

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 765

Stellt der Schuldner vereinbarungsgemäß dem Gläubiger eine dessen Forderung sichernde Bürgschaft, steht ihm aus der Sicherungsabrede gegen diesen ein durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingter Anspruch auf Rückgewähr der Bürgschaft und, wenn deren Bestand davon abhängig gemacht ist, auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an den Bürgen zu.

BGH, Urt. v. 2. Februar 1989 - IX ZR 182/87 - OLG Hamm

LG Bielefeld

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 182/87

Verkündet am:
2. Februar 1989
Schnurr
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma Gebr. S [REDACTED] GmbH & Co. KG,
L [REDACTED]weg [REDACTED] - [REDACTED], P [REDACTED],
vertreten durch den Geschäftsführer Kaufmann Gunther
S [REDACTED]-T [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] als
Abwicklerin der Kanzlei des
Rechtsanwalts Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma P [REDACTED] D [REDACTED] Gesellschaft für Informationssysteme mbH
in Liquidation,
vertreten durch den Liquidator Albert La [REDACTED],
G [REDACTED] Landstraße [REDACTED], H [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Februar 1989 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Henkel, Fuchs, Gärtner und Winter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 12. Juni 1987 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Herausgabe einer Bürgschaftsurkunde an die Bürgin in Anspruch.

Die Parteien schlossen am 11. April 1983 eine als Vertriebsvertrag bezeichnete Vereinbarung. Darin räumte die nunmehr in Liquidation befindliche Beklagte, die sich damals mit der Entwicklung und Fertigung von Computern befaßte, mit Wirkung vom 1. April 1983 für die Dauer von drei Jahren der



Klägerin, einer Etiketten-Herstellerin, das uneingeschränkte Alleinvertriebsrecht für einen Etikettendruck-Computer ein. Diese sollte die ihr zu marktgerechten und wettbewerbsfähigen Preisen anzubietenden Produkte kaufen und auf eigene Rechnung im eigenen Namen verkaufen. In Anlage I zu diesem Verträge wurde unter Nummer 4 "Jahresabnahme" vereinbart:

"Die Käuferin verpflichtet sich, für das Produkt JUMBO 1 innerhalb eines Jahres - gerechnet ab Lieferbereitschaft durch Verkäuferin - einen Jahresumsatz von DM 750.000,-- (in Worten: Siebenhundertundfünfzigtausend Deutsche Mark) zuzügl. Mehrwertsteuer zu realisieren. Hierfür leistet die Käuferin eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von DM 200.000,-- (in Worten: Zweihunderttausend Deutsche Mark), in deren Rahmen die Verkäuferin die jeweiligen Abrufaufträge erfüllen wird."

Die C [REDACTED] bank AG, Filiale P [REDACTED], verbürgte sich am 25. Mai 1983 für die Klägerin selbstschuldnerisch für die ordnungsgemäße Erfüllung der von dieser in dem Verträge übernommenen Verpflichtungen gegenüber der Beklagten bis zur Gesamthöhe von 200.000 DM. Die Bürgschaftsurkunde lautet auszugsweise:

"Unsere Verpflichtung aus dieser Bürgschaft erlischt, sobald uns diese Urkunde - auch über Dritte - zurückgegeben wird, spätestens jedoch, wenn wir aus ihr nicht bis zum 30. Juni 1985 schriftlich in Anspruch genommen worden sind.

Die Bürgschaft verliert ebenfalls ihre Gültigkeit, wenn der Auftragnehmer seinen Lieferverpflichtungen in der vereinbarten Höhe nicht termingerecht nachkommt."

