



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XI ZR 254/02

Verkündet am:  
6. Juli 2004  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ:                nein

---

BGB §§ 242 (Cc), 607, 609, 765

- a) Der Bürgschaftsgläubiger verwirkt seinen Anspruch gegen den Bürgen, wenn er den wirtschaftlichen Zusammenbruch des Hauptschuldners schuldhaft verursacht und jeden Rückgriff des Bürgen vereitelt.
- b) Bei einem Sanierungsdarlehen ist die ordentliche Kündigung durch den von den Vertragspartnern vereinbarten Sanierungszweck zumindest konkludent ausgeschlossen.

BGH, Urteil vom 6. Juli 2004 - XI ZR 254/02 - OLG Naumburg  
LG Stendal

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juli 2004 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe, die Richter Dr. Müller, Dr. Joeres, Dr. Wassermann und die Richterin Mayen

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen wird auf die Revision der Klägerin das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 30. Mai 2002 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage unter Aufhebung bzw. Abänderung der Vorbehalts-, Versäumnis- und Schlußurteile der Zivilkammer 4 des Landgerichts Stendal vom 8. Dezember 1999, 19. Januar 2000 und 2. März 2001 wegen eines weitergehenden Zinsanspruchs von 1% für die Zeit ab dem 18. Februar 1999 abgewiesen und die Klägerin auf den Widerklageantrag zu 5) zur Zahlung von 4.996,17 € (9.771,66 DM) nebst Zinsen verurteilt worden sind.

Im Umfang der Aufhebung wird die Berufung des Beklagten gegen das Schlußurteil der Zivilkammer 4 des Landgerichts Stendal vom 2. März 2001 zurückgewiesen.

Der Beklagte wird des Rechtsmittels der Revision für verlustig erklärt.

Von den Kosten des Rechtsstreits in erster und zweiter Instanz, mit Ausnahme der durch die Säumnis des Beklagten im Termin am 19. Januar 2000 entstandenen Kosten, die ihm zur Last fallen, tragen die Klägerin 4% und der Beklagte 96%.

Die Kosten der Revisionsinstanz tragen die Klägerin zu 8% und der Beklagte zu 92%.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagende Sparkasse nimmt den Beklagten aus zwei Bürgschaften in Anspruch, die dieser als geschäftsführender Gesellschafter zweier Baugesellschaften übernommen hat. Der Beklagte wirft der Klägerin vor, deren Insolvenz treuwidrig herbeigeführt zu haben, und macht widerklagend im wesentlichen Schadensersatzansprüche geltend. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin und nachfolgend diese selbst gewährten drei Gesellschaften der N.-Gruppe, und zwar der S.-

GmbH , der N.-

GmbH

und der N.-Baugesellschaft

Kontokorrentkredite und langfristige Darlehen. Zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Forderungen der Klägerin gegen die N.-GmbH und gegen die S.-GmbH übernahm der Beklagte, der damals Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter beider Gesellschaften war, am 10. März 1994 bzw. am 31. Januar 1995 unbeschränkte selbstschuldnerische Bürgschaften. Im Jahre 1995 schied er als Geschäftsführer der N.-GmbH aus. Mit Schreiben vom 24. September 1996 kündigte er seine für die Verbindlichkeiten der N.-GmbH übernommene Bürgschaft.

Im Jahre 1996 gerieten die N.-GmbH und die N.-Baugesellschaft in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Am 21. November 1996 fand deshalb bei der IHK M. ein Sanierungsgespräch statt, an dem unter anderem Vertreter der Klägerin, der D.bank sowie der IHK M. teilnahmen. Ein hieran ebenfalls beteiligter Unternehmensberater erstellte daraufhin einen Beratungsbericht, der unter anderem die Verschmelzung der S.-GmbH, der N.-GmbH und - allerdings erst nach Abschluß eines offenen Vergleichs mit ihren Gläubigern - der N.-Baugesellschaft auf die erst im August 1996 gegründete B.-GmbH vorsah, deren Geschäftsführer der Beklagte war. Zusätzliche Liquidität in Höhe von insgesamt etwa 6 Millionen DM sollte durch öffentlich geförderte Darlehen und einen Hausbankkredit der Klägerin bereitgestellt werden.

