

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 196/73

URTEIL

Verkündet am

2. Oktober 1974

Scheibl,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Klaus Henning G. [REDACTED] in E. [REDACTED],
L. [REDACTED]straße [REDACTED], D. [REDACTED],

Beklagten, Revisionsklägers und
Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma D. [REDACTED]-Mischwerke GmbH & Co. oHG in K. [REDACTED],
J. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Oktober 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Dr. Hiddemann, Hoffmann und Merz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 18. Mai 1973 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin stellt bituminöses Mischgut für den Straßenbau her. Der Beklagte war geschäftsführender Gesellschafter der inzwischen erloschenen Firma V [REDACTED] [REDACTED] für B [REDACTED] GmbH & Co. KG (im folgenden VfB), die sich mit dem Handel und Transport von Baustoffen befaßte und zu der Klägerin seit längerer Zeit in laufender Geschäftsverbindung stand. Als im Herbst 1970 die Verpflichtung der VfB gegenüber der

- 3 -

Klägerin aus Warenlieferungen auf über 83 000 DM aufgelaufen war, kam es zu Verhandlungen zwischen den Parteien mit dem Ziel, der VfB die Abtragung ihrer Schulden in angemessenen Raten unter gleichzeitiger Absicherung der Klägerin zu ermöglichen. In einer schriftlichen Vereinbarung vom 2. November 1970 verpflichtete sich die vom Beklagten vertretene VfB gegenüber der Klägerin, die anerkannte Schuld von 83 410,75 DM nebst Zinsen in monatlichen Raten von zunächst 1 500 DM und ab 1. April 1971 3 000 DM abzutragen. Bei Zahlungsrückstand von mehr als einer Woche und bei Zahlungseinstellung seitens der VfB sollte der gesamte Restbetrag sofort fällig sein. Außerdem enthielt die Vereinbarung vom 2. November 1970, die der Beklagte neben seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der VfB auch persönlich unterzeichnete, folgende Bestimmungen:

"4. Sicherheiten

... Von Herrn Dipl.-Kaufmann Klaus Henning G. (Beklagten) ... persönlich erhält die D. (Klägerin) weiterhin eine Ausfallbürgschaft. Die Parteien sind darüber einig, daß für den Fall der Inanspruchnahme der Ausfallbürgschaft die Restschuld in monatlichen Teilbeträgen bis spätestens 31.12.1973 unter gleichzeitiger Gestellung von 120 % Sicherheiten getilgt wird ...

5. Gegenlieferungen - Frachtraumeinsatz

D. setzt im Rahmen ihres Geschäftsbetriebes VfB für Gegenlieferungen und als Transportunternehmer ein,

- a) ...
- b) im Rahmen des Transportunternehmens bis zur Höhe der von VfB zu erbringenden Kapazität ihres Frachtraumes."



In einer weiteren Urkunde ebenfalls vom 2. November 1970 übernahm der Beklagte für die Forderung der Klägerin gegen die VfB die Ausfallbürgschaft.

Die VfB, die schon die Novemberrate nicht bezahlt hatte, stellte Anfang Dezember 1970 ihren Geschäftsbetrieb ein und teilte mit Schreiben vom 9. Dezember 1970 der Klägerin ihre Zahlungsunfähigkeit mit. Der Beklagte vermietete daraufhin seine vier Lastzüge, die er bisher mietweise der VfB zur Verfügung gestellt hatte, an die Firma R. [REDACTED] Handels- und Frachtenkontor GmbH. Mit Schreiben vom 17. Dezember 1970 bat ihn die Klägerin unter Hinweis auf die mit Zahlungseinstellung eingetretene Fälligkeit der Restforderung gegenüber der VfB und einen nach Verwertung der Sicherheiten voraussichtlich entstehenden Ausfall von mindestens 50 % ihrer Forderung um Mitteilung, ob er in den in Ziff. 4 der Vereinbarung vom 2. November 1970 vorgesehenen Zahlungsturnus einsteigen wolle. In einem weiteren Schreiben vom 18. Dezember 1970 teilte sie dem Beklagten außerdem folgendes mit:

"/Wir/ bestätigen, daß die D. [REDACTED]-Mischwerke unter den Bedingungen des mit der VfB geschlossenen Vertrages vom 2.11.1970 die R. [REDACTED] Handels- und Frachtenkontor GmbH für Gegenlieferungen und als Transportunternehmer einsetzt, soweit es sich um Fahrzeuge aus Ihrer Vermietung handelt und der Einsatz im Rahmen unseres Geschäftsbetriebes möglich ist:

- a) ...
- b) im Rahmen des Transportunternehmens bis zur Höhe der von R. [REDACTED] zu erbringenden Kapazität des Frachtraumes."

Am 22. Dezember 1970 erklärte der Beklagte der Klägerin unter Bezugnahme auf deren Schreiben vom 17. Dezember 1970 und ein geführtes Telefongespräch, daß er seine Bürgschaftsverpflichtung gemäß der getroffenen Vereinbarung wahrnehmen werde. Er zahlte die für die Monate Dezember 1970 bis März 1971 fälligen Raten von je 1 500 DM, rügte aber schon mit Schreiben vom 28. Dezember 1970, daß die Klägerin ihrer Verpflichtung zur vorrangigen Erteilung von Frachtaufträgen an die Firma R [REDACTED] und damit zur Auslastung seiner Lkw's nicht nachkomme, und stellte, nachdem er mit Schreiben vom 29. April 1971 unter Hinweis auf die nach wie vor unzureichenden Frachtaufträge von der Vereinbarung vom 2. November 1970 zurückgetreten war, weitere Zahlungen ein.

Mit der Klage macht die Klägerin aus Bürgschaft einen Betrag von 62 454,42 DM nebst Zinsen geltend, mit dem sie nach Verwertung der Sicherheiten wegen ihrer Forderung gegen die VfB ausgefallen sei. Die Zahlungsverweigerung des Beklagten sei unbegründet, weil sie - die Klägerin - weder in Ziff. 5 der Vereinbarung vom 2. November 1970 noch in ihrem Schreiben vom 18. Dezember 1970 eine bindende Verpflichtung, die VfB bzw. die Firma R [REDACTED] vorrangig zu Transporten heranzuziehen, übernommen, sich vielmehr ausdrücklich die Vergabe von Aufträgen auch an andere langjährige Kunden vorbehalten habe. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; das Berufungsgericht hat dem Klagebegehren bis auf einen geringfügigen Teil der Zinsen stattgegeben, der Klägerin jedoch 6/7 der Kosten der

Berufungsinstanz mit der Begründung auferlegt, sie habe das entscheidungserhebliche Schreiben vom 17. Dezember 1970 schuldhaft erst im Berufungsrechtszug vorgelegt. Der Beklagte erstrebt mit der Revision die Abweisung der Klage, die Klägerin mit der Anschlußrevision die Auferlegung der gesamten Kosten auf den Beklagten. Beide Parteien beantragen, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob der Beklagte sich zur Übernahme der Ausfallbürgschaft erst bereit gefunden habe, nachdem die Klägerin in Ziff. 5 der Vereinbarung vom 2. November 1970 als Gegenleistung die Heranziehung der VfB zu Transporten zugesichert hatte, und ob entsprechend der Ansicht des Beklagten ihm deshalb ein Rücktrittsrecht von dem Bürgschaftsversprechen eingeräumt werden müsse, weil die Klägerin ihre insoweit eingegangenen Verpflichtungen verletzt habe. Jedenfalls seien mit der auf die Zahlungseinstellung der VfB gestützten Aufforderung der Klägerin vom 17. Dezember 1970, die Verpflichtungen aus dem Bürgschaftsversprechen einzuhalten, und der vom Beklagten am 22. Dezember 1970 dementsprechend abgegebenen Zusicherung alle weiteren Vereinbarungen vom 2. November 1970 zwischen der Klägerin und der VfB hinfällig geworden. Soweit sich die Klägerin mit Schreiben vom 18. Dezember 1970 dem Beklagten gegenüber bereit gefunden habe, anstelle der VfB die Firma R. als Transportunternehmer einzusetzen, habe es sich nicht um die Übernahme einer Verpflichtung, sondern nur um eine Gefälligkeit gehandelt, aus der der

