



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

XI ZR 18/06

Verkündet am:  
12. Dezember 2006  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 2006 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe, die Richter Dr. Müller, Dr. Joeres, die Richterin Mayen und den Richter Dr. Grüneberg

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 20. Dezember 2005 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die klagende Bank nimmt die Beklagten zu 1) bis 4) (im Folgenden: Beklagte) als Bürgen in Anspruch.
- 2 Die Beklagten sind Ärzte und beteiligten sich zum Zweck der Steuerersparnis als Kommanditisten an der U. GmbH & Co. Beteiligungs KG (im Folgenden: U. ). Nach § 7 Nr. 3 n des Gesellschaftsvertrages durften Bankkontokorrentkredite sowie mittel- und langfristige Darlehen, soweit sie insgesamt den Betrag von einer Million DM überschritten, nur mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung aufgenommen werden. Die U. war Kommanditistin der F. GmbH & Co. Beteiligungs KG (im Folgenden: F. ).

den: F. ) und bemühte sich um die Kapitalbeschaffung für ein von dieser produziertes Musical. Der Geschäftsführer der U. und der F. verhandelte 1998 mit der ...bank und der Klägerin als Hausbank über zinsgünstige Darlehen aus Förderprogrammen. Da eine endgültige Finanzierung zunächst nicht zustande kam, wurde eine Zwischenfinanzierung erörtert.

- 3 Die Klägerin teilte den Beklagten und den weiteren Kommanditisten der U. mit Schreiben vom 16. Juli 1998 mit, es sei angedacht, der U. einen Kreditrahmen von 5.000.000 DM zur Verfügung zu stellen, wenn dieser durch Bürgschaften der Kommanditisten gesichert werde. Die Höhe der Bürgschaften solle sich an dem jeweiligen Kommanditanteil orientieren. Sie bat um Unterzeichnung und Rücksendung eines beigefügten Bürgschaftsvordrucks sowie um Übersendung verschiedener Bonitätsunterlagen. Ferner wies sie darauf hin, dass der durch die Bürgschaften der Kommanditisten gesicherte Kredit ausgezahlt werden könne, obwohl die Gesamtfinanzierung des Musicals noch nicht gesichert sei. Ein Scheitern der Gesamtfinanzierung werde zur Inanspruchnahme aus den Bürgschaften führen. Die Beklagten unterzeichneten daraufhin in der Zeit von Juli bis Oktober 1998 die übersandten formularmäßigen Bürgschaften in Höhe von 100.000 DM bis 200.000 DM "zur Sicherung aller Forderungen" der Klägerin gegen die U. "aus noch zu gewährenden Kredit-/Darlehnsmitteln i.H.v. bis zu DM 5 Millionen" zur Finanzierung der Musicalproduktion. Die Beklagten zu 2) bis 4) erteilten der U. außerdem die Erlaubnis zur Aufnahme eines Zwischenkredits in Höhe von 4 bis 5 Millionen DM.

4 Der Geschäftsführer der U. und der F. unterschrieb am 11. November 1998 einen von der Klägerin vorbereiteten, noch undatierten Vordruck mit dem Auftrag, von einem bei ihr geführten Konto der U. 4.025.000 DM auf ein ebenfalls bei der Klägerin geführtes Konto der F., das einen Sollsaldo von über 7.000.000 DM aufwies, umzubuchen. In Höhe des Überweisungsbetrages hatten die Kommanditisten bis zu diesem Zeitpunkt Bürgschaften übernommen. Die Klägerin führte diesen Auftrag am 13. November 1998 aus. In einem Schreiben vom 17. November 1998 bestätigte die Klägerin der U. die Einräumung eines Rahmenkredits in Höhe von 5.000.000 DM zur "Vorfinanzierung von noch nicht eingezahlten Kommanditeinlagen" und bat zum Zeichen des Einverständnisses um Unterzeichnung und Rücksendung einer beigefügten Zweitschrift. Mit Schreiben vom 16. Dezember 1998 an die Klägerin erklärte der Geschäftsführer der U., der übersandte Darlehensvertrag entspreche nicht den geführten Finanzierungsgesprächen und verlangte Änderungen.