Nach dem Gespräch am 21. November 1996 ließ die Klägerin auf den Geschäftskonten der S.-GmbH, der N.-GmbH und der N.-Baugesellschaft eine erhebliche Ausweitung der Überziehung zu. Mit Verträgen vom 17. Dezember 1996 gewährte sie dem Beklagten ein Ei-

genkapitalhilfedarlehen in Höhe von 700.000 DM und der B.-GmbH ein Eigenkapitalergänzungsdarlehen in Höhe von 2.580.000 DM, für dessen Rückzahlung der Beklagte die Mithaftung übernahm. Beide Darlehen wurden von der D.bank refinanziert. Nachdem die Gläubiger der N.-Baugesellschaft ohne Erfolg aufgefordert worden waren, im Wege eines Vergleichs auf einen Teil ihrer Forderungen zu verzichten, wurde auf Antrag des Geschäftsführers vom 5. Februar 1997 am 28. Februar 1997 das Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der N.-Baugesellschaft eröffnet. Am 11. Februar 1997 kündigte die Klägerin die der N.-Baugesellschaft gewährten Kredite in Höhe von 6.180.314,81 DM.

Am 18. Februar 1997 unterzeichnete der Beklagte als Geschäftsführer der B.-GmbH für diese einen Vertrag mit der Klägerin über die Gewährung eines Darlehens in Höhe von 2.295.000 DM. Dieses sollte erst in Anspruch genommen werden können, wenn die vereinbarten Sicherheiten bestellt waren. Zu diesen gehörte auch eine unbeschränkte selbstschuldnerische Bürgschaft des Beklagten. Bei einer weiteren Besprechung am 17. März 1997 erklärten die Vertreter der Klägerin, daß diese das Hausbankdarlehen nicht an die B.-GmbH auszahlen, sondern den Betrag von 2.295.000 DM mit den Kontoüberziehungen der N.-Baugesellschaft verrechnen werde. Mit Schreiben vom 14. April 1997 machte sie die Verrechnung des Hausbankdarlehens, das durch die seit dem 21. November 1996 zugelassene weitere Überziehung der Kreditlinien bereits in vollem Umfang vorfinanziert worden sei, von der Beibringung der Bürgschaft des Beklagten abhängig. Die B.-GmbH bot daraufhin am 25. April 1997 die Beibringung der Bürgschaft des Beklagten Zug

um Zug gegen Auszahlung der Valuta des Hausbankdarlehens an. Zur Stellung der Bürgschaft kam es aber nicht.

Bereits am 10. März 1997 hatte die IKK M. einen von der S.-GmbH zur Begleichung von Sozialversicherungsbeiträgen ausgestellten Scheck über 117.790,16 DM bei der Klägerin eingereicht. Diese löste den Scheck jedoch nicht ein. Auf Antrag der IKK M. wurde im April 1997 die Sequestration über das Vermögen der S.-GmbH angeordnet und im August 1997 das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet. Am 9. September 1998 erfolgte die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der N.-GmbH. Auch die B.-GmbH stellte ihre Geschäftstätigkeit ein.