Beklagte keine Ansprüche herleiten könne. Er sei demgemäß auf Grund der von ihm übernommenen und mit Schreiben vom 22. Dezember 1970 nochmals bestätigten Bürgschaft zur Zahlung verpflichtet.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten nicht in allen Punkten einer rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Richtig ist allerdings, daß der Beklagte aus der Vereinbarung vom 2. November 1970 allein ein Rücktrittsrecht und damit die Befugnis, Zahlungen aus der Ausfallbürgschaft zu verweigern, nicht herleiten kann. Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts hat die VfB bereits Anfang Dezember 1970 - also nur wenige Wochen nach Abschluß der Vereinbarung vom 2. November 1970 - ihren Geschäftsbetrieb eingestellt. Damit entfiel die Möglichkeit für die Klägerin, sie mit der Durchführung von Transporten zu betrauen, ohne daß dadurch die Verpflichtung des Beklagten aus seiner Ausfallbürgschaft wegfiel. Die erstmals im Revisionsrechtszug vom Beklagten aufgestellte Behauptung, eine unzureichende Erteilung von Transportaufträgen an die VfB bereits in der Zeit vom 2. November bis Anfang Dezember 1970 könne die Zahlungsunfähigkeit der VfB herbeigeführt haben, ist neu und kann schon gemäß § 561 Abs. 1 ZPO keine Berücksichtigung finden, - ganz abgesehen davon, daß es sich bei diesem weitgehend unsubstantiierten Vorbringen ersichtlich um bloße Vermutungen handelt.

2. Dagegen erweist sich die Würdigung des Schreibens der Klägerin vom 18. Dezember 1970 durch das Berufungsgericht als von Rechtsfehlern beeinflusst.

a) Der Beklagte hatte mit Schriftsatz vom 10. Mai 1973 (GA Bl. 213) behauptet und durch Benennung der Zeugen P. [REDACTED] und W. [REDACTED] unter Beweis gestellt, er habe sich sogleich nach Erhalt des Schreibens vom 17. Dezember 1970 mit den vorgenannten Zeugen - Angestellten der Klägerin - fernmündlich in Verbindung gesetzt und vereinbart, daß unter den Bedingungen des mit der VfB geschlossenen Vertrages vom 2. November 1970 nunmehr die Firma R. [REDACTED] einzusetzen sei. War dem so, und berücksichtigt man weiterhin, daß die VfB - wie im Revisionsrechtszug zugunsten des Beklagten zu unterstellen ist - nach der ursprünglich getroffenen Vereinbarung vorrangig vor anderen Transportunternehmen zu Transportleistungen für die Klägerin heranzuziehen war, wie der Beklagte behauptet, so läßt sich die Ansicht des Berufungsgerichts, es habe sich bei der Vereinbarung vom 18. Dezember 1970 lediglich um eine Gefälligkeitsabsprache ohne bindende Verpflichtung der Klägerin gehandelt, nicht halten.

b) Entsprechendes gilt von der Hilfserwägung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe mit ihrem Schreiben vom 18. Dezember 1970 eine etwa ursprünglich gegebene Zusicherung, die VfB vorrangig mit Transporten zu betrauen, hinsichtlich der Beauftragung der Firma