5 Nach der Musicalpremiere am 17. Dezember 1998 lehnte die ...bank am 21. Dezember 1998 die beantragten Förderdarlehen ab. Das Konto der U. wies am 31. Dezember 1998 einen Sollsaldo in Höhe von 4.026.580,51 DM auf. Am 6. Januar 1999 sandte die U. der Klägerin die Kreditbestätigung vom 17. November 1998 ohne Unterschrift mit der Begründung zurück, die Klägerin habe ihre Kreditzusagen am 30. Dezember 1998 zurückgezogen. Dem widersprach die Klägerin in einem Schreiben vom 12. Januar 1999 an die F., dem die Kreditbestätigung vom 17. November 1998 wieder beigefügt war.

6 Die U. kam Zahlungsaufforderungen der Klägerin nicht nach. Der  
Beklagte zu 3) zahlte insgesamt 15.338,76 € an die Klägerin.

7 Mit der Klage nimmt die Klägerin die Beklagten auf Zahlung von  
51.129,19 €, 102.258,38 €, 49.126,04 € bzw. 63.911,49 €, jeweils nebst  
Zinsen in Anspruch. Der Beklagte zu 3) begehrt widerklagend Zahlung  
von 15.338,76 € nebst Zinsen. Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolg-  
los geblieben. Die Widerklage hatte Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht  
zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren und den  
Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision ist unbegründet.

I.

9 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im  
Wesentlichen ausgeführt:

10 Die Klägerin habe gegen die Beklagten keinen Anspruch aus den  
übernommenen Bürgschaften.

11 Zwischen der Klägerin und der U. als Hauptschuldnerin sei kein  
Darlehensvertrag zustande gekommen. Die Klägerin habe der U. am  
11. November 1998 zwar ein konkludentes Angebot zum Abschluss eines

Darlehensvertrages gemacht, indem sie ihrem Geschäftsführer einen ausgefüllten Überweisungsträger zur Unterschrift vorgelegt habe. Dieses Angebot habe der Geschäftsführer der U. durch Unterzeichnung und Rückgabe des Überweisungsträgers an die Klägerin auch angenommen. Es sei aber davon auszugehen, dass der Vertragsschluss unter der - nicht eingetretenen - Bedingung erfolgt sei, dass die Gesellschafter der U. durch Beschluss mit der erforderlichen Mehrheit und der Treuhänder der Kommanditisten der Darlehensaufnahme zustimmten. Die Klägerin sei für ihre Behauptung, dass keine aufschiebende Bedingung vereinbart worden sei, beweisfällig geblieben. Sie habe sich mit der Verwertung der vom Landgericht B. in einem Rechtsstreit mit anderen Kommanditisten protokollierten Zeugenaussagen einverstanden erklärt. Aufgrund der gegensätzlichen Aussagen dieser Zeugen liege eine non-liquet-Situation vor. Der schriftliche Überweisungsträger begründe gemäß § 416 ZPO eine Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit nur für einen entsprechenden Überweisungsauftrag, nicht aber für einen zugrunde liegenden Darlehensvertrag.

12 Ein Darlehensvertrag sei auch nicht durch die widerspruchslose Entgegennahme des Rechnungsabschlusses zum 31. Dezember 1998 zustande gekommen. Die U. habe mit ihrem Schreiben vom 6. Januar 1999 zum Ausdruck gebracht, dass kein Darlehensvertrag zustande kommen solle. Dies gelte unabhängig davon, ob der U. der Rechnungsabschluss am 6. Januar 1999 bereits vorgelegen habe und ob ihr Schreiben vom 6. Januar 1999 von einer vertretungsberechtigten Person unterzeichnet worden sei.

