



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **VERSÄUMNIS- URTEIL**

XI ZR 3/04

Verkündet am:  
28. Juni 2005  
Weber,  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 2005 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe, den Richter Dr. Müller, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Ellenberger und Prof. Dr. Schmitt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 2. Dezember 2003 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 19. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus einer selbstschuldnerischen Höchstbetragsbürgschaft über 2,3 Millionen DM auf einen Teilbetrag in Höhe von 400.000 DM (204.516,75 €) in Anspruch.

Mit schriftlicher Bürgschaftserklärung vom Januar 1995 übernahm der Beklagte gegenüber der Rechtsvorgängerin der Klägerin (im folgenden: Klägerin) für

"alle bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche, die der Bank ... aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung gegen J. K. und I. GmbH ... aus der Finanzierung über 2.300.000 DM w/Grundstück "G. weg" ... zustehen"

die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Höchstbetrag von 2,3 Millionen DM.

Mit Schreiben vom 2. März 1995 adressiert an "Herrn J. K. und I. GmbH GbR" stellte die Klägerin einen Barkredit von 2,3 Millionen DM zur Restkaufpreisfinanzierung des Grundstückes "G. weg" in P. bereit, das von der I. GmbH erworben worden war.

Mit Schreiben vom 10. März 1998 kündigte die Klägerin den Darlehensvertrag und stellte den Schuldsaldo auf dem Darlehenskonto in Höhe von 3.182.421,68 DM zur sofortigen Rückzahlung fällig.

Über das Vermögen der I. GmbH wurde am 26. März 1998 das Konkursverfahren eröffnet. Den Erlös aus der Veräußerung des Grundstücks durch den Konkursverwalter in Höhe von 5,2 Millionen DM verrechnete die Klägerin mit einer anderen Darlehensforderung, die durch eine auf dem veräußerten Grundstück lastende Grundschuld gesichert war.

Das Landgericht hat den Beklagten als Bürgen zur Zahlung von 204.516,75 € verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit ihrer - vom Senat zugelassenen - Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### Entscheidungsgründe:

Da der Beklagte in der mündlichen Verhandlung trotz rechtzeitiger Ladung zum Termin nicht vertreten war, war über die Revision der Klägerin durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil ist jedoch keine Folge der Säumnis, sondern beruht auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 81 f.).

Die Revision ist begründet; sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### I.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet:

Die Bürgschaftsübernahme des Beklagten sei nicht wirksam, da die gleichzeitig mündlich vereinbarte aufschiebende Bedingung, daß das Darlehen nur mit seiner Zustimmung ausgereicht werden dürfe, nicht eingetreten sei. Das Vorbringen des Beklagten hierzu sei in erster In-

stanz unstreitig geblieben. Das Bestreiten der Klägerin in der Berufungsinstanz sei nach §§ 530, 521 Abs. 2, 277 ZPO verspätet und mangels einer Entschuldigung gemäß § 296 ZPO nicht zuzulassen, da die für den unbedingten Abschluß des Bürgschaftsvertrags beweispflichtige Klägerin insoweit hätte Zeugenbeweis antreten müssen, der den Rechtsstreit verzögert hätte. Im übrigen sei die Klage auch deshalb unbegründet, weil der an die aus J. K. und der I. GmbH bestehende GbR ausgereichte Kredit von der Bürgschaft des Beklagten nicht umfaßt sei.

## II.

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung in mehreren Punkten nicht stand.

1. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Bürgschaftsübernahme des Beklagten sei nicht wirksam, weil die gleichzeitig vereinbarte Bedingung nicht erfüllt sei, beruht auf Verfahrensfehlern und verletzt den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, den Vortrag der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung in Erwägung zu ziehen (BVerfGE 42, 365, 367; 60, 247, 249; 65, 305, 307; 69, 141, 143; 70, 288, 293; BVerfG NJW-RR 2001, 1006, 1007). Die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 1 GG setzt dabei voraus, daß sich aus den besonderen Umständen des Falles ergibt, daß Vorbringen der Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder ersichtlich nicht erwogen worden ist (BVerfGE 65, 293, 295 f.; 69, 141, 143 f.; 70, 288, 293; 79,

51, 61; 86, 133, 146; 96, 205, 216 f.; BVerfG NJW 2000, 131). Nach diesen Maßstäben ist Art. 103 Abs. 1 GG hier verletzt.

a) Rechtsfehlerhaft ist bereits der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, der Beklagte habe zu der angeblich mündlich vereinbarten aufschiebenden Bedingung in erster Instanz unstreitig vorgetragen. Diese Feststellung steht im Widerspruch zu der Darstellung im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils, auf den das Berufungsgericht insoweit gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO ausdrücklich Bezug genommen hat. Denn dort ist das Vorbringen des Beklagten, bei Übernahme der Bürgschaft habe man verabredet, daß der Kredit nur mit seiner Zustimmung ausgereicht werde, als streitiger Beklagtenvortrag wiedergegeben.