Zur Absicherung von Ansprüchen gegen die S.-GmbH und den Beklagten persönlich war ein Grundstück des Beklagten zugunsten der Klägerin mit zwei Grundschulden über insgesamt 1 Million DM belastet. Mit Schreiben vom 1. April 1997 wandte sich die Volksbank G. auf Veranlassung des Beklagten wegen der Ablösung seiner Verbindlichkeiten an die Klägerin und bat um Angabe der Ablösevaluta. Am 7. April 1997 teilte die Klägerin daraufhin schriftlich die Höhe ihrer Forderungen mit 820.000 DM mit. Die Volksbank G. überwies den entsprechenden Betrag im Auftrag des Beklagten an die Klägerin und teilte dieser mit Schreiben vom 16. April 1997 mit, daß sie über den Betrag von 820.000 DM nur verfügen dürfe, wenn die Grundschulden über insgesamt 1 Million DM vorbehaltslos in grundbuchfähiger Form an die Volksbank abgetreten würden. Die Klägerin überwies den erhaltenen Betrag daraufhin an die Volksbank G. zurück und teilte dieser mit, daß sie nicht bereit sei, die Grundschulden von 1 Million DM in voller Höhe an

die Volksbank abzutreten. Diese berechnete dem Beklagten Bearbeitungskosten von 8.200 DM und 1.571,66 DM an Bereitstellungszinsen.

Mit ihrer im Urkundenverfahren erhobenen Teilklage hat die Klägerin von dem Beklagten die Zahlung von 500.000 DM nebst Zinsen in erster Linie aus der Bürgschaft für die S.-GmbH, hilfsweise aus der Bürgschaft für die N.-GmbH begehrt. Das Landgericht hat der Klage entsprechend ihrem Hauptantrag durch Vorbehaltsurteil stattgegeben. Der Beklagte hat im Nachverfahren geltend gemacht, die Klägerin habe die Ansprüche aus den von ihm übernommenen Bürgschaften verwirkt, weil sie die Insolvenzen der S.-GmbH und der N.-GmbH treuwidrig herbeigeführt habe. Sofern der Hausbankkredit vertragsgemäß an die B.-GmbH ausgezahlt worden wäre, hätte die Sanierung der übrigen Gesellschaften auch nach der Insolvenz der N.-Baugesellschaft erfolgreich abgeschlossen werden können. Die Klägerin habe auch den von der IKK M. am 10. März 1997 eingereichten Scheck über 117.790,16 DM einlösen müssen. Mit dem Widerklageantrag zu 5) fordert der Beklagte jetzt noch einen Betrag von 9.771,66 DM nebst Zinsen im Zusammenhang mit der Ablösung von Grundschulden über 1 Million DM. Die Klägerin schulde diesen Betrag als Schadensersatz.

Das Landgericht hat das der Klage stattgebende Vorbehaltsurteil im Nachverfahren für vorbehaltlos erklärt und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat anders als das Landgericht nur dem mit der Klage geltend gemachten Hilfsanspruch stattgegeben, das erstinstanzliche Urteil außerdem im Zinsausspruch zum Nachteil der Klägerin abgeändert, diese auf die Widerklage zur Zahlung von 4.996,17 € (9.771,66 DM) nebst Zinsen verurteilt und die weitergehende Berufung

des Beklagten zurückgewiesen. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter. Der Beklagte hat seine Revision zurückgenommen.

### Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin ist nur teilweise begründet.

#### I.

Das Berufungsgericht, dessen Urteil in gekürzter Form in OLG-Report Brandenburg/Dresden/Jena/Naumburg/Rostock 2003, 213 ff. veröffentlicht ist, hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet:

Der Klägerin stehe die Klagesumme zwar nicht aus der Bürgschaft des Beklagten für die S.-GmbH, wohl aber aus der zur Absicherung der Verbindlichkeiten der N.-GmbH eingegangenen Bürgschaft zu. Die Klägerin habe den Anspruch aus der für die Verbindlichkeiten der S.-GmbH übernommenen Bürgschaft verwirkt, da sie den Zusammenbruch dieser Gesellschaft selbst verursacht und damit den Bürgschaftsfall herbeigeführt habe. Sie sei zur Einlösung des von der IKK M. eingereichten Schecks der S.-GmbH verpflichtet gewesen. Zwar sei die schriftlich vereinbarte Kreditlinie der S.-GmbH ausgeschöpft gewesen. Der der S.-GmbH eingeräumte Kontokorrentrahmen sei aber mit der Kontoüberziehung nach dem 21. November 1996 auf bis zu



1.673.293,79 DM stillschweigend erhöht worden. Eine erneute Inanspruchnahme des Kontokorrentkredites zumindest bis zu dieser Höhe habe die Klägerin zulassen und deshalb den von der IKK M. eingereichten Scheck einlösen müssen.