Die Beklagte trat am 23. August 1983 ihre sämtlichen gegenwärtigen und zukünftigen Zahlungsansprüche gegen die Klägerin aus dem Vertriebsverträge sowie die Rechte und Ansprüche aus der Vertragserfüllungsbürgschaft an die

C [REDACTED] bank AG, Filiale H [REDACTED], ab zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche der Bank aus der Geschäftsverbindung. Die Abtretungsurkunde enthält neben anderen folgende Erklärungen der Beklagten:

"Der Sicherungsgeber gestattet der Bank zwecks Prüfung oder Geltendmachung der abgetretenen Forderungen, jederzeit Einsicht in sämtliche die abgetretenen Forderungen betreffenden Unterlagen zu nehmen. Er wird auf Wunsch alle Auskünfte erteilen und Unterlagen zur Verfügung stellen, welche die Bank zwecks Prüfung oder Geltendmachung der abgetretenen Forderungen für erforderlich hält.

...
Eine Verpflichtung zum Einzug übernimmt die Bank nicht. Der Sicherungsgeber ist auf Verlangen der Bank verpflichtet, auf eigene Kosten den Drittschuldner zur Zahlung an die Bank zu veranlassen und, falls erforderlich, die Zahlungsansprüche gerichtlich durchzusetzen.
..."

Die C [REDACTED] bank AG, Filiale H [REDACTED], legte die Abtretung mit Schreiben vom 9. September 1983 der Klägerin offen, die am 6. Oktober 1983 die Abtretung anerkannte und zusagte, Zahlungen bei Fälligkeit nur auf das Konto der Beklagten bei der Abtretungsempfängerin zu leisten.

Die Beklagte erklärte mit Schreiben vom 20. Dezember 1983, daß sie sämtliche Zeichnungen, Stücklisten, Planungs- und Arbeitsunterlagen, soweit sie das von der Klägerin vertriebene Produktprogramm betreffen, dieser zur Besicherung der ihr erteilten Jumbo-Aufträge, welche per Vor-
kasse vorfinanziert seien, übereigne.

Am 18. Januar 1984 war die Beklagte lieferbereit. In einer am 24. Februar 1984 abgeschlossenen "Ergänzung zum Vertriebsvertrag vom 11.4.1983" wurde der Punkt 4 "Jahresabnahme" wie folgt neu gefaßt:

"Die Käuferin verpflichtet sich, für die Produkte JUMBO I und JUMBO II innerhalb eines Jahres einen Jahresumsatz von DM 2.150.000,00 (in Worten: Zweimillioneineinhundertfünzigtausend Deutsche Mark) zuzüglich Mehrwertsteuer, das entspricht einer Menge von 200 Stück JUMBO II und 100 Stück JUMBO I, zu realisieren. Hierfür leistet die Käuferin eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von DM 200.000,00 (in Worten: Zweihunderttausend Deutsche Mark), in deren Rahmen die Verkäuferin die jeweiligen Abrufaufträge erfüllen wird."

Am 29. März 1984 schlossen die Parteien einen weiteren Vertrag, durch den die Klägerin sich verpflichtete, der Beklagten einen Betrag in Höhe von 250.000 DM zur Verfügung zu stellen, der bereits gezahlt sei, diese als Gegenleistung sämtliche in ihrem Lager befindliche Bauteile für die Geräte Jumbo I und Jumbo II zur Sicherheit übereignete und sich verpflichtete, daraus in der von der Klägerin angeforderten Anzahl fertige Drucker dieser Typen herzustellen. Der Betrag war der Beklagten dadurch zur Verfügung gestellt worden, daß die Klägerin von dieser ausgestellte Wechsel angenommen hatte.

Nach dem 29. März 1984 erfolgten keine weiteren Bestellungen der Klägerin, der bis zum 30. April 1984 von der Beklagten Lieferungen im Betrage von insgesamt 626.433,90 DM in Rechnung gestellt wurden, die aber nach ihrem Vortrag

darüber hinaus noch Zahlungen an Lieferanten der Beklagten in Höhe von insgesamt 78.091,58 DM erbracht und weitere 25.900 DM geleistet hat.

Im Mai/Juni 1984 kam es zwischen den Parteien wegen einer Übernahme der Produktion der Geräte durch die Klägerin zu Verhandlungen, die jedoch ergebnislos blieben.

