

**OLG Naumburg: Verwirkung eines Bürgschaftsanspruchs wegen Verursachung des wirtschaftlichen Zusammenbruchs des Hauptschuldners durch den Gläubiger bei unberechtigter Kündigung eines Sanierungskredits**

---

OLG Naumburg, Urt. v. 30.5.2003 -- 2 U 42/01 (LG Stendal)

**Leitsätze des Gerichts:**

**1. Ist eine Kontoüberziehung durch eine stillschweigende Erhöhung des Kontokorrentkredites gedeckt und darf der Kontoinhaber auf Grund des Verhaltens der Bank darauf vertrauen, dass sie Kontoüberziehungen in der bisherigen Höhe weiter zulassen werde, so darf die Bank den Kredit nicht ohne vorherige Abmahnung oder Warnung kündigen.**

**2. Die Frage, ob der Gläubiger den Bürgschaftsfall treuwidrig herbeigeführt hat, muss unter Berücksichtigung der Grundgedanken der einschlägigen Bürgschaftsrechtsprechung beantwortet werden. Es kommt daher darauf an, ob sich im Bürgschaftsfall bei wertender Betrachtung gerade ein vom Gläubiger gesetztes Risiko realisiert hat, ohne das der Bürge - und sei es auch nur bei einer besonders günstigen Entwicklung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners - die Inanspruchnahme möglicherweise noch hätte vermeiden können.**

**Tatbestand:**

Die Klägerin, im Nachverfahren nach vorangegangenem Urkundenrechtsstreit klagend, begehrt vom Beklagten Zahlung aus zwei Bürgschaften, der Beklagte macht widerklagend Schadensersatzansprüche geltend.

Der Beklagte war im Jahr 1990 Mitbegründer der Firma T. GmbH. Im Jahre 1991 wurde die Firma in S.-GmbH (im Folgenden: S.-GmbH) geändert. Bis zum 20.10.1996 war der Beklagte alleiniger Geschäftsführer, ab dem 21.10.1996 war neben ihm auch Herr K. Ml. Geschäftsführer der S.-GmbH. Das Stammkapital der S.-GmbH betrug 1.300.000,00 DM, hiervon hielt der Beklagte einen Anteil von 1.222.200,00 DM. Im Januar 1995 trat der Beklagte an die Klägerin mit der Bitte heran, die S.-GmbH umfassend zu finanzieren (Vorfinanzierung von Bauvorhaben, Betriebsmittelkredit, langfristige Darlehen, etc.). Die Klägerin stellte die entsprechende Finanzierung bereit. Neben Grundpfandrechten und einer Globalzession übernahm der Beklagte unter dem 31.01.1995 eine Bürgschaft auf einem von der Klägerin gestellten Formular. In diesem heißt es unter Ziff. 1. ("Sicherungszweck"):

"Die Bürgschaft wird zur Sicherung aller bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen der Sparkasse gegen den Hauptschuldner, S.-GmbH, N. Chaussee 12, B., aus ihrer Geschäftsverbindung (insbesondere aus laufender Rechnung, Krediten und Darlehen jeder Art und Wechseln) übernommen".

Wegen des weiteren Inhalts der Bürgschaftserklärung wird auf die zur Akte gereichte Ablichtung, Bd. 1 Bl. 17 d. A., verwiesen. In der Folgezeit wurden sodann die folgenden Darlehen an die S.-GmbH gewährt:

- § Kontokorrentkredit bis zur Höhe von 500.000,00 DM vom 25.01.1995 (Konto Nr. 511 000 430 - ehemals Konto Nr. 301 600 43)
- § Darlehen über 1.030.000,00 DM vom 13.03.1995 (Konto Nr. 614 100 2070)
- § Darlehen über 2.000.000,00 DM vom 27.02.1995 (Konto Nr. 614 100 4111)
- § Darlehen über 2.500.000,00 DM vom 24.01.1995 (Konto Nr. 614 100 6432)
- § Darlehen über 720.000,00 DM vom 13.03.1995 (Konto Nr. 614 100 6548)
- § Darlehen über 1.200.000,00 DM vom 03.06.1996 (Konto Nr. 614 100 8778)

Im Mai 1991 erwarb die S.-GmbH Geschäftsanteile an einer weiteren Bauunternehmung in B., die damals als "B. mbH" firmierte. Diese Gesellschaft war entstanden durch Umwandlung eines früheren LPG-Gemeinschaftsunternehmens, nämlich dem "ZPO Landbau B.". Die Gesellschaft verfügte über ein Stammkapital von zunächst 656.000,- Mark. Bis zum Herbst 1991 erwarb die S.-GmbH nach und nach

sämtliche Geschäftsanteile am - inzwischen herabgesetzten - Stammkapital der B. im Nennbetrag von 328.000,00 DM. Diese Geschäftsanteile veräußerte die S.-GmbH dann mit Kaufvertrag vom 23.10.1991 an den Beklagten persönlich. Der Beklagte ließ sich vom Aufsichtsrat der Gesellschaft zum Geschäftsführer der nunmehr in N. GmbH (im Folgenden: N. GmbH) umfirmierten Gesellschaft bestellen. Einen Teil der erworbenen Beteiligung übertrug der Beklagte im November 1991 auf seine Ehefrau und seinen Sohn D. N. Im Frühjahr 1994 ersuchte die N. GmbH die Klägerin um Gewährung von Darlehen. Am 10.03.1994 übernahm der Beklagte als Mehrheitsgesellschafter der N. GmbH eine unbeschränkte Bürgschaft zur Sicherung aller Forderungen der Klägerin gegen die N. GmbH "aus ihrer Geschäftsverbindung". Wegen des näheren Inhaltes der Bürgschaftsurkunde wird auf die zur Akte gereichte Ablichtung, Bd. 1 Bl. 90 d. A., verwiesen. Die N. GmbH hat bis zum Jahr 1995 von der Klägerin die folgenden Kredite erhalten:

- § Darlehen über 3.600.000,00 DM vom 17.02.1994 (Konto Nr. 614 100 5673)
- § Darlehen über 300.000,00 DM vom 17.02.1994 (Konto Nr. 614 100 1384)
- § Darlehen über 786.000,00 DM vom 30.06.1994 (Konto Nr. 614 100 6092)
- § Darlehen über 2,0 Mio. DM vom 11.08.1994 (Konto Nr. 614 100 4260)
- § Darlehen über 1,0 Mio. DM vom 24.10.1995 (Konto Nr. 614 100 2399)
- § Betriebsmittel/Kontokorrentkredit bis zur Höhe von DM 100.000,00 vom 24.10.1995 (Konto Nr. 301 616 01, jetzt Konto Nr. 511 000 901)

Die 1994 ausgereichten Darlehen wurden noch von der Kreissparkasse B. gewährt, deren Rechtsnachfolge die Klägerin angetreten hat. Die N. GmbH erfüllte dabei die Funktion einer Holdinggesellschaft, als operativ am Markt tätiges Bauunternehmen wurde eine Tochtergesellschaft, die N.-Baugesellschaft (im Folgenden: N.-Baugesellschaft) ausgegründet. Im Januar 1995 traf die Familie N. die Entscheidung, dass die N. GmbH zukünftig vom Sohn des Beklagten, D. N., als Geschäftsführer geleitet werden sollte. Der Beklagte übertrug deshalb seine Anteile an der N. GmbH auf D. N. und schied im April 1995 als Geschäftsführer der N. GmbH aus. D. N. wurde auch neben dem weiteren Geschäftsführer K. zum Geschäftsführer der N.-Baugesellschaft bestellt. Der Beklagte war in der Folgezeit auch nicht mehr Geschäftsführer oder Gesellschafter der N.-Baugesellschaft, blieb aber Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer der S.-GmbH. Im Laufe des Jahres 1996 gerieten die N.-Baugesellschaft und die N. GmbH in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Mit Schreiben vom 04.06.1996 machte die Klägerin als Hausbank der genannten Gesellschaften ihr weiteres Kreditengagement von näher genannten Auflagen abhängig. In der Folgezeit kam es zu Sanierungsgesprächen, an denen - neben den Geschäftsführern der Firmen N.-Baugesellschaft und N. GmbH - Vertreter der Klägerin sowie ein externer Berater, Herr E., letzterer beauftragt von der IHK M., beteiligt waren. Zumindest an Besprechungen ab dem 21.10.1996 nahm auch der Beklagte teil. Dieser hatte zum 31.08.1996 die "B. mbH" gegründet, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob diese bereits von vornherein als Auffanggesellschaft für den Fall des Zusammenbruchs von Firmen der Unternehmensgruppe gegründet wurde oder ob die Gründung in keinem Zusammenhang mit den bei der N. GmbH und der N.-Baugesellschaft aufgetretenen wirtschaftlichen Schwierigkeiten stand. Im Oktober 1996 teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass die N.-Baugesellschaft wegen Forderungsausfällen sowie Schwierigkeiten auf einzelnen Baustellen zahlungsunfähig sei.