R. [REDACTED] eingeschränkt und sich nur zur Berücksichtigung bei der Auftragsvergabe neben anderen Transportunternehmern verpflichtet. Allerdings weicht - bei sonst gleichem Wortlaut - das Schreiben vom 18. Dezember 1970 von der entsprechenden Ziff. 5 der Vereinbarung vom 2. November 1970 insoweit ab, als die Worte "im Rahmen des Geschäftsbetriebes [der Klägerin]" durch den Zusatz: "soweit der Einsatz im Rahmen unseres Geschäftsbetriebes möglich ist" ersetzt sind. Geht man aber von einer ursprünglichen Verpflichtung der Klägerin zum vorrangigen Einsatz der VfB und von einer bloßen Auswechslung der VfB durch die Firma R. [REDACTED] unter sonst gleichen Bedingungen aus, so liegt die Auslegung zumindest sehr nahe, daß mit der M ö g l i c h k e i t lediglich der bei der Klägerin jeweils anfallende Bedarf an Fremdtransporten angesprochen werden sollte. Das wird das Berufungsgericht, an das die Sache zurückverwiesen werden muß, bei der erneuten Auslegung des vorgenannten Schreibens zu berücksichtigen haben. Daß es sich dabei um ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben über die voraufgegangene mündliche Vereinbarung handelte, ist unerheblich, weil der Beklagte ihm mit Anwaltschreiben vom 28. Dezember 1970 in dem hier streitigen Punkt widersprochen hat und dieser Widerspruch mit Rücksicht auf die Weihnachtsfeiertage und die nicht besondere Eilbedürftigkeit der Sache als rechtzeitig angesehen werden muß.

c) Der Umstand, daß der Beklagte seine Darstellung über die fernmündliche Vereinbarung vom

18. Dezember 1970 und den Sinn des Schreibens vom selben Tage erst in einem nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz gegeben hat, obwohl ihm durch Beschluß vom 18. April 1973 eine Schriftsatzfrist lediglich zur H ö h e des Anspruchs gewährt war, entband das Berufungsgericht nicht von der Verpflichtung, dieses Vorbringen bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen.

Die Klägerin hatte auf das vom Berufungsgericht für entscheidungserheblich erachtete Schreiben vom 17. Dezember 1970 bereits in der Berufungsbegründung (GA Bl. 102) hingewiesen und seinen Inhalt zumindest teilweise mitgeteilt. Wenn das Berufungsgericht gleichwohl zunächst in einer umfangreichen Beweisaufnahme - u.a. noch in der letzten mündlichen Verhandlung - den Inhalt der Vereinbarung vom 2. November 1970 zu klären versuchte, so konnten beide Parteien davon ausgehen, daß es nach Ansicht des Berufungsgerichts auf das vorgenannte Schreiben nicht streitentscheidend ankam. Bei dieser Sachlage wäre das Gericht, wenn es nach Vorlage der Schreiben vom 9. und 17. Dezember 1970 durch die Klägerin die durchgeführte Beweisaufnahme nunmehr für überflüssig hielt, gemäß § 139 ZPO verpflichtet gewesen, die Parteien auf die veränderten rechtlichen Gesichtspunkte hinzuweisen und dem Beklagten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Daß dieser dann seinen Vortrag entsprechend ergänzt hätte, zeigt der weitere Verfahrensablauf.

Überdies ergab sich eine Verpflichtung, dem Beklagten eine Schriftsatzfrist auch zum Grund des Anspruchs einzuräumen, aus dem Umstand, daß die Klägerin ohne rechtzeitige vorherige Mitteilung erst in der mündlichen Verhandlung vom 18. April 1973 die Schreiben vom 9. und 17. Dezember 1970 im Original vorgelegt und zum Gegenstand ihres Sachvortrags gemacht hatte. Die Verpflichtung zur Gewährung einer Nachfrist ergibt sich in einem derartigen Fall zwingend aus § 272 a ZPO (vgl. RG JW 1934, 1909 m. Anm. von Roquette; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 10. Aufl. § 84 II 3).