Am 16. Juli 1984 richtete die Beklagte an die Klägerin folgendes Schreiben:

"...
gemäß Ergänzung zum Vertriebsvertrag vom 11.4.83 haben wir unter Punkt 4. - Jahresabnahme - die Produktionsmengen festgelegt. Ihre letzte Bestellung stammt vom 29.3.84. Da, wie Ihnen bekannt ist, wir einen Produktionsvorlauf von 90 Tagen haben, müssen nunmehr Ihre Bestellungen für den Herbst verbindlich vorgelegt werden. Auch würde uns interessieren, ob Ihre Aussage, daß Sie den JUMBO I nicht mehr verkaufen können, Bestand hat. Bitte berücksichtigen Sie dies bei der Angabe Ihrer Jahresplanung entsprechend. Der Einfachheit halber, verwenden Sie bitte die beigefügte Übersicht.

Da wir die Planung unmittelbar vornehmen müssen, bitten wir um Verständnis, Ihnen für Ihre Bestellung eine Frist bis zum 25.7. - bei uns eintreffend - setzen zu müssen."

Am 18. Juli 1984 sprach die Beklagte gegenüber verschiedenen Mitarbeitern die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Juli 1984 aus. In dem an den Mitarbeiter Klaus B. gerichteten Schreiben heißt es auszugsweise:

"...
die Entscheidung ist gegen eine gemeinsame, erfolgreiche Zukunft gefallen. Die erhebliche Lieferverzögerung beim PDC Clipper und vor allem die Nichterfüllung des Vertrages seitens Gebr. Seuster können wir nicht

verkräften. Als Folge werden wir die Betriebsstätte H[REDACTED], He[REDACTED]str. 17, schließen und die Fertigung in K[REDACTED] bis auf weiteres einstellen.

Wir sind deshalb gezwungen, Ihnen zum 31. Juli 1984 die außerordentliche Kündigung auszusprechen, da die Weiterbeschäftigung den Bestand des Unternehmens vollends gefährden würde. ..."

Mit Schreiben vom 26. Juli 1984 unterrichtete die Beklagte die Klägerin davon, daß die von dieser angebotene Prolongation der zur Verfügung gestellten Wechsel, deren Betrag den der Vertragserfüllungsbürgschaft übersteige, keine hinreichende Sicherheit für weitere Lieferungen biete, und teilte ihr mit:

"...

Entweder Sie zahlen im voraus oder bieten uns andere Sicherheiten, die den aus der ausgeschöpften Vertragserfüllungsbürgschaft gleichkommen. Die vertraglich vereinbarte Zahlungsfrist von 4 Wochen können wir Ihnen aus diesen Gründen nicht mehr einräumen."

Zu der Frage der Produktionsplanung heißt es in diesem Schreiben:

"Wir übersandten Ihnen am 16.7 die Anforderung Ihrer monatlichen Abnahmen im laufenden Vertragsjahr. Wir hatten Ihnen hierfür eine Frist bis zum 25.7. gesetzt. Da Sie ein weltweites Exklusiv-Vertriebsrecht haben, haben Sie andererseits bei der Vertragserfüllung eine hohe Sorgfaltspflicht. Wir fordern Sie deshalb auf, nunmehr bis zum 2.8.84 die geforderten Unterlagen einzureichen.

Wir bedauern die Entwicklung unserer Zusammenarbeit außerordentlich. Doch die in diesem Schreiben angesprochenen Punkte sind für uns die Nagelprobe, wie weit wir uns künftig auf einen Vertragspartner S[REDACTED] verlassen können."

Die Klägerin antwortete mit einem Schreiben von ihr bevollmächtigter Rechtsanwälte vom 31. Juli 1984, erhob den Vorwurf, die Beklagte habe dadurch, daß sie Anfragen von Kaufinteressenten nicht weitergeleitet habe, gegen das im Vertriebsvertrage vom 11. April 1983 vereinbarte Wettbewerbsverbot verstoßen, und teilte ihr mit:

"Sie haben die Produktion eingestellt.
Die Lieferung von weiteren Geräten ist somit durch Ihr Verschulden unmöglich geworden. Durch Ihr Verhalten haben Sie sich gegenüber der Firma Gebr. S. schadensersatzpflichtig gemacht.