Unter dem 29.10.1996 erstellte der Beklagte eine "Tischvorlage" für die Klägerin und den sogenannten "Runden Tisch" der IHK M., in der eine Fusion der N.-Baugesellschaft mit der N. GmbH und der S.-GmbH angeregt wurde. Als Zweck der Zusammenführung gab der Beklagte die Konsolidierung der N.-Baugesellschaft an. Wegen des weiteren Inhaltes wird auf die Ablichtung des Schreibens vom 29.10.1996 (Anlage zum Schriftsatz vom 13.01.2000, Anlagenband) verwiesen.

Am 21.11.1996 kam es zu einem Gespräch am "Runden Tisch" der IHK M. über die Sanierung von S.-GmbH, N. GmbH und N.-Baugesellschaft. An dem Gespräch nahmen Vertreter der IHK M., der Klägerin, der Deutschen Ausgleichsbank, des Landesförderinstituts sowie des Wirtschaftsministeriums des Landes Sachsen-Anhalt, jedoch kein Vertreter der in das Sanierungsvorhaben einzubeziehenden Firmen teil. Bei diesem Gespräch machte der externe Berater E. deutlich, dass eine Insolvenz der Unternehmensgruppe nur abgewendet werden könne, wenn ungeachtet einer bereits angedachten Zusammenführung der Unternehmen frische Liquidität in Höhe von 5 - 6 Mio. DM bereitgestellt würde. Ein Vertreter der Deutschen Ausgleichsbank, der Zeuge Sch., signalisierte die Bereitschaft zur Unterstützung aus dem Eigenkapitalhilfe (EKH)- und aus dem Eigenkapitalergänzungs (EKE)- Programm, unter der Voraussetzung, dass sich die Hausbank - die Klägerin - mit einem Anteil von 40 % an der Finanzierung beteilige. Dies stellte die Klägerin in Aussicht.

Nach dem 21.11. 1996 ließ die Klägerin auf den Geschäftskonten der S.-GmbH und der N.-Baugesellschaft eine Ausweitung der Überziehung zu, wobei die Parteien darüber streiten, ob der Erhöhung des Kontokorrentkredits eine Vereinbarung zwischen den Beteiligten über die Vorfinanzierung der in Aussicht genommenen Kreditverträge zugrunde lag. Das Konto der S.-GmbH stand am 21.11.1996 mit - 1.182.818,63 DM im Soll, bei einer eingeräumten Kreditlinie von 405.000,00 DM. Am 31.12.1996 betrug der Sollstand - 1.481.686,37 DM, er wurde am 17.01.1997 auf - 382.312,15 DM zurückgeführt und

betrug am 07.03.1997 - 490.000,-- DM. Das bei der Klägerin geführte Betriebskonto der N.-Baugesellschaft mit der Konto-Nr. 511000391 befand sich am 21.11.1996 mit 2.324.686,76 DM im Soll, wobei eine Kreditlinie in Höhe von 1.925.000,00 DM eingeräumt war. Bis zum 06.02.1997 hatte sich der Negativsaldo auf dem Konto auf - 4.075.092,80 DM erhöht. Der N. GmbH war auf dem bei der Klägerin geführten Geschäftskonto Nr. 511000901 eine Kontokorrentkreditlinie von 100.000,00 DM eingeräumt worden. Der Soll-Stand auf diesem Konto betrug am 21.11.1996 - 142.384,79 DM, am 31.12.1996 - 335.877,05 DM und am 10.03.1997 - 59.359,47 DM. Wegen der weiteren Entwicklung der Geschäftskonten von N.-Baugesellschaft, N. GmbH und S.-GmbH wird auf die von der Klägerin eingereichte "Saldenbestätigung" (Bd. VII Bl. 281 ff. d. A.) verwiesen.

Unter dem 27./28.11.1996 entwarf der externe Berater E. einen Beratungsbericht, der von der Klägerin - wie auch von den übrigen Beteiligten - zur Grundlage ihrer folgenden Kreditentscheidungen gemacht wurde. Eckpunkte des Konsolidierungsplans waren dabei:

- § die Verschmelzung der N.-Baugesellschaft, der S.-GmbH sowie der N. GmbH auf die B. mbH. Die N.-Baugesellschaft sollte jedoch erst nach Reduzierung ihrer Verbindlichkeiten, im Rahmen eines offenen Vergleichs mit den Gläubigern, auf die anderen Firmen verschmolzen werden. Alleiniger Geschäftsführer sollte der Beklagte werden.
- § Reduzierung von Verbindlichkeiten der S.-GmbH durch Veräußerung von Grundstücken.
- § Zusätzliche Darlehen über insgesamt ca. 6 Mio. DM. Diese Kredite sollten teilweise aus öffentlich geförderten Mitteln (EKH/EKE), teilweise aus einem zusätzlichen Hausbankdarlehen der Klägerin stammen.

Als Verbindlichkeiten der N.-Baugesellschaft wurden ca. 7 Mio. DM angenommen, als Verbindlichkeit der S.- und der N. GmbH insgesamt 12 Mio. DM Verbindlichkeiten angeführt. Die S.-GmbH wird im Beratungsbericht als eine Gesellschaft mit guter Auftragslage in einer günstigen Situation geschildert, die N.-Baugesellschaft krankte hingegen nach dem Beratungsbericht an bereits eingetretenen und drohenden Forderungsverlusten und an einer nicht ausreichenden Ertragssituation. Ein Abbau der Verbindlichkeiten sollte durch die Veräußerung von Grundstücken erfolgen. Der Abschluss eines Verschmelzungsvertrages und eines Vorvertrages zur Verschmelzung war zum 31.12.1996 vorgesehen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die zur Akte gereichte Ablichtung des Beratungsberichts vom 27./28.11.1996 (Bd. II Bl. 74 ff. d. A.) Bezug genommen.

Am 02.12.1996 beantragte die B. mbH die Gewährung eines Konsolidierungsdarlehens des Landes Sachsen-Anhalt in Höhe von 500.000,00 DM, auszureichen über das Landesförderinstitut (LFI). Am 11.12.1996 wurde die B. mbH, deren Geschäftsführer der Beklagte war, ins Handelsregister eingetragen. Am 13.12.1996 übersandte der erstinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Beklagten, Rechtsanwalt Dr. S. der Klägerin den Entwurf eines Verschmelzungsvertrages. Unter dem 17.12.1996 schloss die Klägerin mit der B. mbH einen Darlehensvertrag über einen Nominalbetrag von 2.580.000,00 DM, der von der Deutschen Ausgleichsbank (DTA) refinanziert wurde und für den der Beklagte die Mithaftung übernehmen musste (Eigenkapitalergänzungsdarlehen, im Folgenden EKE-Darlehen). Am gleichen Tage wurde dem Beklagten außerdem ein ebenfalls von der Deutschen Ausgleichsbank refinanziertes Eigenkapitalhilfedarlehen in Höhe von 700.000,00 DM gewährt. Wegen der Einzelheiten des Darlehensvertrages vom 17.12.1996 wird auf die zur Akte gereichte Ablichtung des Darlehensvertrages (Anlage B 89 zum Schriftsatz vom 23.06.2000 - Anlagenband) verwiesen. Am 27.12.1996 erfolgte die Auszahlung der Darlehen in Höhe von 3.214.400,00 DM auf das bei der Klägerin geführte Konto der B. mbH mit der Kontonummer 511008651. Zum 02.01.1997 übernahm der Beklagte sämtliche Geschäftsanteile an der N. GmbH und wurde zu deren Geschäftsführer bestellt. Geschäftsführer der N.-Baugesellschaft blieb D. N. Im Laufe des Januar 1997 begann die Steuerberaterin Frau G. mit der Erstellung von Bilanzen zum Bilanzstichtag 31.12.1996 zur Vorbereitung der Verschmelzung.

In einer Stellungnahme zum Darlehensantrag an das Landesförderinstitut teilte die Klägerin unter dem 27.01.1997 Folgendes mit:

"Die Analyse der Situation insgesamt ergab, dass die einzelnen Firmen nicht überschuldet sind. Das Konsolidierungskonzept wurde von uns überprüft und als realisierbar eingeschätzt.

Die Konzeption sieht vor, dass die Hausbank dem Unternehmen weitere Mittel in Höhe von 2.295 TDM zur Verfügung stellt. Wir sind bereit, zur Überbrückung der enormen Liquiditätsgengpässe die Summe teilweise vorzufinanzieren. Weiterhin haben wir uns bereit erklärt, die Tilgungsleistungen für bestehende Darlehen zu stunden. Durch die im Konzept vorgesehenen Maßnahmen und deren konsequente Durchsetzung i. V. m. dem derzeit guten Auftragsbestand sehen wir die Zukunftsaussichten des Unternehmens positiv."

Durch den erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten des Beklagten, Rechtsanwalt S., wurden im Januar 1997 die Gläubiger der N.-Baugesellschaft aufgefordert, im Vergleichswege gegen Zahlung von 25 % des Forderungsbetrages auf die jeweiligen Restforderungen zu verzichten. Nach Scheitern dieser Bemühungen um den Abschluss eines offenen Vergleichs stellte der Geschäftsführer der N.-Baugesellschaft, D. N., am 05. Februar 1997 Antrag auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der N.-Baugesellschaft. Am 28.02.1997 wurde das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet. Bereits zuvor, am 11. Februar 1997, hatte die Klägerin die von ihr der N.-Baugesellschaft gewährten Kredite in Höhe von 6.180.314,81 DM gekündigt.