aa) Den Beweis für das mündliche Vorbringen einer Partei im erstinstanzlichen Verfahren liefert nach § 314 ZPO der Tatbestand des Ersturteils (BGHZ 140, 335, 339; BGH, Urteil vom 10. November 1995 - V ZR 179/94, WM 1996, 89, 90; BGH, Versäumnisurteil vom 15. Juni 2000 - III ZR 305/98, WM 2000, 1548, 1549). Diese Beweiswirkung erstreckt sich auch darauf, ob eine bestimmte Behauptung bestritten ist oder nicht (BGH, Urteil vom 17. Mai 2000 - VII ZR 216/99, WM 2000, 1871, 1872).

bb) Dabei ist es unerheblich, daß die Klägerin - entgegen der Auffassung der Revision - in keinem ihrer erstinstanzlichen Schriftsätze den Vortrag des Beklagten zu der mündlichen Zusatzabrede bestritten hat. Denn der Beweis durch den Urteilstatbestand kann nur durch das Sitzungsprotokoll, nicht aber durch den Inhalt der Schriftsätze entkräftet werden (BGH, Urteil vom 23. Juni 1959 - VI ZR 83/58, VersR 1959, 853, 854). Vorher eingereichte Schriftsätze sind durch den Tatbestand, der für

das Vorbringen am Schluß der mündlichen Verhandlung Beweis erbringt, überholt. Bei einem Widerspruch zwischen dem Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und der Wiedergabe des Parteivorbringens im Urteilstatbestand sind die Ausführungen im Tatbestand maßgeblich (BGHZ 140, 335, 339; Senat, Urteil vom 21. Januar 2003 - XI ZR 125/02, WM 2003, 483, 484). Danach mußte das Berufungsgericht gemäß § 314 ZPO davon ausgehen, daß die Klägerin das Vorbringen des Beklagten zur angeblich vereinbarten Bedingung für die Bürgschaftsübernahme mündlich bestritten hat.

b) Des weiteren hat das Berufungsgericht das Bestreiten der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 21. Oktober 2003 rechtsfehlerhaft als verspätet zurückgewiesen und bei seiner Entscheidung unberücksichtigt gelassen.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf eine in erster Instanz siegreiche Partei darauf vertrauen, daß das Berufungsgericht ihr rechtzeitig einen Hinweis erteilt, wenn es der Beurteilung der Vorinstanz nicht folgen will. Außer zur Hinweiserteilung ist das Berufungsgericht auch verpflichtet, der betroffenen Partei Gelegenheit zu geben, auf den Hinweis zu reagieren und ihren Tatsachenvortrag zu ergänzen oder den des Gegners substantiiert zu bestreiten sowie gegebenenfalls Beweis anzutreten (BGH, Urteile vom 27. April 1994 - XII ZR 16/93, WM 1994, 1823, 1824, vom 27. November 1996 - VIII ZR 311/95, NJW-RR 1997, 441, vom 8. Februar 1999 - II ZR 261/97, WM 1999, 1379, 1380 f. und Senatsurteil vom 21. Dezember 2004 - XI ZR 17/03, Umdruck S. 6 m.w.Nachw.; Senatsbeschluß vom 15. Februar 2005 - XI ZR 144/03, Umdruck S. 6; ebenso BVerfG NJW 1992, 678, 679 und

NJW 2003, 2524). Vorbringen, das als Reaktion auf einen nach § 139 ZPO gebotenen Hinweis erfolgt, muß schon zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) bei der Entscheidung des Berufungsgerichts Berücksichtigung finden, wenn die Hinweispflicht nicht leerlaufen soll (BGH, Urteil vom 27. November 1996 - VIII ZR 311/95, NJW-RR 1997, 441 und Senatsurteil vom 21. Dezember 2004 - XI ZR 17/03, Umdruck S. 6; BGH, Senatsbeschluß vom 15. Februar 2005 - XI ZR 144/03, Umdruck S. 6 f.).

bb) Gegen diese Grundsätze hat das Berufungsgericht verstoßen. Wenn es im Gegensatz zum Landgericht das genannte Vorbringen des Beklagten als unstreitig ansehen wollte, war es verpflichtet, die in erster Instanz siegreiche Klägerin hierauf rechtzeitig hinzuweisen. Nachdem das Berufungsgericht den nach § 139 ZPO gebotenen Hinweis erst in der - letzten - mündlichen Verhandlung vom 21. Oktober 2003 erteilt hatte, mußte es zur effektiven Gewährung rechtlichen Gehörs das daraufhin erfolgte Bestreiten der Klägerin bei seiner Entscheidung berücksichtigen, wenn der Hinweis nicht leerlaufen sollte.

cc) Der Klägerin kann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht entsprechend § 296 Abs. 1 ZPO vorgeworfen werden, die angebliche Bedingung für die Bürgschaftsübernahme nicht bereits früher im Prozeß bestritten zu haben. Nachdem die Klägerin in der ersten Instanz auf der Grundlage ihres dortigen Vorbringens obsiegt hatte und der Vortrag des Beklagten zur Bürgschaftsübernahme unter einer aufschiebenden Bedingung im Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils als streitig dargestellt worden war, brauchte sie in der Berufungsinstanz bis zum gegenteiligen Hinweis in der mündlichen Verhandlung vom 21. Oktober



2003 nicht damit zu rechnen, daß ein nochmaliges ausdrückliches Bestreiten erforderlich werden könnte. Dies gilt um so mehr, als das Berufungsgericht vor der mündlichen Verhandlung nur den Hinweis erteilt hatte, es bestünden Bedenken gegen den Nachweis der Darlehensausreichung.