In dem Ergänzungsvertrag zum Vertriebsvertrag vom 11.4.1983 ist niedergelegt worden, daß die Firma Gebr. S.-T. einen Jahresumsatz von 2.150.000,-- DM, nämlich ca. 300 Stück Jumbo I und Jumbo II realisieren will. Bei richtiger Auslegung dieses Vertrages bedeutet diese Formulierung nicht eine Abnahmeverpflichtung der Firma Gebr. S. mit einer Stückzahl von 300 Etiketten-Druck-Computern, sondern enthält die Zusage, einen Absatz von 300 Stück der oben angeführten Drucker durch Tätigkeit im Rahmen der Vertriebsorganisation durchzuführen. Das unternehmerische Risiko, nämlich das Risiko der Unterbringung der Geräte am Markt, soll eindeutig bei Ihrer Gesellschaft verbleiben. Mit dieser Formulierung ist nicht die Abwälzung des unternehmerischen Risikos von der Herstellerfirma auf die Vertriebsfirma vereinbart worden.

In der angeführten Ergänzung zum Vertriebsvertrag vom 11.4.1983 ist weiterhin festgelegt, daß die Firma Gebr. S. eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 200.000,-- DM erbringt. Mit dieser Vertragserfüllungsbürgschaft wird in gewisser Weise eine Vorleistungspflicht der Firma Gebrüder S. begründet. Diese Vorleistungspflicht ist entfallen. Sie sind nicht mehr in der Lage, zu produzieren. Da Sie eine Leistung nicht mehr erbringen können, ist auch von Seiten der Firma Gebrüder S. eine Leistung, nämlich die Gestellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft, nicht begründet. Aus dem Hintergrund der vertraglichen Vereinbarung vom 29.3.1984 und der von

Ihnen vorgenommenen Einstellung der Produktion ist zu schließen, daß Sie sich in finanziellen Schwierigkeiten befinden. Die Geschäftsgrundlage der Vereinbarung zwischen Ihnen und der Firma Gebrüder S[REDACTED], nämlich die Gestellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft, ist somit aus 2 Gründen entfallen:

Zum einen können Sie nicht mehr liefern, und zum anderen rechtfertigt die von Ihnen aus finanziellen Gründen vorgenommene Schließung der Betriebsstätten die Verweigerung einer Vorleistungspflicht durch die Firma Gebrüder S[REDACTED]."

Die Beklagte richtete an die Klägerin das Schreiben vom 3. August 1984, das auszugsweise lautet:

"...

Im Gegensatz zu Ihnen, unterrichten wir Sie vertragsgemäß über Maßnahmen, die unsere Zusammenarbeit betreffen. Im Lauf des Monats August werden alle PDC-Unternehmensbereiche in unserer Betriebsstätte Langenhagen, I[REDACTED]str. 9, konzentriert. Gleichzeitig haben wir unseren personellen Bedarf der aktuellen Situation angepaßt. Es ist gesichert, daß die bisherigen Entwickler für den Etiketten-Druckcomputer auch weiterhin zur Verfügung stehen; Dipl.-Ing. Klaus B[REDACTED] für die Hardware und Programmierer Peter C[REDACTED] für die Software. Unser Angebot zur Implementierung der erweiterten Möglichkeiten haben wir Ihnen am 1.8.84 zugesandt. Für die Fertigung bestehen ebenfalls keine Probleme, da neben dem weiterhin erhaltenen Fertigungsbereich L[REDACTED] auch die vom PDC CLIPPER her bekannte Form der Joint Production möglich ist.

Die Ihnen im Vertriebsvertrag, unabhängig vom Herstellerort, zugesicherte Belieferung ist also garantiert. Wir warten lediglich auf Ihre bisher ausgebliebenen Abrufe. ..."