Am 18. Februar 1997 unterzeichnete der Beklagte als Geschäftsführer der B. mbH einen Vertrag mit der Klägerin über ein Darlehen in Höhe von 2.295.000,00 DM. Als Gutschriftskonto sind die Konten mit den Kontonummern 511000901, 511008651, 51000391 und 511000430 angegeben, als Belastungskonto das Konto mit der Nr. 511008830. Bei dem Konto mit der Konto-Nr. 51100391 handelt es sich um ein solches der N.-Baugesellschaft. Als Vertragsdatum ist im Kopf der Darlehensurkunde der 07.01.1997 angegeben, unter der Urkunde befindet sich das Datum des 18.02.1997. In Ziff. 3 des Vertrages ("Sicherheiten") heißt es in der Urkunde:

"Das Darlehen kann erst in Anspruch genommen werden, wenn die vereinbarten Sicherheiten bestellt sind und der Sparkasse hierüber gegebenenfalls eine Bestätigung vorliegt. Der Sparkasse werden - unbeschadet der Haftung etwa bereits bestehender oder künftiger Sicherheiten im Rahmen ihres Sicherungszwecks - in besonderen Urkunden folgende Sicherheiten bestellt:

- § Globalzession von Forderungen der Firma B. mbH
- § unbeschränkte selbstschuldnerische Bürgschaft von A. N."

Eine Bürgschaft zur Sicherung für den Darlehensbetrag wurde vom Beklagten weder bei Unterzeichnung des Darlehensvertrages noch zu einem späteren Zeitpunkt der Klägerin überreicht.

Der Auftragsbestand und die Arbeitnehmer der N.-Baugesellschaft wurden von der B. mbH in Absprache mit dem Gesamtvollstreckungsverwalter der N.-Baugesellschaft und der Klägerin übernommen. Am 17.03.2001 kam es zu einer erneuten Besprechung am "Runden Tisch", in deren Verlauf die Abarbeitung des Konsolidierungskonzeptes besprochen wurde. Die Vertreter der Klägerin teilten in dem Gespräch mit, die Sparkasse gedenke, den Darlehensbetrag über 2.295 TDM nicht an die B. mbH auszureichen, sondern diesen Betrag gegen die Kontoüberziehungen der N.-Baugesellschaft zu verrechnen. Laufende Liquidität könne daher nur durch Zahlungseingänge sichergestellt werden.

Unter dem 22.03.1997 gab der externe Berater E. einen Bericht über die Umsetzung des Konsolidierungskonzeptes ab. Er gelangte zu dem Schluss, dass der derzeitige Stand auf ein Scheitern der Sanierungsbemühungen hindeute, obgleich die bilanziellen Voraussetzungen für die Umsetzung des Konsolidierungskonzeptes geschaffen worden seien, die Verschmelzung weiterhin möglich sei, Fördermittel zur Verfügung stünden und die betriebswirtschaftlichen Aussichten der auf die B. mbH zu verschmelzenden Unternehmen gut seien. Seine ungünstige Einschätzung begründete der Berater E. mit fehlenden Mitteln aus von der Sparkasse mangels Pfandentlassung blockierten Grundstückskaufverträgen, fehlenden Mitteln wegen Nichtzustandekommens eines vorgesehenen Grundstücksverkaufs an eine "sparkassennahe Organisation" sowie damit, dass Hypothekenbanken eine Beleihung des Betriebsgrundstücks vor Durchführung der Verschmelzung ablehnten.

Am 09.04. oder 10.04.1997 wurde auch über das Vermögen der S.-GmbH durch das Amtsgericht Stendal die Sequestration angeordnet. Dem ging folgende Entwicklung voraus:

Unter dem 10.03.1997 reichte die IKK M. einen von der S.-GmbH ausgestellten Scheck über 117.790,16 DM zur Einlösung bei der Klägerin ein. Mit diesem Scheck sollten die Sozialversicherungsbeiträge der Fa. S.-GmbH für die Monate Januar/Februar 1997 beglichen werden. Der Scheck wurde von der Klägerin zunächst zu Lasten des Geschäftskontos der S.-GmbH, Konto-Nr. 511000430 eingelöst. Am 12.03.1997 wurde der Betrag dann jedoch im Wege der Nachdisposition mangels ausreichender Kontodeckung zurückgebucht. Vor Buchung des Scheckbetrages sowie weiterer zeitgleich eingegangener Überweisungen betrug der Kontostand -490.274,24 DM. In einem Schreiben vom 20.03.1997 forderte die B. mbH, vertreten durch den Beklagten, die Klägerin zur Ausführung mehrerer Überweisungen auf, darunter der genannten 117.790,17 DM an die IK.K M. Diese Überweisungen sollten - so der Beklagte - aus den Mitteln des Hausbankdarlehens in Höhe von 2.295.000,DM erfolgen. Dieser Aufforderung kam die Klägerin jedoch nicht nach. Die IKK stellte daraufhin am 27.03.1997 wegen der nicht bezahlten Beiträge den Antrag auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens.

Nach Anordnung der Sequestration teilte die Klägerin der S.-GmbH mit Schreiben vom 14.04.1997 mit, dass der Hausbankanteil über 2.295 TDM bereits vorfinanziert worden sei, eine "Verrechnung" könne

erst stattfinden, wenn eine Bürgschaft ihres Geschäftsführers A. N. beigebracht worden sei. Zu diesem Zeitpunkt befand sich auf dem Betriebsmittelkonto Nr. 511008651 der B. mbH ein restliches Guthaben aus EKE- bzw. EKH-Darlehen in Höhe von 333.469,00 DM. Hierzu heißt es im Schreiben der Klägerin vom 14.04.1997:

"Die Verwendung der Fördermittel sollte sachbezogen erfolgen. Ca. 3 Millionen DM wurden Ihnen bereits zur Verfügung gestellt. Der Restbetrag der Fördermittel für die B. mbH von 333.469,00 DM kann nicht ausgezahlt werden, weil auf Grund der Eröffnung der Sequestration über die Firma S.-GMBH die Gesellschafterbeschlüsse nicht mehr umgesetzt werden können und die Bedingung, Verschmelzung der Unternehmen nicht erfüllt wurde, bzw. derzeit nicht erfüllt werden kann (gemäß. Bedingungen der DTA)".

Unter dem 25.04.1997 bot die B. mbH die Abgabe einer Bürgschaftserklärung ihres Geschäftsführers, des Beklagten, erneut an, forderte im selben Schreiben die Klägerin aber auch zur Auszahlung des Hausbankdarlehens auf. Der Restbetrag aus den EKH/EKE-Darlehen wurde in der Folgezeit von der Klägerin an die Deutsche Ausgleichsbank zurücküberwiesen. Am 28.04.1997 kündigte die Klägerin auch die der S.-GmbH gewährten Kredite. Zu der beabsichtigten Verschmelzung der Unternehmen kam es in der Folgezeit nicht mehr. Am 13.08.1997 wurde das Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der S.-GmbH eröffnet.

Die B. mbH stellte in der Folgezeit ihre Tätigkeit an den von der N.-Baugesellschaft übernommenen Bauvorhaben ein und entließ die von der N.-Baugesellschaft übernommenen Arbeitnehmer.

Ende des Jahres 1997 verhandelten der Beklagte, die Klägerin sowie eine Steuerberatungsgesellschaft über einen Erwerb der N. GmbH durch nicht näher genannte Mandanten der Steuerberatungsgesellschaft, die wegen des bestehenden Verlustvortrages am Erwerb der N. GmbH interessiert waren. Zu dem Erwerb kam es jedoch nicht. Mit Beschluss des Amtsgerichts Stendal vom 10.02.1998 wurde über das Vermögen der N. GmbH die Sequestration angeordnet. Dem lag ein Antrag auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens des Finanzamtes G. wegen einer zunächst gestundeten Steuerschuld der N. GmbH in Höhe von 1.000.000,00 DM zugrunde. Mit Beschluss des Amtsgerichts Stendal vom 09. September 1998 wurde über das Vermögen der N. GmbH das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet.

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten aus den von ihm übernommenen Bürgschaftsverpflichtungen die Zahlung eines Teilbetrages in Höhe von 500.000,00 DM. Diesen Betrag hat sie in erster Linie aus der vom Beklagten für Verbindlichkeiten der Firma S.-GmbH übernommenen Bürgschaft geltend gemacht, wobei die Bürgschaftsverpflichtung von ihr vorrangig für den Kontokorrentkredit vom 25.01.1995 auf dem Konto 511 000 430 in Anspruch genommen worden ist, der nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin am 31.12.1997 noch mit 942.274,72 DM valutierte. Subsidiär hat die Klägerin die Klageforderung auf die Bürgschaftsverpflichtung für die weiteren Verbindlichkeiten der S.-GmbH, und zwar in der Reihenfolge der wiedergegebenen Aufzählung, gestützt. Wiederum nachrangig hat die Klägerin den Klageanspruch aus der für die N. GmbH übernommenen Bürgschaftsverpflichtung für die in der Klageschrift genannten Verbindlichkeiten, und zwar wiederum in der Reihenfolge von deren Aufzählung, hergeleitet.