3. Daß die Klägerin die Firma R. von Anfang an nicht vorrangig, sondern nur neben anderen Fuhrunternehmen zu Transporten herangezogen und trotz Vorhaltungen des Beklagten an ihrem Standpunkt festgehalten hat, bestreitet sie selbst nicht. Ein in diesem Verhalten und der hartnäckigen Weigerung liegender Verstoß gegen die Vereinbarung vom 2. November/18. Dezember 1970 könnte dem Beklagten allerdings nur dann ein Recht zum Rücktritt unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung gegeben haben, wenn die Verpflichtung der Klägerin und die von ihm übernommene Verpflichtung zur Gestellung einer Ausfallbürgschaft in einem wechselseitigen (synallagmatischen) Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gestanden hätten. Daß die Gestellung einer Bürgschaft wie auch die Verpflichtung zu ihrer Übernahme, obwohl es sich bei der Bürgschaft um einen einseitig verpflichtenden Vertrag handelt, Teile eines gegenseitigen Vertrages

i.S. der §§ 320 ff BGB sein können, ergibt sich aus dem im Schuldrecht herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 305) und ist in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt (vgl. RGZ 65, 46; 66, 425; Soergel/Siebert BGB 10. Aufl. vor § 765 Rdn. 3; Fischer in BGB RGRK 11. Aufl. vor § 765 Anm. 4). Im vorliegenden Fall ergibt sich die enge Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung schon aus der Interessenlage. Der Beklagte - an der Vereinbarung vom 2. November 1970, wie seine auch persönlich geleistete Unterschrift zeigt, selbst als Vertragspartner beteiligt - hatte ein dringendes wirtschaftliches Interesse daran, daß durch kapazitätsauslastende Transportaufträge die von ihm beherrschte VfB Gewinne erzielte, die sie zur Einhaltung der Ratenzahlungspflicht instand setzten und das Risiko seiner eigenen Inanspruchnahme aus der Ausfallbürgschaft verminderten. Entsprechendes gilt nach Einstellung des Betriebes durch die VfB; als nunmehr alleiniger Vertragspartner der Klägerin und aus der Bürgschaft in Anspruch genommen, mußte er in besonderem Maße daran interessiert sein, daß die von ihm an die Firma R vermieteten Lkw's möglichst gewinnbringend eingesetzt wurden und er aus dem Mietaufkommen seine Bürgenpflicht erfüllen konnte. Ergibt die weitere Aufklärung des Sachverhalts, daß der Beklagte mit Schreiben vom 29. April 1971 zu Recht von der Vereinbarung vom 2. November/18. Dezember 1970 und damit von seiner Verpflichtung zur Gestellung einer Ausfallbürgschaft zurückgetreten ist, so könnte er die Inanspruchnahme aus der mit gesonderter Urkunde vom 2. November 1970 übernommenen Bürgschaft gemäss § 812 Abs. 1 Satz 2, § 821 BGB verweigern.

III. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revisionsinstanz - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird zu prüfen haben, ob die Klägerin sich zur vorrangigen Vergabe von Transportaufträgen zunächst an die VfB und später an die Firma R. verpflichtet hat. Die Aufhebung des Berufungsurteils erfaßt notwendig die Kostenentscheidung auch insoweit, als das Berufungsgericht der Klägerin gemäß § 97 Abs. 2 ZPO einen Teil der Kosten des Berufungsrechtszugs auferlegt hat; der Umstand, daß die angefochtene Entscheidung insoweit dem Revisionskläger günstig war, steht einer Aufhebung nicht entgegen (vgl. RG JW 1913, 696; BGH, Beschl. vom 11. Januar 1965, VII ZR 167/63 = KostRspr § 308 ZPO Nr. 4 [nur L.S. 7; BVerwGE 14, 171, 174]). Einer Entscheidung, ob eine Aufhebung der Kostenentscheidung auch aus den von der Anschlußrevision vorgebrachten Gründen erfolgen müßte, bedarf es daher nicht.

Dr. Haidinger

Claßen

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Merz