13 Ein etwaiger Bereicherungsanspruch der Klägerin werde durch die Bürgschaften nicht gesichert. Bei der Auslegung der Bürgschaftsvereinbarungen sei zu berücksichtigen, dass sich der Darlehensvertrag nicht nachträglich als unwirksam erwiesen habe, sondern dass es bereits an seinem Zustandekommen fehle. Es könne nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Bürgen auch für eine von vornherein rechtsgrundlose Zahlung haften wollten. Dass die Klägerin die Bürgen bereits am 16. Juli 1998 darauf hingewiesen habe, dass sie bei einem Scheitern der Gesamtfinanzierung in Anspruch genommen würden, ändere nichts, weil dabei die Gewährung eines Zwischenkredites vorausgesetzt worden sei, der gerade nicht zustande gekommen sei. Gegen die Erstreckung der Bürgschaft auf einen Bereicherungsanspruch spreche ferner, dass die Klägerin nicht an die U. gezahlt habe, sondern dass deren etwaige Verbindlichkeit gegenüber der Klägerin nur dadurch entstanden sei, dass diese einen Sollsaldo der F. über das Konto der U. ausgeglichen habe. Hinzu komme, dass kein Gesellschafterbeschluss über die Aufnahme von Darlehen herbeigeführt worden sei.

14 Danach sei die Widerklage des Beklagten zu 3), dessen Rückforderungsanspruch nicht aufgrund eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses der Bürgenschuld oder nach § 814 BGB ausgeschlossen sei, begründet.

## II.

15 Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung stand.

16           1. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht den Abschluss eines Darlehensvertrages zwischen der Klägerin und der U.   als Hauptschuldnerin verneint hat, ist rechtsfehlerfrei.

17           a) Ein Darlehensvertrag ist nicht dadurch zustande gekommen, dass die U.   dem Angebot der Klägerin zum Abschluss eines Darlehensvertrages vom 17. November 1998 nicht unverzüglich, sondern erst am 16. Dezember 1998 widersprochen hat. Schweigen auf ein Vertragsangebot ist, auch im Handelsverkehr, grundsätzlich nicht als Zustimmung anzusehen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn nach Treu und Glauben ein Widerspruch des Angebotsempfängers erforderlich gewesen wäre (Senat, Urteil vom 14. Februar 1995 - XI ZR 65/94, WM 1995, 695, 696 m.w.Nachw.). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor, da die Klägerin in ihrem Schreiben vom 17. November 1998 ausdrücklich eine Gegenbestätigung erbeten hatte. Welche Bedeutung dem Schweigen auf ein Schreiben, das kaufmännische Vereinbarungen wiedergibt, beizumessen ist, wenn um Gegenbestätigung gebeten wird, lässt sich nicht allgemein, sondern nur einzelfallbezogen entscheiden (vgl. BGH, Urteile vom 18. März 1964 - VIII ZR 281/62, NJW 1964, 1269, 1270 und vom 24. Oktober 2006 - X ZR 124/03, Umdruck S. 11). Die Klägerin wusste, dass die U.   den Darlehensvertrag nur mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung und des Treuhänders der Kommanditisten abschließen durfte, und dass diese Zustimmungen nicht vorlagen. Vor diesem Hintergrund kann ihre Bitte um Gegenbestätigung nicht lediglich als Wunsch nach einem urkundlichen Beweis für den Vertragsschluss verstanden werden. Sie bringt vielmehr zum Ausdruck, dass der Inhalt des Schreibens vom 17. November 1998 einen Vertragsinhalt nur dann ver-



bindlich festlegen soll, wenn die Gegenbestätigung erfolgt. Dies ist nicht geschehen.

18            b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin sei für den unbedingten Abschluss eines Darlehensvertrages am 11. November 1998 beweisfällig (vgl. zur Beweislast: BGH, Urteil vom 10. Juni 2002 - II ZR 68/00, WM 2003, 594) geblieben, beruht entgegen der Auffassung der Revision auf einer eigenen Beweiswürdigung des Berufungsgerichts. Dass diese mit der Würdigung des Oberlandesgerichts B.            in dem in einem Rechtsstreit mit anderen Kommanditisten ergangenen Urteil vom 6. November 2002 - 3 U ...            - übereinstimmt, ändert daran nichts. Das Berufungsgericht musste sich bei seiner Beweiswürdigung, anders als die Revision meint, nicht ausdrücklich mit Schreiben des Geschäftsführers der U.            vom 2. und 12. Oktober 1998 auseinandersetzen, in denen dieser um Auszahlung der Darlehensvaluta bat. Dass das Berufungsgericht diese Schreiben in den Gründen seiner Entscheidung nicht ausdrücklich behandelt, ist angesichts der Zeugenaussagen über die Gespräche am 11. November 1998, die für seine Beweiswürdigung entscheidend waren, rechtlich nicht zu beanstanden.