Die Klägerin hat die Klageforderung als Teilklage im Urkundenprozess anhängig gemacht und beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 500.000,00 DM nebst 7,80 % Zinsen ab dem 01.03.1998 zu zahlen. Bereits im Urkundenverfahren ist der Beklagte der Klageforderung entgegengetreten und hat die Abweisung der Klage beantragt. Er hat diesen Antrag im Wesentlichen mit der Rechtsauffassung begründet, dass die vom Beklagten abgegebenen Bürgschaftserklärungen wegen Verstoßes gegen die §§ 3, 9 AGB-Gesetz unwirksam seien, da sie durch formularmäßige Ausdehnung zeitlich und betragsmäßig unbeschränkt sind und den Beklagten daher einem nicht vorhersehbaren Risiko aussetzen. Daraus macht er geltend, dass der durch die Bürgschaft für die S.-GmbH gesicherte Kontokorrentkredit (Konto-Nr. 3801 5 379) zur Vorfinanzierung einer beantragten Liquiditätshilfe (KFW-Mittelstandsprogramm) aufgenommen und bis zum wertmäßigen Eingang der Mittel befristet gewesen sei. Nach dem Eingang der Mittel sei daher der Kontokorrentkredit weggefallen. Darüber hinaus sei eine Berufung auf die Bürgschaft auch deswegen nicht zulässig, weil die Darlehen vom 24.01. und 25.01.1995 völlig ausreichend abgesichert worden seien. Mit Vorbehaltsurteil vom 08.12.1999 hat das Landgericht im Urkundenverfahren den Beklagten entsprechend dem Klageantrag verurteilt. In den Entscheidungsgründen hat es sich mit den vom Beklagten gegen die Bürgschaftsverpflichtung im Urkundenverfahren erhobenen Einwänden auseinandergesetzt und diese als unbegründet angesehen.

Im Nachverfahren ist im Termin zur mündlichen Verhandlung am 19.01.2000 antragsgemäß gegen den Beklagten ein Versäumnisurteil ergangen, mit welchem das in dieser Sache ergangene Vorbehaltsurteil vom 08.12.1999 für vorbehaltlos erklärt worden ist. Gegen dieses Versäumnisurteil hat der Beklagte fristgerecht Einspruch eingelegt.

Die Klägerin hat erstinstanzlich zuletzt beantragt,

das Versäumnisurteil vom 19.01.2000 aufrecht zu erhalten.

Der Beklagte hat erstinstanzlich zuletzt beantragt,

unter Aufhebung des Versäumnisurteils vom 19.01.2000 und des Vorbehaltsurteils vom 08.12.1999 die Klage abzuweisen;

im Wege der Widerklage

1. a) festzustellen, dass die Darlehensschuld des Beklagten gegenüber der Klägerin gem. Darlehensvertrag vom 17.12.1996 (EKH Eigenkapitalhilfedarlehen), Darlehens-Nr. 6141010111 erloschen ist und der Klägerin keine Ansprüche gegen den Beklagten aus dem vorgenannten Darlehensvertrag zustehen;

b) festzustellen, dass der Beklagte der Klägerin auf Grund der Bürgschaftserklärung vom 17.12.1996 nicht für Verbindlichkeiten der B. aus dem mit der Klägerin abgeschlossenen Darlehensvertrag vom 17.12.1996, Darlehensnummer 6141010120 haftet;

2. a) die Klägerin zu verurteilen, an den Beklagten für den Zeitraum vom 01.04.1997 bis 31.05.2000 1.204.149,50 DM nebst 5 % Zinsen seit Zustellung der Widerklage (Gehalt S.-GmbH) und weitere 91 1.161,12 DM nebst 5 % Zinsen seit 15.04.2000 (Gesellschafterdarlehen) sowie weitere 1.222.200,00 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 15.04.2000 (S.-Geschäftsanteil);

b) die Klägerin zu verurteilen, an den Beklagten mit Wirkung ab 01.06.2000 mtl. 30.000,00 DM bis längstens Mai 2007 nebst 4 % Zinsen ab 01. des jeweils Folgemonats sowie weitere 30.000,00 DM jährlich zum 31.12. eines jeden Jahres, letztmals am 31.12.2006 zu zahlen (Gehalt S.) nebst jeweils 4 % Zinsen ab 01.01. eines jeden Jahres;

hilfsweise festzustellen, dass die Klägerin verpflichtet ist, dem Beklagten allen Schaden zu ersetzen, der diesem infolge der Beendigung des Anstellungsvertrages mit der S.-GmbH vom 13.06.1991/Gesellschafterbeschluss vom 24.03.1995 ab 01.06.2000 entstanden ist und noch entsteht;

c) festzustellen, dass die Klägerin verpflichtet ist, dem Beklagten alle Schäden zu ersetzen, die diesem infolge Nichterfüllung der Versorgungszusage der S.-GmbH vom 01.11.1990 entsteht;

d) festzustellen, dass die Klägerin verpflichtet ist, dem Beklagten alle weiter gehenden Schäden zu ersetzen, die dem Beklagten dadurch entstanden sind und entstehen, dass die Innungskrankenkasse M. am 09.04.1997 die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der S.-GmbH, HRB 136 AG Stendal, beantragt und 13.08.1997 durch Beschluss des AG Stendal, Aktenzeichen 7 N 111/7 eröffnet wurde;

3. festzustellen, dass die Klägerin verpflichtet ist, dem Beklagten allen Schaden zu ersetzen, der dem Beklagten infolge der SCHUFA-Anmeldung der Klägerin vom 29.03.1999 und 16.03.2000 über Schuldsalden von 8.044.954,00 DM und 582.721,00 DM sowie infolge der von der Klägerin aufgrund des Vorbehaltsurteils vom 08.12.1999/19.01.2000 erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse des AG Burg vom 06.03.00, Geschäftsnummer 33 M 294/00, und des Amtsgerichts Genthin vom 28.03.00, Geschäftsnummer 33 M 409/00, entstanden ist und entsteht.

4. die Klägerin zu verurteilen, an den Beklagten weitere 2 Mio. DM nebst 4 % Zinsen seit Zustellung der Widerklage zu zahlen (N. Geschäftsanteile);

5. Die Klägerin zu verurteilen, an den Beklagten weitere DM 189.771,66 nebst 4 % Zinsen seit Zustellung der Widerklage zu zahlen (Ablösungsschaden B. Weg 42).

Der Beklagte hat sich zum einen auf die bereits im Urkundenverfahren vorgetragenen Einwendungen bezogen. Darüber hinaus hat er geltend gemacht, dass die Klägerin die Insolvenz der S.-GmbH verursacht und damit den Bürgschaftsfall sowohl hinsichtlich der Bürgschaft für die Verbindlichkeiten der

S.-GmbH als auch hinsichtlich derjenigen für die Verbindlichkeiten der N. GmbH treuwidrig herbeigeführt habe.

Der Beklagte hat die Verweigerung der Auszahlung der mit Darlehensvertrag vom 07.01./18.02.1997 zugesagten Mittel für unberechtigt gehalten. Die Darlehensmittel seien entgegen der Behauptung der Klägerin auch nicht von dieser vorfinanziert worden. Mit einer Kreditausweitung an die N.-Baugesellschaft habe er, der Beklagte, sich zu keinem Zeitpunkt einverstanden erklärt. Die unterbliebene Auszahlung der Darlehensvaluta aus dem Darlehensvertrag vom 07.01./18.02.1997 beruhe allein darauf, dass die Klägerin im Falle der Auszahlung die sich aus dem Kreditwesengesetz ergebenden Grenzen für Großkredite überschritten hätte. Die ausgezahlten Mittel aus den EKH- und EKE-Darlehen vom Dezember 1996 seien auf Veranlassung der Klägerin überwiegend dazu verwandt worden, die Kontokorrentkredite der anderen zu verschmelzenden Unternehmen zu verringern mit der Folge, dass die B. mbH kaum noch die erforderlichen Mittel gehabt habe, um die übernommenen Aufträge weiter vorzufinanzieren und 80 Arbeitnehmer zu beschäftigen, was nur bei Auszahlung des erwarteten Hausbankanteils von 2.295 TDM möglich gewesen sei. Die B. mbH habe daher nach der Verweigerung der Auszahlung des Hausbankdarlehens und nach der Sperrung des vorhandenen Guthabens die Fortführung der übernommenen Aufträge einstellen müssen und keine neuen Aufträge annehmen können. Bei Auszahlung der Kreditmittel in Höhe von 2.295 TDM und der laufenden Betriebsmittel von 333 TDM hätten hingegen die zahlreichen lukrativen Aufträge von über 25 Mio. DM abgearbeitet werden können.

