

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 397

An die Annahme eines konkludent erklärten Verzichtes sind strenge Anforderungen zu stellen (im Anschluß an BGH, Urteile vom 20. Mai 1981 - IVb ZR 570/80 = FamRZ 1981, 763 und vom 16. November 1993 - XI ZR 70/93 = NJW 1994, 379).

BGH, Urteil vom 22. Juni 1995 - VII ZR 118/94 - OLG Rostock
LG Rostock

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 118/94

Verkündet am:
22. Juni 1995
Seelinger-Schardt
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Juni 1995 durch die Richter Bliesener, Prof. Quack, Prof. Dr. Thode, Dr. Haß und Hausmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Rostock vom 4. Mai 1994 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Widerklage abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der Anschlußrevision, an den 5. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin beauftragte den Beklagten im April 1992, Metallbau- und Schlosserarbeiten für ein Einkaufszentrum in L. zum Pauschalpreis von 2.060.000 DM auszuführen; die VOB/B war vereinbart.

Nach Vertragsschluß stritten sich die Parteien darüber, in welcher Höhe die Klägerin dem Beklagten eine Bürgschaft zur Verfügung zu stellen hatte. Nach der Behauptung des Beklagten war es ein Betrag von 1 Mio. DM. Im Anschluß an einen Schriftwechsel im Mai 1992 übergab die Klägerin dem Beklagten eine Bürgschaftsurkunde vom 3. Juni 1992 über 500.000 DM. Im August 1992 lehnte sie eine weitere Bürgschaft über dieselbe Höhe ab, während der Beklagte darauf bestand. Mit Schreiben vom 15. September 1992 teilte er ihr u.a. mit:

"Es wurde zwischen Herrn K. (= kaufmännischer Leiter der Klägerin) und Herrn L. (= Beklagter) keine Änderung über die Höhe der Bankbürgschaft getroffen. Wir haben vielmehr entgegenkommenderweise damals auf die volle Höhe verzichtet. Da jetzt mit der Produktion begonnen wird, muß ich auf Absicherung meiner Leistung bestehen, wie im Vertrag vereinbart."

Mit Schreiben vom 6. September (richtig wohl 6. Oktober) 1992 kündigte die Klägerin den Vertrag wegen angeblicher Zahlungsschwierigkeiten des Beklagten.

Die Klägerin hat Herausgabe der Bürgschaftsurkunde und Avalzinsen begehrt; der Beklagte hat widerklagend Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen in Höhe von 1.080.653,90 DM geltend gemacht. Das Landgericht hat Klage und Widerklage abgewiesen. Während die Berufung der Klägerin im wesentlichen Erfolg hatte, ist das Rechtsmittel des Beklagten nach Beweisaufnahme erfolglos geblieben. Der Beklagte verfolgt mit seiner Revision sein Widerklagebegehren weiter. Die auf höhere Avalzinsen gerichtete Anschlußrevision der Klägerin hat der Senat nicht angenommen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache.

I.

Das Berufungsgericht führt aus, dem Beklagten stehe kein Vergütungsanspruch zu. Die Klägerin habe den Vertrag zwar nicht wegen Zahlungsschwierigkeiten, wohl aber nach § 8 Nr. 3 VOB/B kündigen dürfen. Der Beklagte habe zu Unrecht auf einer weiteren Bürgschaft bestanden, so daß die Zusammenarbeit mit ihm unzumutbar geworden sei. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, daß der technische Leiter der Klägerin dem Beklagten am 8. Mai 1992 verbind-

lich die Stellung einer Bürgschaft über 1 Mio. DM zugesagt habe. Aufgrund der vom Zeugen K. bekundeten, wenige Tage später mit dem Büro des Beklagten geführten Telefonate sei jedoch bewiesen, daß die Parteien die Abrede über die Stellung einer Bürgschaft über 1 Mio. DM dahingehend geändert hätten, daß lediglich noch die Hergabe einer Bürgschaft über 500.000 DM geschuldet werde. Dem abweichenden Vortrag des Beklagten sei nicht zu folgen, zumal er in seinem Schreiben vom 15. September 1992 auf die volle Höhe verzichtet habe. Seine in diesem Schreiben enthaltene anderslautende Erklärung stehe dem nicht entgegen, da mit der widerspruchslosen Entgegennahme der Bürgschaft über 500.000 DM und dem Verzicht auf deren ursprünglich vereinbarte volle Höhe die vorherige Vereinbarung konkludent geändert worden sei.

II.

Das hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Die Würdigung der Aussage des Zeugen K. verstößt gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze; die vom Berufungsgerecht daraus gezogenen Schlußfolgerungen entbehren der Grundlage.

Der Zeuge K. hat, soweit von Interesse, bekundet:

"Die Firma L. hat (auf ein Schreiben der Klägerin vom 11. Mai 1992) geantwortet, daß eine Bankbürgschaft über 1.000.000 DM zugesagt worden sei, wobei offengelassen wurde, von wem. Nach meiner Kenntnis hatte es eine sol-

che Vereinbarung nicht gegeben, weder schriftlich noch mündlich. Aus Zeitnot wurde dann entschieden, eine Bankbürgschaft über 500.000 DM zu beantragen und der Firma L. zur Verfügung gestellt

Auf Frage des Gerichts:

Über die Bürgschaft habe ich mit einem Vertreter der Firma L. zu keinem Zeitpunkt gesprochen. Es kann sein, daß ich ein Telefongespräch geführt habe, möglicherweise mit jemanden des Namens A., das kann ich aber nur mit äußerstem Vorbehalt sagen ..."