Mit Schreiben ebenfalls vom 3. August 1984 nahm die Beklagte die C[REDACTED]bank, Filiale P[REDACTED], aus deren Vertragserfüllungsbürgschaft vom 25. Mai 1983 in Anspruch. Diese lehnte mit Schreiben vom 14. August 1984 eine Leistung ab, weil die für die Klägerin vorgesehene Abnahmefrist

erst mit der Lieferbereitschaft der Beklagten am 18. Januar 1984 begonnen und die Bürgschaft wegen Nichteinhaltung der Lieferungsverpflichtung ihre Gültigkeit verloren habe.

Nach weiterem Schriftwechsel zwischen den Parteien erklärte die Beklagte durch Anwaltsschreiben vom 13. September 1984 der Klägerin die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses, weil diese seit Monaten keine Bestellungen abgegeben und in ihrem Schreiben vom 31. Juli 1984 bestritten habe, überhaupt zu einer Abnahme verpflichtet zu sein. Gleichzeitig teilte sie mit, daß sie wegen Nichtbezahlung von Rechnungen im Gesamtbetrage von 33.809,39 DM an ihr zur Reparatur eingereichten Etikettendruck-Computern ein Zurückbehaltungsrecht geltend mache.

Die Klägerin ließ durch Anwaltsschreiben vom 28. September 1984 ihrerseits die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses erklären, weil die Beklagte sich mit anderen Interessenten in Verbindung gesetzt und dadurch wettbewerbswidrig verhalten, keinen Kundendienst geschult und keine Bedienungsanleitung geliefert, zur Reparatur eingereichte Geräte zurückgehalten, andere als gegenüber Dritten zu verwendende Vorführgeräte hergestellt habe und nicht mehr in der Lage sei, ihren Verpflichtungen zur Lieferung von Geräten und Ersatzteilen nachzukommen.

Die zentrale Rechtsabteilung der C[REDACTED] AG lehnte, nachdem die Beklagte die Bank mit Fernschreiben vom 21. September 1984 erneut als Bürgin in Anspruch genommen hatte,

mit Schreiben vom 1. Oktober 1984 eine Verpflichtung aus der Bürgschaft weiterhin ab und begründete dies zusätzlich damit, daß der Bürgschaftsfall, nachdem die Beklagte den Vertrag gekündigt habe, nicht mehr eintreten könne.

Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte sei nach Beendigung des Vertragsverhältnisses verpflichtet, die Bürgschaftsurkunde an die Bürgin zurückzugeben, weil diese die Bürgschaft auf den von ihr eingeräumten Kreditrahmen anrechne und sie bis zur Rückgabe der Urkunde mit Avalzinsen belaste. Die Beklagte meint, zur Rückgabe der Bürgschaftsurkunde nicht verpflichtet zu sein, weil die Klägerin sich ihr gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht habe und auch diese Verbindlichkeit von der Bürgschaft umfaßt werde.

Das Landgericht verurteilte die Beklagte, die Bürgschaftsurkunde an die Klägerin herauszugeben. Das Oberlandesgericht wies die Klage, mit der die Klägerin nunmehr die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an die C■■■■■■bank, Filiale P■■■■■■, begehrte, ab. Mit der Revision erstrebt die Klägerin weiterhin die Verurteilung der Beklagten, die Bürgschaftsurkunde an die Bürgin herauszugeben.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

I.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Klägerin könne von der Beklagten die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an die C■■■■■■bank, Filiale P■■■■■■, verlangen, wenn deren Bürgschaftsverpflichtung erloschen wäre.

1. Die C■■■■■■bank, Filiale P■■■■■■, hatte sich nach Maßgabe ihrer schriftlichen Bürgschaftserklärung vom 25. Mai 1983 gegenüber der Beklagten verpflichtet, für die ordnungsgemäße Erfüllung der von der Klägerin in dem Vertriebsvertrage vom 11. April 1983 übernommenen Verpflichtungen bis zur Gesamthöhe von 200.000 DM einzustehen, also mit ihr einen Bürgschaftsvertrag geschlossen (§ 765 Abs. 1 BGB). Die Klägerin nimmt, obgleich nicht Partei des Bürgschaftsvertrages, die Beklagte auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an die Bürgin in Anspruch, weil der Bürgschaftsfall nicht eingetreten sei und auch nicht mehr eintreten könne. Nach ihrem in der Revisionsinstanz zu unterstellenden Vortrag stellt ihr die Bürgin bis zur Rückgabe der Urkunde die Bürgschaftssumme in den Kreditrahmen ein und berechnet Avalzinsen. Deshalb ist das Rechtsschutzinteresse der Klägerin für den Klageanspruch gegeben.