Der Beklagte ist darüber hinaus der Auffassung, die Klägerin sei verpflichtet gewesen, den Scheck über 117.790,00 DM zugunsten der IKK M. am 10.03.1997 einzulösen. Hier zu hat er behauptet, er habe am 06.03.1997 einen Überweisungsträger eingereicht, um einen Betrag in Höhe von 150.000,00 DM vom Geschäftskonto der B. mbH auf das Konto der S.-GmbH zu überweisen. Diese Querüberweisung sei aber nicht ausgeführt worden. Wäre sie ausgeführt worden, so hätte das Konto der S.-GmbH am 10.03.1997 nur einen Sollstand von 340.247,24 DM aufgewiesen, auch bei Einlösung des Schecks wäre dann die Kreditlinie der S.-GmbH eingehalten worden. Er hat weiter vorgetragen, die Klägerin habe bereits ab Anfang März 1997 beabsichtigt, die Insolvenz der S.-GmbH herbeizuführen. Sie habe Überweisungen von den Konten der S.-GmbH und der B. mbH meist nur zugunsten eigener Kunden zugelassen. Überweisungsaufträge an das Finanzamt und an Sozialversicherungsträger seien dagegen trotz Kontendeckung nicht ausgeführt worden.

Darüber hinaus hat er sich darauf berufen, dass er - wie zwischen den Parteien unstreitig ist - am 24.09.1996 die für die Verbindlichkeiten der N. GmbH übernommene Bürgschaft gekündigt habe. Nach Aussagen des Vorstandsvorsitzenden der Klägerin, D., hätten die "Altbürgschaften" des Beklagten für die Verbindlichkeiten der N. GmbH und der N.-Baugesellschaft "erledigt" sein sollen. Dies habe der Vorstandsvorsitzende mehrmals gesagt, und zwar am 18.12.1996 sowie zuvor schon am 27.09. und am 10.10.1996. Die Bürgschaft für die N. GmbH sei darüber hinaus dadurch gegenstandslos geworden, dass er - der Beklagte - als Gesellschafter und Geschäftsführer bei der N. GmbH ausgeschieden und statt seiner sein Sohn D. N. eine Bürgschaft gegenüber der Klägerin übernommen habe.

Der Beklagte hat außerdem die Auffassung vertreten, er könne aus den Bürgschaften für die Verbindlichkeiten der N. GmbH und der S.-GmbH nicht mehr in Anspruch genommen werden, da diese Kredite kapitaleretzenden Charakter hätten und dies sowohl einer Rückforderung der durch die Bürgschaften gesicherten Kredite als auch seiner Inanspruchnahme aus den Bürgschaften entgegenstehe.

Der Beklagte hat zunächst hilfsweise die Aufrechnung mit Gegenforderungen in Höhe eines Gesamtbetrages von 19.455.379,99 DM erklärt. Mit Schriftsatz vom 09.10.2000 hat er ausdrücklich von dieser Aufrechnungserklärung Abstand genommen und Widerklage erhoben.

Mit dem Widerklageantrag zu 1) hat er die Feststellung begehrt, dass der Klägerin aus dem Darlehensvertrag vom 17.12.1996 sowie der Bürgschaftserklärung vom 17.12.1996 gegen den Beklagten keine Rechte mehr zustünden. Hierzu hat er behauptet, dass er infolge der unterbliebenen Auszahlung des Hausbankdarlehens sowie der Sperrung der restlichen Kreditmittel in Höhe von 333.772,45 DM die wirtschaftliche Tätigkeit der B. nicht habe fortsetzen können. Die B. mbH habe keine wirtschaftlichen Vorteile aus der Gewährung des EKE-Darlehens erlangt. Hierfür seien ihr weder Einnahmen noch Sachwerte zugeflossen, insbesondere keine Zahlungen auf die übernommenen Aufträge. Im Falle der Auszahlung der Darlehensvaluta aus dem Darlehensvertrag vom 07.01./18.02.1997 habe die B. mbH als Auffanggesellschaft hingegen die auf sie übergeleiteten Aufträge fortführen und wirtschaftlich bestehen können.

Mit dem Widerklageantrag zu 2 a) hat er Schadensersatzansprüche wegen des Verlustes von Geschäftsführerbezügen bis zum 31.05.1997 in Höhe von 1.204.149,50 DM geltend gemacht. Weiterhin - mit dem Widerklageantrag zu 2 b) - hat er Schadensersatz wegen des Verlustes eines der S.-GmbH

gewährten Gesellschafterdarlehens in Höhe von 911.000,00 DM sowie weiteren Schadensersatz wegen des Verlustes des Stammkapitals der S.-GmbH in Höhe von 1.222.200,00 DM verlangt. Gemäß dem zwischen dem Beklagten und der S.-GmbH am 13.06.1991 abgeschlossenen Anstellungsvertrag stand dem Beklagten - wie zwischen den Parteien unstreitig ist - eine Vergütung in Höhe von 10.000,00 DM monatlich zu. Mit Wirkung ab dem 01.04.1995 wurde die Vergütung für die Geschäftsführertätigkeit des Beklagten bei der S.-GmbH auf 30.000,00 DM erhöht, gleichzeitig wurde ein 13. Monatsgehalt vereinbart. Diese Vergütung erhielt der Beklagte bis einschließlich Februar 1997. Der Beklagte hat außerdem behauptet, er habe der S.-GmbH im Jahre 1994 ein Gesellschafterdarlehen in Höhe von 1.050.000,00 DM gewährt, welches am 10.04.1997 noch mit 911.161,62 DM valuiert habe. Infolge der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der S.-GmbH habe die Rückzahlung des Darlehens nicht mehr erfolgen können. Zum Wert der Geschäftsanteile der S.-GmbH hat der Beklagte angegeben, dass er die Anteile zu einem Preis von 1.983.500,00 DM erworben habe. Der tatsächliche Wert der Geschäftsanteile habe aber vor der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens wesentlich höher gelegen.

Darüber hinaus - Widerklageantrag zu 2 c) - hat der Beklagte Schadensersatz wegen der ihm infolge der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der S.-GmbH entstandenen weiteren Schäden begehrt, insbesondere wegen der Nichterfüllung einer ihm erteilten Versorgungszusage der S.-GmbH. Hierzu hat er behauptet, dass die S.-GmbH sich mit der Versorgungszusage vom 01.11.1990 verpflichtet habe, ihm ab Erreichen des 65. Lebensjahres eine Altersrente in Höhe von 7.000,00 DM monatlich zu zahlen.

Mit dem Widerklageantrag zu 3) hat der Beklagte Schadensersatz wegen zweier von ihm für fehlerhaft gehaltener, auf Mitteilungen der Klägerin beruhender SCHUFA-Eintragungen beansprucht. Insoweit ist zwischen den Parteien unstreitig, dass von der Klägerin am 29.03.1999 zu Lasten des Beklagten ein Saldo in Höhe von 8.044.954,00 DM mit dem Vermerk "Konto in Auflösung" der SCHUFA gemeldet und von dieser so in ihre Datei übernommen wurde. Im Jahre 2000 bezeichnete die Klägerin gegenüber der SCHUFA diesen Saldo als unrichtig, stattdessen meldete sie eine Zwangsvollstreckung vom 16.03.2000 in Höhe von 582.721,00 DM. In diesem Zeitraum fanden Zwangsvollstreckungsmaßnahmen der Klägerin aus dem in diesem Rechtsstreit ergangenen Urkundenvorbehaltsurteil statt. Dementsprechend speicherte die SCHUFA eine Zwangsvollstreckung vom 16.03.2000 in Höhe von 582.721,00 DM in ihrem Datenbestand und teilte dies dem Beklagten mit Schreiben vom 02.05.2000 (Anlage B 47) mit. Der Beklagte hat beide von der Klägerin veranlasste SCHUFA-Eintragungen für unrechtmäßig gehalten und die Feststellung begehrt, dass die Klägerin ihm zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet sei.

Darüber hinaus - mit dem Widerklageantrag zu 4) - hat der Beklagte die Klägerin auf Ersatz des ihm durch den Verlust der N. Geschäftsanteile entstandenen Schadens in Anspruch genommen. Er hat hierzu behauptet, dass der Wert der Geschäftsanteile der N. GmbH allein auf Grund des bestehenden Verlustvortrages mindestens 2 Mio. DM betragen habe.

Mit dem Widerklageantrag zu 5) hat der Beklagte Schadensersatz dafür verlangt, dass die Klägerin für die Ablösung einer Grundschuld einen seiner Meinung nach überhöhten Betrag verlangt habe. Dem vom Beklagten geltendgemachten Anspruch liegt folgender - einstreitiger - Sachverhalt zu Grunde:

Das dem Beklagten gehörende Grundstück B. Weg 42 in B. diene der Klägerin zur Sicherung ihrer Ansprüche gegen die S.-GmbH. Zu Gunsten der Klägerin war das genannte Grundstück mit zwei Grundschulden belastet. Mit Schreiben vom 01.04.1997 (Bd. II Bl. 97 d. A.) fragte die Volksbank G. e. G. auf Bitten des Beklagten bei der Klägerin wegen der kurzfristigen Ablösung der mit nominal 700.000,00 DM und 300.000,00 DM eingetragenen Buchgrundschulden an. In dem Schreiben heißt es dann:

"Wir bitten Sie, uns möglichst kurzfristig die Ablösevaluta aufzugeben, damit wir Ihnen den entsprechenden Geldbetrag im Treuhandauftrage übertragen können".