2. Rechtsfehlerhaft ist weiter die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Klägerin die Beweislast für eine unbedingte Übernahme der Bürgschaft durch den Beklagten trägt.

a) Zwar hat bei Zweifeln daran, ob ein Vertrag unbedingt oder unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen wurde, diejenige Partei die Beweislast für einen unbedingten Vertragsschluß, die - wie hier die Klägerin - aus dem Vertrag Rechte herleiten will. Denn der Gegner, der sich auf eine aufschiebende Bedingung beruft, macht keine Einwendung geltend, sondern leugnet bereits die Wirksamkeit des Vertragsschlusses (BGH, Urteile vom 17. Oktober 1984 - VIII ZR 181/83, WM 1985, 135, 136 und vom 10. Juni 2002 - II ZR 68/00, WM 2003, 594; Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht 2. Aufl. § 158 Rdn. 5, 7).

b) Dies gilt jedoch nicht, wenn über das Rechtsgeschäft eine Urkunde aufgenommen ist, für solche Umstände, die außerhalb der Urkunde liegen. In diesem Fall gilt die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde. Sie wirkt sich dahin aus, daß die Beweislast für außerhalb der Urkunde liegende Umstände die Partei trifft, die sich auf sie beruft (BGH, Urteil vom 5. Februar 1999 - V ZR 353/97, NJW 1999, 1702 im Anschluß an BGHZ 20, 109, 111 f.; BGH, Urteile vom 11. September

2000 - II ZR 34/99, WM 2000, 2371, 2372, vom 13. November 2000 - II ZR 115/99, WM 2001, 169 und vom 5. Juli 2002 - V ZR 143/01, NJW 2002, 3164).

So liegt es hier. Nach dem Wortlaut der Bürgschaftsurkunde sowie dem ihr zu entnehmenden objektiv erklärten Willen der Parteien hat der Beklagte gegenüber der Rechtsvorgängerin der Klägerin eine selbstschuldnerische Höchstbetragsbürgschaft über 2,3 Millionen DM abgegeben. Anhaltspunkte dafür, daß diese unter der aufschiebenden Bedingung seiner Zustimmung zu der Kreditgewährung an die Hauptschuldner gestanden hat, ergeben sich aus der Bürgschaftsurkunde nicht. Dem entsprechend oblag es hier nicht der Klägerin, sondern dem Beklagten, für die von ihm behauptete aufschiebende Bedingung Beweis anzutreten.

3. Auch die Hilfserwägung des Berufungsgerichts, die Bürgschaftserklärung des Beklagten für die "J. K. und I.

GmbH" erfasse den ausgereichten Kredit über 2,3 Millionen DM nicht, weil dieser der "J. K. und I. GmbH GbR" gewährt worden sei, ist rechtsfehlerhaft. Das Berufungsgericht übersieht, daß sich die Bürgschaft jedenfalls auf die in gleicher Höhe wie die Darlehensforderung valutierenden Ansprüche gegen sie persönlich erstrecken würde.

Im übrigen verweist die Revision zu Recht darauf, daß das Berufungsgericht die Bürgschaftserklärung des Beklagten vom 30. Januar 1995 rechtsfehlerhaft unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29. Januar 2001 zur Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts ausgelegt hat (BGHZ 146, 341, 343 ff.).

Maßgebend für die Auslegung ihres Inhalts gemäß §§ 133, 157 BGB war aber der Empfängerhorizont der Klägerin bei Annahme der Bürgschaftserklärung im Jahr 1995. Zu diesem Zeitpunkt mußte die Klägerin die für Ansprüche gegen J. K. und die I. GmbH übernommene Bürgschaft nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte dahingehend verstehen, daß sie auch Ansprüche gegen eine aus diesen beiden Gesellschaftern gebildete Gesellschaft bürgerlichen Rechts erfaßte, weil diese nach der damaligen Rechtsprechung nicht rechtsfähig, sondern nichts anderes war als die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit (BGHZ 80, 222, 227).

### III.

Das angefochtene Urteil war nach alledem aufzuheben (§ 562 Abs.1 BGB). Da die Sache nicht zur Entscheidung reif ist, war sie zur

neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dabei hat der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Nobbe

Müller

Mayen

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Ellenberger ist wegen Urlaubs verhindert, seine Unterschrift beizufügen.

Schmitt

Nobbe