Die auch vom Berufungsgericht bejahte vertragliche Verpflichtung der Klägerin, dem Beklagten eine Bürgschaft über 1 Mio. DM zur Verfügung zu stellen, konnte nur durch eine rechtsgeschäftliche Einigung der Parteien geändert werden. Eine entsprechende Einigung wird jedoch durch das vom Zeugen K. als möglich dargestellte Telefonat nicht belegt. Seiner Aussage läßt sich ein übereinstimmender Wille der Parteien, es solle entgegen der Vereinbarung vom 8. Mai 1992 nur eine Bürgschaft über 500.000 DM zur Verfügung gestellt werden, nicht entnehmen. Sie enthält auch kein Motiv für die Annahme, der Beklagte könne sich mit der Stellung einer auf den halben Betrag ermäßigten Bürgschaft einverstanden erklärt haben.

2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Bedeutung des Schreibens des Beklagten vom 15. September 1992 sind vom rechtlichen Ansatz her nicht ohne weiteres verständlich. Die Begründung, mit der widerspruchslosen Entgegennahme der Bürgschaft über 500.000 DM und dem Verzicht auf deren ursprünglich vereinbarte volle Höhe sei die vor-

herige Vereinbarung konkludent geändert worden, ist in mehrfacher Hinsicht rechtsfehlerhaft.

a) Das Berufungsgericht entnimmt einerseits der Aussage des Zeugen K., aufgrund der von ihm bekundeten Telefonate mit dem Büro des Beklagten sei die ursprüngliche Vereinbarung über die Höhe der Bürgschaftssumme geändert worden. Andererseits führt es im Anschluß daran aus, die ursprüngliche Vereinbarung sei später konkludent durch widerspruchslose Entgegennahme der Bürgschaft durch den Beklagten und seinen Verzicht auf die ursprünglich vereinbarte volle Höhe geändert worden. Beide Begründungen schließen einander ohne nähere Erläuterung aus; die denselben Punkt betreffende Änderung eines Vertrages kann nicht zunächst ausdrücklich und später nochmals konkludent vereinbart worden sein. Die Ausführungen des Berufungsgerichts gewinnen nur als Haupt- und Hilfsbegründung einen Sinn.

b) Das Berufungsgericht trifft zu der von ihm angenommenen konkludenten Vertragsänderung keine tragfähigen Feststellungen.

aa) Es fehlt bereits die für ein Angebot zu einer Vertragsänderung notwendige Feststellung, die Klägerin habe mit der Übergabe der Bürgschaftsurkunde über 500.000 DM, also mit einer Teilleistung, konkludent die Erklärung verbunden, der Beklagte möge sich damit begnügen und dies als vollständige Erfüllung ansehen. Aus welchen Umständen der Beklagte diese Teilleistung als Erklärung vollständiger Erfüllung hätte erkennen können, bleibt unerörtert. Feststellungen zur Annahme eines Angebotes fehlen gleichfalls.

Nimmt ein Gläubiger eine Teilleistung an, so läßt sich daraus allein nicht herleiten, er sehe darin zugleich die Erklärung des Schuldners, weitere Leistungen nicht mehr erbringen zu wollen, und sei damit einverstanden.

bb) Im übrigen hat das Berufungsgericht verkannt, daß an die Annahme eines konkludent erklärten Verzichts strenge Anforderungen zu stellen sind (BGH, Urteile vom 20. Mai 1981 - IVb ZR 570/80 = FamRZ 1981, 763 und vom 16. November 1993 - XI ZR 70/93 = NJW 1994, 379). Seine Beurteilung, dem Schreiben des Beklagten vom 15. September 1992 sei ein Verzicht zu entnehmen, verstößt jedenfalls gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze. Das Schreiben enthält seinem Wortlaut nach keine Verzichtserklärung, sondern nur die Erläuterung eines in der Vergangenheit liegenden Vorgangs. Eine allein am Wortlaut "wir haben vielmehr entgegenkommenderweise damals auf die volle Höhe verzichtet" orientierte Auslegung läßt je nach Betonung der Worte sowohl die Annahme, man habe damals endgültig auf die volle Höhe verzichtet, als auch die Auslegung zu, die zugesagte Bürgschaft sei damals nicht in voller Höhe, wohl aber später uneingeschränkt zu stellen. In Verbindung mit dem davorstehenden, den Abschnitt einleitenden Satz, es sei zwischen Herrn K. und dem Beklagten keine Änderung über die Höhe der Bankbürgschaft getroffen worden, kommt unzweifelhaft nur die zweite Möglichkeit in Betracht. Dafür spricht auch der abschließende Satz dieses Schreibens, mit dem der Beklagte auf den im Schreiben vom 8. Mai 1992 angekündigten Eingang der vereinbarten Bürgschaft verweist. Mit diesem Schreiben, so stellt es das Berufungsgericht selbst fest, hatte die Klägerin eine Bürgschaft über 1 Mio. DM zugesagt.

III.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil nicht bestehenbleiben; es ist aufzuheben. Da weitere Feststellungen fehlen, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen; dabei hat der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Das Berufungsgericht wird, sofern sich die Auftragsentziehung der Klägerin, gegebenenfalls nach ergänzendem Vortrag der Parteien und erneuter Beweisaufnahme, nicht als begründet erweisen sollte, den auf § 8 Nr. 1 VOB/B gestützten Anspruch des Beklagten zu prüfen haben.

Bliesener

Quack

Thode

Haß

Hausmann