Zu einer - ohnehin nicht ausdrücklich erklärten - Kündigung der Kontoüberziehung sei die Klägerin bis zur Einreichung des Schecks am 10. März 1997 nicht berechtigt gewesen. Einer Kündigung habe das Verbot der Kündigung zur Unzeit entgegengestanden. Der der S.-GmbH gewährte Kontokorrentkredit habe darüber hinaus den Charakter eines Sanierungskredits besessen. Eine ordentliche Kündigung des Darlehens sei deshalb ausgeschlossen gewesen. Die Klägerin habe die Kreditlinie auch nicht aus wichtigem Grund wegen einer wesentlichen Verschlechterung in den Verhältnissen der S.-GmbH kündigen dürfen. Die Insolvenz der N.-Baugesellschaft habe die weitere Verwirklichung des Sanierungskonzeptes für die anderen Gesellschaften nicht gegenstandslos gemacht.

Der Widerklageantrag zu 5) sei nur in Höhe von 9.771,66 DM begründet. Die Klägerin schulde dem Beklagten insoweit Schadensersatz aus Verschulden bei Vertragsschluß. Sie habe durch ihr Schreiben vom 7. April 1997 das begründete Vertrauen des Beklagten geweckt und später grundlos enttäuscht, daß eine Vereinbarung über eine Ablösung der Grundschulden gegen Zahlung von 820.000 DM zustande kommen werde. Im Vertrauen darauf habe der Beklagte Aufwendungen getätigt.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Das Berufungsgericht hat den Hauptantrag der Klägerin allerdings zu Recht für unbegründet erachtet. Ohne Erfolg greift die Revision die Auffassung des Berufungsgerichts an, daß die Klägerin ihren Anspruch aus der Bürgschaft des Beklagten für die S.-GmbH verwirkt habe. Der Bürgschaftsgläubiger verwirkt seinen Anspruch gegen den Bürgen, wenn er unter Verletzung seiner Vertragspflichten gegenüber dem Hauptschuldner dessen wirtschaftlichen Zusammenbruch schuldhaft verursacht, also den Bürgschaftsfall selbst herbeiführt, und jeden Rückgriff des Bürgen vereitelt (BGH, Urteile vom 7. Februar 1966 - VIII ZR 40/64, WM 1966, 317, 319, vom 20. März 1968 - VIII ZR 153/65, WM 1968, 874, 875; Beschluß vom 23. Februar 1984 - III ZR 159/83, WM 1984, 586). Ein solcher Fall kann auch dann gegeben sein, wenn ein Kreditinstitut den wirtschaftlichen Zusammenbruch des Hauptschuldners dadurch herbeiführt, daß es pflichtwidrig die Einlösung eines Schecks verweigert, obwohl sich die damit einhergehende Kontobelastung im Rahmen des vereinbarten Kontokorrentkredits gehalten hätte (BGH, Beschluß vom 23. Februar 1984, aaO).

a) So liegt der Fall hier. Die Klägerin hat ihre gegenüber der S.-GmbH aus dem Scheckvertrag folgende Pflicht verletzt, den von der S.-GmbH zur Begleichung von Sozialversicherungsbeiträgen ausgestellten und von der IKK M. bei der Klägerin eingereichten

Scheck über 117.790,16 DM einzulösen. Die Klägerin war zur Einlösung des Schecks verpflichtet, da das Geschäftskonto der S.-GmbH die erforderliche Deckung in Form einer ausreichenden offenen Kreditlinie aufwies. Das Berufungsgericht ist insoweit nämlich zu dem Ergebnis gelangt, daß der der S.-GmbH in dem schriftlichen "Universalvertrag für Geschäftskredite" insgesamt eingeräumte Kreditrahmen von ursprünglich 500.000 DM aufgrund einer zwischen den Beteiligten stillschweigend geschlossenen Vereinbarung auf bis zu 1.673.293,79 DM erhöht worden ist und diese Kreditlinie bei Einreichung des Schecks nur in Höhe von etwa 1,1 Millionen DM ausgeschöpft war.

Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht den Absprachen und dem Verhalten der an der Sanierung der Gesellschaften der N.-Gruppe Beteiligten entnommen hat, daß der S.-GmbH stillschweigend ein Kreditrahmen in Höhe der am 7. Januar 1997 erfolgten Kontoüberziehung von 1.673.293,79 DM eingeräumt worden ist. Die tatrichterliche Feststellung des Zustandekommens und der Auslegung einer Individualvereinbarung unterliegt im Revisionsverfahren nur der eingeschränkten Überprüfung darauf, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder wesentlicher Auslegungstoff außer acht gelassen wurde (st.Rspr., vgl. Senatsurteile vom 25. Juni 2002 - XI ZR 239/01, WM 2002, 1687, 1688 und vom 23. September 2003 - XI ZR 135/02, WM 2003, 2232, 2233). Das ist hier nicht der Fall. Die Revision versucht insoweit lediglich, die Würdigung des Berufungsgerichts durch eine andere, der Klägerin günstigere zu ersetzen. Den getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts steht, anders als die Revision meint, nicht entgegen, daß der Beklagte eine Verpflichtung der Klägerin zur Einlö-

sung des Schecks daraus hergeleitet habe, daß er zuvor durch eine Überweisung von 150.000 DM vom Konto der B.-GmbH auf das Geschäftskonto der S.-GmbH für die notwendige Deckung zur Einlösung des Schecks habe sorgen wollen. Ausweislich des Tatbestandes des landgerichtlichen Schlußurteils hat der Beklagte die Pflichtwidrigkeit der Nichteinlösung des Schecks durchaus auch damit begründet, daß die Klägerin den Hausbankkredit bzw. das Eigenkapitalhilfedarlehen nicht zur Verfügung gestellt habe. Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auch dem eigenen Vorbringen der Klägerin, es sei vereinbart worden, den von ihr als Ergänzung zum Eigenkapitalergänzungsdarlehen zu gewährenden Hausbankkredit durch Erhöhung der Kreditlinien der Gesellschaften der N.-Gruppe vorzufinanzieren, Bedeutung beigegeben hat, ist das revisionsrechtlich gleichfalls nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung der Revision trifft es auch nicht zu, daß das Berufungsgericht allein aus der monatelangen Duldung der Kontoüberziehung den Schluß auf eine stillschweigende rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Beteiligten gezogen hätte. Vielmehr geht auch das Berufungsgericht ausdrücklich davon aus, daß allein die Duldung der Überziehung einen solchen Schluß nicht rechtfertigt. Wenn das Berufungsgericht danach unter Berücksichtigung des Umstands, daß die Klägerin Anfang Januar 1997 den Rahmen des Avalkredits bei einem Debet des Geschäftskontos der S.-GmbH von 1,1 Millionen DM ausgeweitet hat, zu dem Ergebnis gelangt ist, die Kontokorrentlinie sei stillschweigend über die schriftlich fixierte Höhe hinaus erweitert worden, so läßt das einen Rechtsfehler nicht erkennen.