Auf dieses Schreiben antwortete die Klägerin mit Schreiben vom 07.04.1997. Das Schreiben lautet:

"Mit Ihrem Schreiben vom 01.04.1997 teilten Sie uns mit, dass Sie die Verbindlichkeiten für das oben genannte Objekt ablösen wollen. Die Höhe unserer Forderungen belaufen sich auf 820.000,00 DM. Wir gehen davon aus, dass die Ablösevaluta bis zum 20.04.1997 in unserem Hause ist. Bitte überweisen Sie den Ablösebetrag auf das Konto-Nr. 929 200 6000 (BLZ 810 54 000), lautend auf Sparkasse J. /wegen: A. N.".

Wegen der weiteren Einzelheiten des Schreibens wird auf die zur Akte gereichte Ablichtung Bd. V Bl. 36 d. A. Bezug genommen. Unter dem 16.04.1997 überwies die Volksbank G. einen Betrag in Höhe von 820.000,00 DM an die Klägerin mit dem Verwendungszweck "Ablösung Verbindlichkeiten B. Weg 42 gemäß Treuhandauftrag vom 16.04.1997 A. N." (Bd. II Bl. 99 d. A.). Unter dem 28.04.1997 gab die



Klägerin die Überweisung von 820.000,00 DM an die Volksbank G. zurück und verlangte in der Folgezeit die Zahlung eines Ablösebetrages in Höhe von 1 Mio. DM. Für die Bereitstellung des ursprünglichen Ablösungsbetrages von 820.000,00 DM berechnete die Volksbank G. dem Beklagten eine Bearbeitungskostenpauschale von 1 % (= 8.200,-) sowie Bereitstellungszinsen von 1.571,66 DM und belastete in dieser Höhe das bei ihr geführte Konto des Beklagten. Der von der Klägerin nunmehr geforderte Ablösebetrag in Höhe von 1 Mio. DM wurde vom Beklagten gezahlt. Der Differenzbetrag zwischen dem zunächst von der Klägerin angegebenen Ablösebetrag von 820.000,00 DM und den tatsächlich gezahlten 1 Mio. DM ist Gegenstand des Widerklageantrages zu 5), ferner die von der Volksbank G. erhobene Bearbeitungskostenpauschale und die Bereitstellungszinsen. Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, zwischen ihm und der Klägerin sei eine bindende Vereinbarung über die Ablösung der Grundschulden gegen Zahlung von 820.000,00 DM zustande gekommen. Da die Klägerin dann jedoch nicht bereit gewesen sei, das Grundstück gegen Zahlung dieser 820.000,00 DM lastenfrei zu stellen, stehe ihm ein Schadensersatzanspruch in Höhe des von ihm zur Ablösung aufgewandten Mehrbetrages zu.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, sie habe den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der S.-GmbH, wie auch das Scheitern des Sanierungskonzeptes insgesamt, nicht zu vertreten. Dementsprechend hafte sie auch nicht für die dem Beklagten entstandenen Vermögenseinbußen. Sie trage auch keine Verantwortung für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der N. GmbH. Außerdem sei sie zu einer Auszahlung der Darlehensvaluta gemäß Darlehensvertrag vom 07.01./18.02.1997 zu keinem Zeitpunkt verpflichtet gewesen. Hierzu hat sie behauptet, sie habe vor Abschluss des Darlehensvertrages bereits Beträge in Höhe von 3 Mio. DM im Rahmen der Vorfinanzierung ausgereicht. Daher habe kein Auszahlungsanspruch der B. mbH mehr bestanden. Darüber hinaus habe der Beklagte auch die Unterzeichnung der als Sicherheit im Darlehensvertrag vorgesehenen Bürgschaft verweigert. Zur Einlösung des zugunsten der IKK M. ausgestellten und am 10.03.1997 eingereichten Schecks sei sie nicht verpflichtet gewesen, da eine Einlösung zu einer Kontobelastung über die der S.-GmbH eingeräumten Kontokorrentkreditlinie hinaus geführt hätte.

Vor der SCHUFA-Eintragung vom 29.03.1999 habe sie - die Klägerin - dieser Institution gegenüber mitgeteilt, dass ihr Ansprüche gegen den Beklagten aus Bürgschaften für mehrere Verbindlichkeiten der S.-GmbH zustünden. Die Eintragung mit dem Vermerk: "Konto in Auflösung" sei von der SCHUFA selbst vorgenommen worden.

Weiter hat die Klägerin die Auffassung vertreten, dass eine Ablösevereinbarung für die auf dem Grundstück B. Weg 42 in B. lastenden Grundschulden zwischen ihr und der Volksbank G. nicht abgeschlossen worden sei, ein entsprechendes Angebot der Volksbank G. habe sie nicht angenommen. Sie habe vielmehr das ihr unterbreitete Angebot innerhalb der ihr mit Schreiben vom 16.04.1997 gesetzten Frist zurückgewiesen.

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil das Versäumnisurteil vom 19.01.2000 aufrechterhalten und die Widerklage insgesamt abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt:

Der Bürgschaftsvertrag vom 31.01.1995 sei nicht nachträglich durch eine Aufhebungsvereinbarung zwischen dem Beklagten und der Klägerin gemäß § 305 BGB gegenstandslos geworden. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass auch die zu Gunsten der S.-GmbH bestehende Bürgschaft vom 31.05.1995 mit der Geschäftsnummer 19296 von einer etwaigen Erledigungserklärung der Klägerin hinsichtlich bestehender Altbürgschaften erfasst sein sollen. Ebensowenig habe die Klägerin ihren Bürgschaftsanspruch durch eine treuwidrige Herbeiführung des Bürgschaftsfalles verwirkt. Zwar sei die Nichtauszahlung des Hausbankkredits zu Gunsten der B. mbH geeignet, auch gegenüber der S.-GmbH eine Pflichtwidrigkeit zu begründen. Die S.-GmbH sei in die sich aus dem Kreditvertrag ergebenden Sorgfalts- und Obhutspflichten eingebunden gewesen, so dass sie bei deren Verletzung vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen könne. Es sei vorliegend jedoch nicht davon auszugehen, dass die Klägerin durch die Nichtauszahlung der Darlehensvaluta aus dem Darlehensvertrag vom 07.01./18.02.1997 oder durch die Ablehnung der Ausreichung der Valuta spätestens am 17.03.1997 eine Pflichtverletzung gegenüber der S.-GmbH begangen habe, welche den Bürgschaftsanspruch entfallen lasse. Zwar sei die Klägerin auf Grund der Darlehensvereinbarung vom 07.01./18.02.1997 zunächst verpflichtet gewesen, die Darlehensvaluta auszusahlen. Die Verpflichtung sei jedoch nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) bereits vor dem 17.03.1997 entfallen, so dass der Beklagte sich nicht auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin wegen der Nichtauszahlung der Darlehensvaluta berufen könne. Die Situation habe sich für die Klägerin seit den Sanierungsgesprächen Ende des Jahres 1996 entscheidend verändert gehabt. Entgegen der ursprünglichen Planung habe der Beklagte die

Verschmelzung der weiteren Unternehmen, der S.-GmbH und der N. GmbH, mit der B. mbH noch nicht vorbereitet; darüber hinaus habe im Februar 1997 festgestanden, dass die N.-Baugesellschaft auf Grund des Antrages auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens nicht weiter an der Sanierung teilnehmen können: Vor dem Hintergrund der nur noch schwer überschaubaren wirtschaftlichen Situation der an dem Konsolidierungskonzept beteiligten Unternehmen sei die Klägerin daher nach Treu und Glauben auf Grund der veränderten Situation nicht mehr zur Auszahlung der Darlehensvaluta verpflichtet gewesen.

Der Beklagte habe außerdem nicht hinreichend dargelegt, dass nicht auch im Falle der Auszahlung des Hausbankkredits und der Bereitstellung der restlichen EKE-Mittel die Insolvenz der S.-GmbH eingetreten wäre. Auch in der Nichtauszahlung des Restbetrages aus dem EKE-Darlehen, in Höhe von 333.469,50 DM, könne keine Pflichtverletzung der Klägerin gesehen werden, welche zur Verwirkung des Bürgschaftsanspruches führe. Der Beklagte habe nicht konkret vorgetragen, inwieweit die Nichtauszahlung dieses Restbetrages für den Eintritt der Insolvenz der S.-GmbH kausal gewesen sei.

Die Ablehnung von Überweisungsaufträgen durch die Klägerin stelle ebensowenig ein pflichtwidriges Verhalten dar wie die Nichteinlösung des Schecks vom 10.03.1997 in Höhe von 1 17.790,00 DM. Zur Nichteinlösung dieses Schecks sei die Klägerin berechtigt gewesen, da keine volle Kontendeckung gegeben gewesen sei.