19            c) Der Abschluss eines unbefristeten, ausweislich der Kreditzusage der Klägerin vom 17. November 1998 gar nicht gewollten Darlehensvertrages am 11. November 1998 ohne Festlegung der Kreditkonditionen lässt sich entgegen der Auffassung der Revision auch nicht mit dem an diesem Tag vom Geschäftsführer der U.            unterschriebenen Überweisungsauftrag begründen. Da der Geschäftsführer bei der Unterzeichnung kein Datum eingesetzt hat, begründet der Überweisungsauftrag schon keine Vermutung dafür, dass bereits an diesem Tag ein unbedingter Um-

buchungsauftrag erteilt werden sollte. Selbst ein unbedingter Auftrag ließe nicht auf den unbedingten Abschluss eines Darlehensvertrages schließen. Das gilt entgegen der Ansicht der Revision auch unter Berücksichtigung der Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit privatschriftlicher Urkunden. Der unterzeichnete Umbuchungs- bzw. Überweisungsträger diene nur der Dokumentation des Überweisungsauftrags, nicht eines zugrunde liegenden Geschäfts, etwa eines Darlehensvertrages. Außerdem hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei nicht feststellen können, dass die Unterzeichnung des Vordrucks die unbedingte Annahme eines Angebots der Klägerin zum Abschluss eines Darlehensvertrages zum Ausdruck bringt. Dann kann aber in der Unterzeichnung, anders als die Revision meint, auch kein unbedingtes Angebot zum Abschluss eines Darlehensvertrages gesehen werden. Schließlich kann die Duldung einer Kontoüberziehung durch Ausführung eines Umbuchungs- bzw. Überweisungsauftrages auch ohne Abschluss eines Darlehensvertrages, etwa im Vorgriff auf einen solchen erfolgen (vgl. BGHZ 138, 40, 47; Lwowski, in: Schimanski/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 75 Rdn. 15). Sie ist deshalb mit der Auffassung des Berufungsgerichts, ein unbedingter Abschluss eines Darlehensvertrages sei nicht feststellbar, vereinbar.

20           d) Entgegen der Auffassung der Revision kann keine Rede davon sein, die Klägerin und die U. seien in der Zeit nach dem 11. November 1998 vom Abschluss eines Darlehensvertrages ausgegangen bzw. hätten einen solchen abgeschlossen. Dies ergibt sich insbesondere nicht aus dem Schreiben vom 16. Dezember 1998, auf das sich die Revision bezieht. In diesem Schreiben hat der Geschäftsführer der F. und der U. ausgeführt, die von der Klägerin vorgeschlagenen Darlehensvereinba-

rungen entsprächen nicht den wesentlichen Inhalten der geführten Gespräche und müssten nachgebessert werden. Er führt hierfür mehrere Beispiele an und bezeichnet insbesondere den von der Klägerin geforderten Zinssatz als nicht akzeptabel. Vor diesem Hintergrund kann gemäß § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht vom Abschluss eines Darlehensvertrages ausgegangen werden.

21 Die Revision wendet sich auch ohne Erfolg gegen die Auslegung des Schreibens der U. vom 6. Januar 1999 durch das Berufungsgericht. Mit diesem Schreiben hat die U. der Klägerin den Darlehensvertrag ohne Unterschrift zurückgesandt, weil die Klägerin, nach dem Verständnis der U., ihre Kreditzusage zurückgezogen habe. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die U. habe damit zum Ausdruck gebracht, dass kein Darlehensvertrag zustande kommen solle, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Darauf, dass die U. die Richtigkeit des Rechnungsabschlusses zum 31. Dezember 1998 nicht in Zweifel gezogen hat, kommt es für das Zustandekommen eines Darlehensvertrages nicht an.