b) Eine Verpflichtung der Klägerin zur Einlösung des von der IKK M. eingereichten Schecks hätte allerdings dann nicht bestan-

den, wenn die Klägerin zu diesem Zeitpunkt den der S.-GmbH eingeräumten Kontokorrentkredit mit sofortiger Wirkung hätte kündigen können (vgl. BGH, Beschluß vom 23. Februar 1984 - III ZR 159/83, WM 1984, 586). Bei Vorlage des Schecks am 10. März 1997 war die Klägerin jedoch - wie das Berufungsgericht zutreffend entschieden hat - zu einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung des der S.-GmbH eingeräumten Kontokorrentkredites nicht berechtigt. Bei dem Kontokorrentkredit handelte es sich, was auch die Revision nicht in Zweifel zieht, um einen Sanierungskredit, bei dem die ordentliche Kündigung nach allgemeiner Auffassung durch den von den Vertragspartnern vereinbarten Sanierungszweck zumindest konkludent ausgeschlossen ist (Häuser, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 85 Rdn. 62 f.; Hopt/Mülbert, Kreditrecht § 607 Rdn. 210 und § 609 Rdn. 74, 83).

Entgegen der Ansicht der Revision war die Klägerin zur außerordentlichen Kündigung des Kontokorrentkredits der S.-GmbH auch nicht deshalb berechtigt, weil der Sanierungsplan, drei Gesellschaften der N.-Gruppe auf die B.-GmbH zu verschmelzen, nach Eröffnung der Gesamtvollstreckung über das Vermögen der N.-Baugesellschaft nicht mehr durchgeführt werden konnte. Das Berufungsgericht hat darin einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung nicht gesehen. Diese Beurteilung, die in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt nachgeprüft werden kann (Senatsurteile vom 11. März 2003 - XI ZR 403/01, WM 2003, 823, 825, zur Veröffentlichung in BGHZ 154, 146 ff. bestimmt, und vom 20. Mai 2003 - XI ZR 50/02, WM 2003, 1416, 1417), ist schon deshalb nicht zu beanstanden, weil die Klägerin in Kenntnis von dem Insolvenzantrag für die N.-Baugesellschaft noch den Darlehensvertrag mit der B.-GmbH ge-

schlossen, die Darlehensverträge mit den übrigen Gesellschaften der Unternehmensgruppe nicht gekündigt und später an der Übernahme der Bauvorhaben und Arbeitnehmer der N.-Baugesellschaft durch die B.-GmbH mitgewirkt hat. Daraus konnte das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei den Schluß ziehen, daß die Klägerin selbst der Insolvenz der N.-Baugesellschaft keine wesentliche Bedeutung beimaß und weiterhin am Sanierungsvorhaben festhalten wollte. Dies gilt um so mehr, als die Klägerin in einem Schreiben an die S.-GmbH vom 14. April 1997 ausgeführt hat, nach der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der N.-Baugesellschaft habe die Umsetzung des Konsolidierungskonzeptes überdacht und neu gestaltet werden müssen.

c) Die pflichtwidrige Nichteinlösung des von der IKK M. am 10. März 1997 eingereichten Schecks durch die Klägerin hat den Bürgschaftsfall ausgelöst. Die IKK M. hat die Nichteinlösung zum Anlaß genommen, am 27. März 1997 die Eröffnung der Gesamtvollstreckung über das Vermögen der S.-GmbH zu beantragen, die am 13. August 1997 erfolgt ist. Dies war für die Klägerin auch vorhersehbar. Das gilt besonders, da der Beklagte mit Schreiben der B.-GmbH vom 20. März 1997 von der Klägerin die Zahlung von 117.790,16 DM an die IKK M. verlangt und darauf hingewiesen hat, daß die IKK M. verpflichtet sei, die Gesamtvollstreckung zu beantragen.