Die Widerklageanträge zu 1 a) und 1 b) hat das Landgericht mit der Begründung abgewiesen, dass nicht dargetan sei, aus welchem Grund der Rückforderungsanspruch für das Darlehen sowie die vom Beklagten übernommene Bürgschaftserklärung für Verbindlichkeiten der B. mbH erloschen sein sollten. Allein das Vorbringen des Beklagten, er habe die Geschäftstätigkeit der B. mbH nicht fortsetzen können und infolge des Konkurses seien die Kreditmittel nutzlos vertan, genüge nicht, zumal die Darlehensvaluta tatsächlich für die Zwecke des Beklagten bzw. seiner Firmengruppe verwandt worden seien. Die Widerklageanträge zu 2) bis 5) hat das Landgericht für unbegründet gehalten, da eine Pflichtverletzung der Klägerin aus den bereits angeführten Gründen nicht anzunehmen sei.

Ein Anspruch wegen der von der Klägerin veranlassten SCHUFA-Meldungen stehe dem Beklagten ebenfalls nicht zu, die Meldungen der Klägerin seien nicht unrichtig gewesen. Hinsichtlich der auf Grund des Vorbehaltsurteils vom 08.12.1999 erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse fehle es ebenfalls an einem pflichtwidrigen Verhalten der Klägerin. Daher stehe dem Beklagten auch insoweit ein Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin nicht zu.

Ein Schadensersatzanspruch des Beklagten wegen Verlustes der Geschäftsanteile an der N. GmbH aus § 826 BGB oder unter dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung komme ebenfalls nicht in Betracht. Es könne nach dem Beklagtenvortrag nicht festgestellt werden, inwieweit sich die von ihm behaupteten schädigenden Handlungen letztendlich auf den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der N. GmbH ausgewirkt hätten. Der Beklagte habe es versäumt, zu der konkreten Vermögenssituation der N. GmbH im jeweiligen Zeitpunkt der jeweiligen Handlung bzw. Unterlassung der Klägerin und zur Kausalität für die nachfolgende Zahlungsunfähigkeit vorzutragen, so dass es an einer schlüssigen Darlegung eines Schadensersatzanspruches fehle.

Den vom Beklagten geltend gemachten Schadensersatzanspruch in Höhe von 189.771,66 DM - Mehraufwendungen für die Ablösung der auf dem Grundstück B. Weg 42 lastenden Grundschulden - hat das Landgericht mit der Begründung abgewiesen, dass eine konkrete verbindliche Ablösevereinbarung zwischen der Klägerin und dem Beklagten nicht getroffen worden sei. Aus der zwischen der Volksbank G. und der Klägerin geschlossenen Ablösevereinbarung folge kein unmittelbarer Anspruch des Beklagten gegen die Klägerin.

Gegen dieses Urteil des Landgerichts wendet sich der Beklagte mit der Berufung, mit der er seinen erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag sowie seine erstinstanzlich zuletzt gestellten Widerklageanträge weiter verfolgt. Er vertieft seinen erstinstanzlichen Vortrag und ergänzt ihn wie folgt:

Es sei die Klägerin gewesen, die ihn dazu veranlasst habe, mit Hilfe von Fördermitteln und des "Runden Tisches" ihr notleidendes Kreditengagement bei der NHT-Firmengruppe zu retten. Die Klägerin habe daher mit ihm zusammen das Konsolidierungskonzept seit Mitte November 1996 erarbeitet, dieses habe aus Sicht der Klägerin das Ziel gehabt, nach Einsetzung des Beklagten anstelle der bisherigen Geschäftsführer D. N. und Bernhard K. ihr Kreditengagement mit Hilfe öffentlicher Fördermittel zu beschränken und ihr Risiko auch dadurch zu verringern, dass der notleidende "N.-Bereich" mit der mit werthaltigen Immobilien ausgestatteten S.-GmbH habe verschmolzen werden sollen. Er - der Beklagte - habe im Beistand seines Anwaltes am 26.11.1996 gegenüber der Klägerin jedoch eine Einbeziehung der N.-Baugesellschaft abgelehnt. Diese Gesellschaft habe nach dem von der Klägerin erarbeiteten Konsolidierungskonzept nur nach vorheriger Sanierung, durch Abschluss offener Vergleiche mit den Gläubigern, an dem Konzept teilnehmen sollen. Es sei damit für jedermann - auch für die Klägerin - klar

gewesen, dass die Sparkasse ihr Forderungsvolumen gegen die N.-Baugesellschaft habe abschreiben müssen.

Nachdem am 27.12.1996 der öffentliche Förderanteil der EKE- und EKH-Darlehen von der Deutschen Ausgleichsbank valuiert worden sei, habe die Klägerin entscheidenden Einfluss darauf genommen, wie diese Mittel verwandt worden seien. Obwohl diese Fördermittel dazu bestimmt gewesen seien, die übernommenen Auftragsvolumina vorzufinanzieren, habe die Klägerin selbst weitgehend die Unternehmensgeschäfte bestimmt, indem sie in einer für ein Kreditinstitut völlig unüblichen Weise selbst darüber entschieden habe, welche Zahlungen hätten getätigt werden dürfen und welche nicht. Aus den öffentlichen Fördermitteln seien die Kontokorrentlinien der Firmen B. mbH, S.-GmbH und N. GmbH auf Druck der Klägerin zurückgeführt worden, obwohl in dem besonders harten Winter 1996/97 nur relativ geringe Einnahmen aus der Bautätigkeit hätten erzielt werden können.

Am 27.09.1996 um 09.30 Uhr habe er - der Beklagte - mit dem Vorstandsvorsitzenden D. der Klägerin über die seinerseits für die N.-Baugesellschaft bzw. die N. GmbH übernommenen Bürgschaften gesprochen. Dieser habe ihm wörtlich versichert, dass die Bürgschaften für die N. GmbH "nicht mehr existent sind".

Wenn das Hausbankdarlehen vom 07.01./18.02.1997 in Höhe von 2.295.000,00 DM valuiert worden wäre und die Klägerin nicht die weitere Verwendung der EKH-Mittel in Höhe von 333.000,00 DM gesperrt, sondern deren Weiterverwendung zugelassen hätte, wäre - so der Beklagte - die S.-GmbH zu keinem Zeitpunkt insolvent geworden und der Bürgschaftsfall damit auch nicht eingetreten. Die S.-GmbH habe in diesem Fall die in den Widerklageanträgen zu 2 a) bis d) genannten Beträge konzeptgemäß erwirtschaften können, darüber hinaus ihr Stammkapital langfristig erhalten können. Ebenso wenig hätte er - der Beklagte - sein Gesellschafterdarlehen dann eingebüßt. Er verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass die vorgesehenen Verschmelzungspartner der B. mbH im Frühjahr 1997 über "stattliche Auftragsvolumina" verfügt hätten, nämlich die N. GmbH in Höhe von 11 Mio. DM und die S.-GmbH in Höhe von 16 Mio. DM. Zur Vorfinanzierung dieser Auftragsvolumina und zur Aufrechterhaltung der Arbeitsplätze sei der im November 1996 in Aussicht genommene Liquiditätszufluss aus öffentlichen Fördermitteln und aus dem Hausbankdarlehen der Klägerin in Höhe von insgesamt 6 Mio. DM erforderlich gewesen. Die Klägerin habe hingegen veranlasst, dass hiervon per Saldo 824.100,00 DM zur Rückführung von Altverbindlichkeiten eingesetzt worden seien. Demgegenüber seien für die Fortführung der Geschäfte erforderliche Überweisungen, u. a. auch an die später den Insolvenzantrag stellende IKK M., nicht ausgeführt worden. Darüber hinaus habe ihm die Leiterin der Kreditabteilung der Klägerin, die Zeugin Kn., ausdrücklich zugesagt, dass die Überweisung an die IKK M. ausgeführt werde.

Stattdessen habe die Zeugin Kn. sogleich nach Auszahlung der öffentlichen Fördermittel am 27.12.1996, nämlich am 08.01.1997, ihm - dem Beklagten - eine Überweisung über 200.000,00 DM vorgelegt, diese Überweisung sei als Mietvorauszahlung für die N. GmbH gedacht gewesen. Die Miete, die die B. mbH an die N. GmbH zu entrichten gehabt habe, habe monatlich 2.300,00 DM betragen. Bei dieser wie auch bei anderen Überweisungen habe die Leiterin der Kreditabteilung stets erklärt, dass man die bisherigen Kreditsalden verringern wolle. Er - der Beklagte - habe sich nicht damit einverstanden erklärt, dass der Kontokorrentkredit der N.-Baugesellschaft ausgeweitet und mit dem Anspruch auf Auszahlung des Hausbankdarlehens verrechnet worden sei. Eine Verrechnung des Hausbankdarlehens gegen die von der Klägerin im Wege der Vorfinanzierung nach dem 10.12.1996 gewährten Kontokorrentkredite scheitere auch daran, dass die Kontokorrentsalden der S.-GmbH, der N. GmbH sowie der B. mbH zwischen dem 10.12.1996 und dem 10.04.1997 nicht erhöht, sondern um 1.036.611,90 DM reduziert worden seien. Wegen der vom Beklagten im einzelnen vorgetragenen Kontenentwicklung wird auf die Aufstellung auf Seite 20 des Schriftsatzes vom 06.11.2001 (Bd. VII Bl. 127 d. A.) verwiesen.