2. Das Berufungsgericht bejaht die Schlüssigkeit des Herausgabeverlangens. Es gründe sich entweder auf die ergänzend dahin auszulegenden vertraglichen Absprachen der

Parteien, daß die Beklagte die ihr mit der Bürgschaft geleistete Sicherheit (§§ 232 Abs. 2, 239 BGB) nach Wegfall des Sicherungszwecks zurückzugewähren habe, oder auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.

Die Klage ist als durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingter Rückgewähranspruch schlüssig. Die Parteien hatten in Nr. 4 der Anlage I des Vertrages vom 11. April 1983 vereinbart, daß die Klägerin der Beklagten eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 200.000 DM zu stellen habe, in deren Rahmen diese die jeweiligen Abrufaufträge erfüllen werde. Dazu schloß die Klägerin mit der C-
bank P einen Avalkreditvertrag, durch den diese es gegen Zahlung der Avalprovision übernahm, sich zugunsten ihrer Kundin gegenüber deren Gläubigerin zu verbürgen (vgl. Senatsurt. v. 4. Mai 1984 - IX ZR 37/83, NJW 1984, 2088). Die Beklagte hat die Bürgschaft und die dafür ausgestellte Urkunde somit durch eine Leistung der Klägerin erlangt (vgl. BGH, Urt. v. 12. März 1984 - II ZR 10/83, NJW 1984, 2037, 2038). Diese ist zwar nicht Partei des Bürgschaftsvertrages, aber aufgrund der mit der Beklagten getroffenen Sicherungsabrede berechtigt, bei Wegfall des Sicherungszwecks von ihr die Rückgewähr der Sicherheit und deshalb auch die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an die Bürgin zu verlangen (vgl. für die Sicherungsgrundschuld Senatsurt. v. 25. März 1986 - IX ZR 104/83, NJW 1986, 2108 m.w.N.). Die Klägerin beruft sich darauf, daß der Sicherungszweck weggefallen sei, weil sie ein Recht zur fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses gehabt habe.

II.

1. Das Berufungsgericht verneint, daß mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses der Sicherungszweck für die Stellung der Bürgschaft entfallen sei, mit der Begründung, der Beklagten ständen gegen die Klägerin, die sich vertragswidrig verhalten habe, Schadensersatzansprüche zu, auf welche die Bürgschaft sich ebenfalls beziehe. Dazu führt es aus: Bei dem auf mehrere Jahre fest abgeschlossenen Vertrag habe es sich um ein Dauerschuldverhältnis gehandelt. Da eine Höchstmenge abzunehmender Geräte nicht vorgesehen gewesen sei, diese sich zudem teilweise noch in der Entwicklung befunden hätten, andererseits der Klägerin ein Alleinvertriebsrecht und ein gewisser Einfluß auf die Produktion eingeräumt worden sei, habe in höherem Maße als bei Kaufverträgen üblich eine Notwendigkeit gegenseitiger Information und Zusammenarbeit bestanden. Dieses Dauerschuldverhältnis habe einseitig nur durch Kündigung aus wichtigem Grund vorzeitig beendet, dadurch ein Schadensersatzanspruch begründet werden können.