Die Revision kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, daß die Insolvenz der S.-GmbH später in jedem Fall auch dann eingetreten wäre, wenn sie den von der IKK M. eingereichten Scheck eingelöst hätte. Auf die von der Revision damit angesprochene Frage der Beachtlichkeit einer Reserveursache, die im Schadensersatzrecht unter be-

stimmten Voraussetzungen Berücksichtigung findet (vgl. BGHZ 125, 56, 61 f.; BGH, Urteil vom 23. Oktober 1984 - VI ZR 24/83, NJW 1985, 676, 677), bei der Beurteilung der Frage, ob der Gläubiger seinen Anspruch aus der Bürgschaft durch Herbeiführung des Bürgschaftsfalles verwirkt hat, kommt es hier nicht an. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann nicht davon ausgegangen werden, daß der Bürgschaftsfall auch ohne die pflichtwidrige Nichteinlösung des Schecks durch die Klägerin eingetreten wäre und der Beklagte als Bürge keinesfalls hätte Rückgriff nehmen können. Das Berufungsgericht ist vielmehr zu der Feststellung gelangt, daß unabhängig von einer eventuellen späteren Insolvenz der S.-GmbH der Beklagte allein durch die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit der S.-GmbH die Chance gehabt hätte, seine Inanspruchnahme zu vermeiden. Denn durch eine Betriebsfortführung wäre die Erwirtschaftung von Erlösen und deren Verwendung zur Ablösung der gesicherten Verbindlichkeiten möglich gewesen. Vor allem durch eine günstige Verwertung der im Besitz der S.-GmbH befindlichen Grundstücke hätten Erlöse erzielt werden können, die eine Rückführung der durch die Bürgschaft des Beklagten gesicherten Kredite ermöglicht hätten. Infolge der der Klägerin zuzurechnenden Herbeiführung der Insolvenz der S.-GmbH sei aber gerade diese Möglichkeit entfallen. Gegen diese vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen wendet sich die Revision nicht.

2. Soweit das Berufungsgericht der Klägerin auf den - aus der Bürgschaft des Beklagten für die N.-GmbH zugesprochenen - Betrag von 500.000 DM für die Zeit ab dem 18. Februar 1999 statt der begehrten 7,8% lediglich 4% Zinsen zugesprochen hat, hält dies den Angriffen der Revision nicht in vollem Umfang stand. Einen die zugesprochenen

Zinsen übersteigenden Verzugsschaden hat die Klägerin allerdings nicht dargelegt. Nach den insoweit gestellten Anträgen und dem Vorbringen der Klägerin hatte das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision nicht zu prüfen, ob der teilweise verneinte Zinsanspruch auf von der Klägerin hilfsweise und nachrangig der geltend gemachten Bürgschaftsforderung zugrunde gelegte Darlehensansprüche gegen die N.-GmbH gestützt werden konnte. Der geltend gemachte Zinsanspruch steht der Klägerin auch nicht unter Berücksichtigung der Verzugszinsregelung des § 11 Abs. 1 VerbrKrG zu, da diese auf einen zu den üblichen Bedingungen gewährten Realkredit (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG) oder eine hierfür übernommene Bürgschaft nicht entsprechend anwendbar ist (Senatsurteile vom 18. Februar 1992 - XI ZR 134/91, WM 1992, 566, 567 und vom 22. Juni 1999 - XI ZR 316/98, WM 1999, 1555). Das der N.-GmbH unter dem 17. Februar 1994 gewährte Darlehen stellt einen solchen Realkredit dar. Der Klägerin stehen deshalb nur die gesetzlichen Verzugszinsen zu. Diese betragen 5%, da der Grundpfandkredit ein beiderseitiges Handelsgeschäft war (§ 352 Abs. 1 Satz 1 HGB; vgl. Senatsurteil vom 22. Juni 1999 - XI ZR 316/98, WM 1999, 1555, 1556).

