die Haupt-

schuld weiter ermäßigt. Diese Rüge beruht auf einem Irrtum. Die von der Revision aufgestellte Behauptung kann nicht aus dem von ihr angeführten Schriftsatz der Beklagten vom 25. Januar 1956 entnommen werden. Die in ihm enthaltenen Ausführungen konnten nach dem ganzen bisherigen Parteivortrag nur dahin verstanden werden, daß bei der Vereinbarung im Sommer 1953 nicht alle schon vorher zurückgegebenen Gegenstände berücksichtigt worden seien. Dieser Umstand steht aber, wie ausgeführt, dem Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte nicht entgegen.

Da das angefochtene Urteil auch die übrigen von den Beklagten gegen die geltend gemachte Forderung erhobenen Einreden rechtlich zutreffend zurückgewiesen hat, mußte die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Schmidt Ascher Johannsen Scheffler Wüstenberg