Das Berufungsgericht ist, wie auch die Revision nicht bezweifelt, zutreffend davon ausgegangen, daß der durch die Vereinbarung vom 11. April 1983 begründete, später ergänzte Vertrag der Parteien ein Dauerschuldverhältnis war (vgl. BGH, Urt. v. 11. Februar 1981 - VIII ZR 312/79, NJW 1981, 1264). Daß nach § 242 BGB die Kündigung eines solchen Vertrages aus wichtigem Grund zulässig ist, auch wenn die Parteien dies nicht ausdrücklich vorgesehen haben (BGHZ 29,

171, 172; 41, 104, 108; ständig), und einen Anspruch auf Ersatz des durch die Kündigung erwachsenen Schadens auslösen kann (BGH, Urt. v. 11. Februar 1981 aaO), hat der Berufungsrichter ebenso zutreffend dargelegt wie seine Ansicht, daß im vorliegenden Falle auch dieser Anspruch von der Vertragserfüllungsbürgschaft mitumfaßt sei (vgl. § 767 Abs. 1 Satz 2 BGB; Senatsurt. v. 17. Dezember 1987 - IX ZR 263/86, NJW 1988, 907).

2. Ein wichtiger Grund zur Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses ist gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund deren dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Vertrages bis zu dessen vereinbarter Beendigung nicht zugemutet werden kann (BGH, Urt. v. 10. November 1977 - III ZR 39/76, NJW 1978, 947; Urt. v. 11. Februar 1981 aaO; ständig). Davon geht das Berufungsgericht aus.

Die Beklagte hat in ihrem Kündigungsschreiben vom 13. September 1984 die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses ausgesprochen, weil die Klägerin seit Monaten keine Bestellungen aufgegeben und in ihrem Schreiben vom 31. Juli 1984 bestritten habe, überhaupt zu einer Abnahme verpflichtet zu sein. Der Berufungsrichter bejaht, daß diese Gründe der Beklagten einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung gegeben hätten, und führt aus: Zwar habe die Beklagte keinen Anspruch auf Bestellung und Abnahme bestimmter Teilmengen zu bestimmten Zeitpunkten gehabt. Ihre Bitte um

Aufgabe der nächsten Bestellungen sei jedoch sachgerecht gewesen, damit sie habe disponieren können. Geräte zu produzieren, ohne aufgrund einer Bestellung zu wissen, wann sie geliefert und gezahlt würden, sei ihr nicht zuzumuten gewesen. Stattdessen habe die Klägerin durch das Anwaltsschreiben vom 31. Juli 1984 geleugnet, überhaupt eine Abnahmeverpflichtung zu haben. Ihre grundlose Weigerung, den Vertrag weiter zu erfüllen, sei geeignet gewesen, das Vertrauensverhältnis der Parteien so nachhaltig zu erschüttern, daß es der Beklagten, besonders auch deshalb, weil die Klägerin ein Alleinvertriebsrecht gehabt habe, nicht zuzumuten gewesen sei, am Verträge festzuhalten.

3. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben im Ergebnis Erfolg.

a) Die Parteien hatten in § 6 Abs. 1 des Vertriebsvertrages vom 11. April 1983 vereinbart, spätestens drei Monate vor dem Ablauf jeweils eines Jahres den Umfang der Lieferungen für das folgende Jahr festzulegen. Dann ist angesichts des Umstandes, daß es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelte, ein besonderes Interesse der Beklagten an und eine besondere Verpflichtung der Klägerin zu der Mitteilung ihrer Bezugswünsche nach Ablauf der ersten Hälfte des Bezugsjahres für das dritte Quartal eine Selbstverständlichkeit. Daß die Klägerin den größten Teil des durch die Bürgschaft allein gedeckten, auf dem Vertriebsvertrag vom 11. April 1983 beruhenden Jahresumsatzes von 750.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer im Juli 1984 bereits bestellt hatte, ist demgegenüber unerheblich. Sie hatte ihre geldlichen Vorleistungen im übrigen auch nur durch Annahme von der Beklagten ausgestellter