22 2. Auch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Bürgschaften der Beklagten sicherten einen etwaigen Bereicherungsanspruch der Klägerin nicht, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

23 a) Die Revision beruft sich ohne Erfolg auf die Rechtsprechung des früher für das Bürgschaftsrecht zuständigen IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 15. März 2001 - IX ZR 273/98, WM 2001, 950, 951), dass eine Erstreckung einer zur Darlehenssicherung bestellten Bürgschaft auf einen Bereicherungsanspruch des Darlehensgebers nahe liege, wenn die ausgezahlten Geldbeträge demselben Zweck dien-

ten wie das in Aussicht genommene Darlehen, wenn sie zu denselben Bedingungen zur Verfügung gestellt würden und wenn das Risiko des Bürgen durch die Auszahlung ohne gesicherte Rechtsgrundlage nicht erhöht werde. Von Bedeutung ist nach dieser Rechtsprechung ferner, ob der Bürge ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt. Der vorliegende Fall weist Besonderheiten auf, die das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei zur Begründung eines anderen Auslegungsergebnisses herangezogen hat. Die Bürgschaften sind, anders als in dem vom IX. Zivilsenat entschiedenen Fall, nicht von einem Kreditinstitut, das die Bürgschaftserklärung selbst verfasst hat, sondern von bürgschaftsunerfahrenen Privatpersonen auf einer von der Klägerin vorformulierten Urkunde übernommen worden. Der von der Klägerin entworfene Text der Bürgschaftsurkunde bezeichnet als Sicherungszweck alle Forderungen aus "noch zu gewährenden Kredit-/Darlehensmitteln". Die Bürgschaften erstrecken sich demnach auf Ansprüche der Klägerin aus Darlehensverträgen mit der U. . Auf die Entstehung solcher Ansprüche und die Darlehenskonditionen konnten die Beklagten, wie der Klägerin bekannt war, auch nach Unterzeichnung der Bürgschaftserklärung noch Einfluss nehmen, weil der Abschluss von Darlehensverträgen in Höhe von insgesamt mehr als eine Million DM nach § 7 Nr. 3 n des Gesellschaftsvertrages der U. die Zustimmung der Gesellschafterversammlung voraussetzte. Dass das Berufungsgericht sofort fällige Bereicherungsansprüche, deren Entstehung nicht von einem Gesellschafterbeschluss abhing und somit dem Einfluss der Beklagten entzogen war, nicht als durch die Bürgschaft gesichert angesehen hat, ist auch unter Berücksichtigung einer nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung rechtlich nicht zu beanstanden.

24            b) Entgegen der Auffassung der Revision handeln auch die Beklagten, die der Geschäftsführung der U.     die Erlaubnis erteilt haben, einen Zwischenkredit in Höhe von 4 bis 5 Millionen DM aufzunehmen, nicht treuwidrig, indem sie gegen ihre Inanspruchnahme als Bürgen das Fehlen eines Gesellschafterbeschlusses einwenden. Nach der erteilten Erlaubnis durfte der Kredit ausschließlich für die Musicalproduktion eingesetzt werden. Ein etwaiger Bereicherungsanspruch der Klägerin ist aber nicht durch die Auszahlung der Darlehensvaluta an die U.     entstanden, die dieser bzw. der F.     neue Investitionen in das Musicalprojekt ermöglicht hätte, sondern durch eine Umbuchung vom Konto der U.     auf das der F.     , die lediglich den Sollsaldo dieses Kontos zurückführte. Dass eine Kreditaufnahme auch zu diesem Zweck erfolgen durfte, bringt die Erlaubnis nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck.

25            3. Die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht die Widerklage des Beklagten zu 3) als begründet angesehen hat, sind ebenfalls rechtsfehlerfrei und werden von der Revision nicht angegriffen.

III.

26 Die Revision war demnach als unbegründet zurückzuweisen.

Nobbe

Müller

Joeres

Mayen

Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Erfurt, Entscheidung vom 08.03.2005 - 9 O 357/04 -

OLG Jena, Entscheidung vom 20.12.2005 - 5 U 298/05 -