3. Soweit das Berufungsgericht dem Beklagten auf den Widerklageantrag zu 5) im Zusammenhang mit der Ablösung von Grundschulden in Höhe von 1 Million DM auf einem Grundstück des Beklagten Schadensersatz in Höhe von 9.771,66 DM zugesprochen hat, hält das Berufungsurteil rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht allerdings zu dem Ergebnis gelangt, daß durch das Schreiben der Volksbank G. vom 1. April 1997 und das Antwortschreiben der Klägerin vom 7. April 1997



keine bindende Ablösungsvereinbarung zustande gekommen ist. Die tatrichterliche Auslegung der beiderseitigen Individualerklärungen und des auf dieser Grundlage gegebenenfalls zustande gekommenen Vertrages unterliegt in der Revisionsinstanz nur der eingeschränkten Überprüfung darauf, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind, oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht, weil wesentlicher Auslegungstoff außer acht gelassen wurde (st.Rspr., Senatsurteile vom 25. Juni 2002 - XI ZR 239/01, WM 2002, 1687, 1688 und vom 23. September 2003 - XI ZR 135/02, WM 2003, 2232, 2233). Derartige Fehler werden auch von dem Beklagten nicht aufgezeigt. Er beschränkt sich insoweit vielmehr darauf, die Auslegung des Berufungsgerichts durch eine andere, dem Beklagten günstigere zu ersetzen. Das der Klägerin durch Schreiben der Volksbank G. vom 16. April 1997 unterbreitete Angebot auf Abschluß eines Treuhandvertrages hat die Klägerin mit Schreiben vom 24. April 1997 abgelehnt. Daß das Berufungsgericht das Zustandekommen einer Ablösungsvereinbarung verneint hat, ist deshalb rechtsfehlerfrei.

b) Die Revision beanstandet jedoch zu Recht, daß das Berufungsgericht dem Beklagten einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 9.771,66 DM aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragschluß zuerkannt hat. Ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen kommt nur dann in Betracht, wenn ein Verhandlungspartner bei der Gegenseite zu-rechenbar das aus deren Sicht berechnete Vertrauen erweckt hat, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen, dann aber die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abbricht (st.Rspr., vgl. BGH, Urteile vom 22. Februar 1989 - VIII ZR 4/88, WM 1989, 685, 687, vom

10. Januar 1996 - VIII ZR 327/94, WM 1996, 738, 740 und vom 7. Dezember 2000 - VII ZR 360/98, WM 2001, 684, 685; jeweils m.w.Nachw.).

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die Revision beanstandet zu Recht die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe durch ihr Schreiben vom 7. April 1997 das begründete Vertrauen des Beklagten auf das Zustandekommen einer Vereinbarung über eine Ablösung der Grundschulden gegen Zahlung eines Betrages von 820.000 DM geweckt. Dies verkennt, daß sich die Anfrage der Volksbank G. vom 1. April 1997 ausdrücklich nur auf die Höhe der durch die Grundschulden abgesicherten persönlichen Verbindlichkeiten des Beklagten bezog. Wenn die Klägerin die Höhe dieser Verbindlichkeiten mit Schreiben vom 7. April 1997 mit 820.000 DM mitteilte, konnte dem nicht die Bereitschaft der Klägerin entnommen werden, die eingetragenen Grundschulden über 1 Million DM gegen Zahlung von 820.000 DM zu übertragen, obwohl die Grundschulden auch noch Forderungen der Klägerin gegen die S.-GmbH sicherten. Bis zum Zustandekommen einer bindenden Ablösungsvereinbarung durfte der Beklagte insbesondere angesichts seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der S.-GmbH und des Umstands, daß über deren Vermögen auf Antrag vom 27. März 1997 am 9. oder 10. April 1997 die Sequestration angeordnet worden ist, nicht darauf vertrauen, daß die Klägerin die beiden Grundschulden über insgesamt 1 Million DM gegen Tilgung - nur - seiner persönlichen Verbindlichkeiten freigeben werde.

III.

Auf die Revision der Klägerin war damit unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit das Berufungsgericht die Klage wegen eines weitergehenden Zinsanspruchs von 1% für die Zeit ab dem 18. Februar 1999 abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage zur Zahlung von 4.996,17 € verurteilt hat (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO) und die Berufung des Beklagten im Umfang der Aufhebung zurückweisen.

Nobbe

Müller

Joeres

Wassermann

Mayen