Wechsel erbracht, so daß ein von dieser für sich aufgezeigtes Risiko dieser Art der Finanzierung nicht auszuschließen ist. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, daß die Beklagte unstreitig nach ihrer Rechnung vom 30. April 1984 Lieferungen im Gesamtbetrage von 219.625,90 DM erbracht hat, die nach Abschluß der Vereinbarung vom 29. März 1984 erfolgt sind. Unter diesen Umständen war die Klägerin, wenn sie ihren Vertragspflichten nachkommen wollte, gehalten, die Beklagte zumindest von ihren Plänen für die weiteren Bestellungen zu unterrichten. Daß sie ihr stattdessen mit dem Anwaltsschreiben vom 31. Juli 1984 - wie sie selbst im Berufungsrechtszuge nicht mehr in Zweifel gezogen hat, rechtlich unzutreffend - mitteilte, sie sei überhaupt nicht verpflichtet, bestimmte Mengen von Geräten abzunehmen, kann eine so schwere Vertragsverletzung sein, daß sie geeignet war, das Vertrauensverhältnis so nachhaltig zu erschüttern, daß der Beklagten das Festhalten am Verträge nicht mehr zutunbar war.

b) Die Revision rügt jedoch mit Recht, daß das Berufungsgericht seine Entscheidung, der Beklagten sei das Festhalten am Verträge nicht mehr zuzumuten gewesen, rechtsfehlerhaft getroffen hat.

Bei der Entscheidung der Frage, ob einem Vertragsteil die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zuzumuten ist, spielt im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung aller Umstände regelmäßig das eigene Verhalten dieses Vertragsteils eine erhebliche Rolle (BGHZ 44, 271, 275; BGH, Urt. v. 11. Februar 1981 aaO).

aa) Beide Parteien haben in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht am 16. April 1986 übereinstimmend erklärt, daß das Vertragsverhältnis zwischen ihnen nicht mehr bestehe. Die Klägerin stützt ihr Herausgabeverlangen darauf, daß mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses der Sicherungszweck für die Bürgschaft entfallen sei. Die Beklagte beruft sich demgegenüber darauf, daß der Sicherungszweck fortbestehe, weil sie einen wichtigen Grund zur Kündigung des Vertrages gehabt und deshalb einen Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin habe. Nach allgemeinen Grundsätzen ist derjenige Vertragsteil darlegungs- und beweispflichtig für die Umstände, der sich auf sie beruft, um daraus das Recht zur fristlosen Kündigung herzuleiten. Der Berufungsrichter geht davon aus, daß auch die Beklagte durch Nichtweiterleitung der Adressen von Kaufinteressenten sich vertragswidrig verhalten habe, und hält es für möglich, daß sie nach dem 31. Juli 1984 ihren Vertragspflichten nicht mehr hätte nachkommen können. Bei der Beurteilung der Frage, ob ihr wegen des Verhaltens der Klägerin ein Festhalten am Vertrage nicht mehr zumutbar war, gehen Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Beklagten zu ihren Lasten.

bb) Die Klägerin hat zwar in dem Schreiben ihrer Anwälte an die Beklagte vom 31. Juli 1984 die unzutreffende Ansicht vertreten, eine Abnahmeverpflichtung nicht übernommen zu haben, dies aber auf der Grundlage ihres Bestreitens, daß die Beklagte ihren Geschäftsbetrieb fortführe. Wenn die Beklagte nicht beabsichtigte oder nicht in der Lage war, weiterhin Geräte für die Klägerin zu produzieren, könnte die Beurteilung des Verhaltens der Klägerin auf die Schreiben

der Beklagten vom 16. und 26. Juli 1984 zu einer anderen Wertung durch das Berufungsgericht führen. Die Klägerin rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht ihre Beweisantritte durch Benennung der Zeugen W [REDACTED], B [REDACTED] und C [REDACTED] dafür, daß die Beklagte nach dem 31. Juli 1984 zu einer Erfüllung ihrer Lieferungspflicht nicht mehr in der Lage gewesen sei, nicht hätte übergehen dürfen.

III.

Das Berufungsgericht kann deshalb keinen Bestand haben. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsrichter Gelegenheit, die für die Entscheidung erforderlichen Feststellungen rechtsfehlerfrei zu treffen. Auf die Frage, ob die Bürgschaft der C [REDACTED] bank P [REDACTED] durch die Abtretung der

durch sie gesicherten Forderung der Beklagten gegen die Klägerin an die C██████bank H██████ durch Konfusion erloschen ist, kommt es dafür nicht an.

Merz

Henkel

Fuchs

Gärtner

Winter