Nach der Darstellung des Beklagten ist das Konsolidierungskonzept von Seiten der B. mbH, der S.-GmbH und der N. GmbH auch umgesetzt worden. Dies ergebe sich daraus, dass die B. mbH - wie zwischen den Parteien unstreitig ist - entsprechend dem Beratungsbericht des Zeugen E., dort Seite 7, einen Vertrag über die Übernahme aller Aufträge mit den N. -Firmen abgeschlossen hatte und die Buchhaltung, auch diejenige der S.-GmbH, ab dem 02.01.1997 für alle Unternehmen gemeinsam von der Firma H. als Dienstleister geführt wurde. Die Verschmelzung sei ab dem 01.01.1997 faktisch vollzogen worden. Es sei ein detaillierter Ablaufplan ausgearbeitet worden, den die beteiligten Unternehmen auch eingehalten hätten.

Die Insolvenz der S.-GmbH und der N. GmbH sei darauf zurückzuführen, dass die Liquidität der Verschmelzungspartner, d. h. der S.-GmbH, der B. mbH und der N. GmbH, gegenüber dem Verschmelzungskonzept um insgesamt 4,528 Mio. DM verkürzt worden sei. Neben der Nichtvalutierung des Hausbankdarlehens und der Sperrung des Guthabens der B. mbH habe die Klägerin auch pflichtwidrig die Pfandfreigabe für Grundstückskaufverträge in T. verweigert, die dem Firmenverbund eine Liquidität von 1.550.000,00 DM gebracht hätten. Darüber hinaus habe die Firma Sf. aufgrund der fehlenden Pfandfreigabe ihren Lieferantenkredit von vormals 400.000,00 DM auf 50.000,00 DM reduziert.

Eine Verschlechterung der Vermögenslage der B. mbH zwischen dem Abschluss des Kreditvertrages am 18.02.1997 und dem 11.04.1997 habe nicht stattgefunden. Zwar seien auf Grund des außerordentlich harten Winters 1996/97 die Monate Januar und Februar 1997 als anerkannte Schlechtwettermonate ausgefallen, es seien aber auch keinerlei Lohn- und Materialkosten entstanden, die ansonsten erforderlich gewesen wären, um die - unstreitig - im Sanierungskonzept veranschlagten Umsatzerlöse von 7,2 Mio. DM zu erwirtschaften.

In der Besprechung am 26./27.11.1996 sei Einvernehmen darüber erzielt worden, dass die N.-Baugesellschaft nicht Teilnehmerin des Konsolidierungskonzeptes habe sein sollen, wenn nicht deren Verbindlichkeiten zuvor in einem offenen Vergleich auf den Bestand der übernommenen Aktiva hätten vermindert werden können. Infolge der Insolvenz der N.-Baugesellschaft sei das Konsolidierungskonzept nicht gescheitert, sondern sogar noch zusätzlich gesichert worden. Dies ergebe sich daraus, dass Mobilienvermögen und halbfertige Gegenstände der N.-Baugesellschaft mit einem Buchwert von 891.000,00 DM nach der Insolvenz für 50.000,00 DM von der S.-GmbH hätten übernommen werden können. Darüber hinaus sei keine liquiditätsmäßige Belastung durch Verbindlichkeiten der N.-Baugesellschaft entstanden. Auftragsbestand und Arbeitnehmer der N.-Baugesellschaft hätten von der B. mbH übernommen werden können.

Die B. mbH habe infolge der Nichtauszahlung der Hausbankvaluta ihre Geschäftstätigkeit eingestellt und keine Gewinne erwirtschaften können. Weder er - der Beklagte - noch die B. mbH oder die S.-GmbH habe einen Vorteil daraus gezogen, dass das EKH-Darlehen valuiert worden sei. Die Klägerin habe bereits am 03.03.1997 die Entscheidung getroffen, das Hausbankdarlehen von 2.295.000,00 DM nicht mehr zu valutieren. Hierzu existiere ein Vorstandsbeschluss der Klägerin. Bereits zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Kreditvertrages am 18.02.1997 habe die Klägerin nicht mehr die Absicht gehabt, die Darlehensvaluta noch auszuzahlen, sondern sie habe lediglich ein "Stück Papier" benötigt, um gegenüber der Deutschen Ausgleichsbank den Nachweis zu erbringen, dass ein Kreditvertrag über den Hausbankanteil abgeschlossen und die öffentlichen Fördermittel zu Recht in Anspruch genommen worden seien. Außerdem habe die Sparkasse gegenüber ihren Prüfungsorganen darlegen wollen, dass die seit Mitte 1996 in Millionenhöhe vorhandenen ungedeckten Überziehungen auf dem Konto der N.-Baugesellschaft gerechtfertigt seien.

Der Darlehensvertrag vom 18.02.1997 sei auch wirksam zu Stande gekommen. Die Unterzeichnung sei unmittelbar am 18.02.1997 erfolgt. An diesem Tag sei der Personalausweis geprüft und das Datum von einer Mitarbeiterin der Klägerin, Z., eingetragen worden. Er habe den Darlehensvertrag unterschrieben und ein von beiden Seiten unterschriebenes Exemplar des Darlehensvertrages sogleich mitgenommen.

Der Beklagte beantragt,

1. unter Aufhebung des Versäumnisurteils vom 19.01.2001 und des Vorbehaltsurteils vom 08.12.1999 die Klage abzuweisen.

2. die Klägerin entsprechend den in der mündlichen Verhandlung vom 19.01.2001 gestellten Widerklageanträgen zu 1) bis 5) zu verurteilen,

hilfsweise (Widerklageantrag zu Ziff. 4.)

festzustellen, dass die Klägerin verpflichtet sei, ihm den Schaden zu ersetzen, der ihm infolge der Insolvenz der N. GmbH entstanden sei, insbesondere den Verlust des Wertes der Geschäftsanteile,

hilfsweise (Widerklageantrag zu Ziff. 5)

die Klägerin zu verpflichten, ihn von einer Verbindlichkeit in Höhe von 9.771,66 DM (Zinskosten, Darlehensablösung), gegenüber der Volksbank G. freizustellen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie vertieft ihren Vortrag, wonach sie ihren Hausbankanteil im Rahmen einer Vorfinanzierung über die Erweiterung der Kontokorrentkreditlinien, und zwar bereits vor Abschluss des Darlehensvertrages vom 07.01./18.02.1997, bereitgestellt habe. Die Klägerin behauptet weiter, sie habe den Darlehensvertrag vom 07.01./18.02.1997 bereits unter dem 07.01.1997 ausgefertigt und der Darlehensnehmerin zugesandt. Das damit verbundene Angebot zum Abschluss des Darlehensvertrages habe die B. mbH erst am 18.02.1997 und damit verspätet angenommen. Sie ist daher der Auffassung, ein Vertrag sei nicht

zu Stande gekommen. Das auf Abschluss eines neuen Darlehensvertrages gerichtete Angebot des Beklagten habe wiederum sie - die Klägerin - nicht angenommen, und zwar u. a. deswegen, weil der Beklagte die Gewährung der notwendigen Sicherheit (persönliche Bürgschaft) verweigert habe.

Der Darlehensvertrag vom 07.01./18.02.1997 habe entsprechend dem Sanierungsplan lediglich den Zweck gehabt, die für die Unternehmen teureren Kontokorrentkredite durch einen langfristigen Tilgungskredit abzulösen. Vertraglich seien der N. GmbH, der S.-GmbH und der N.-Baugesellschaft dazu Kontokorrentkreditlinien bis zum 29.11.1996 zugesagt gewesen. Diese hätten die genannten Gesellschaften bereits per 29.11.1996 mit 1.575.700,00 DM in Anspruch genommen. Um die Zahlungsunfähigkeit der Unternehmen abzuwenden, habe sie - die Klägerin - alleine bis zum 06.01..1997 eine Erhöhung der Kontokorrentkreditlinien in der Spitze bis auf 3.650.300,00 DM zugelassen. Darüber hinaus habe sie einen ungesicherten Avalkreditrahmen bereitgestellt in Höhe weiterer 500.000,00 DM. Damit habe sie bereits im Dezember 1996 der B. mbH zum Zwecke der Auftragsvorfinanzierung auf dem Girokonto einen weit höheren Geldbetrag kreditiert, als nach dem Hausbankanteil vorgesehen.

Sie - die Klägerin - sei auch zur Pfandfreigabe hinsichtlich der Grundpfandrechte betreffend den Grundbesitz der S.-GmbH in T. nicht verpflichtet gewesen. Der Beklagte habe in seiner Eigenschaft als geschäftsführender Gesellschafter der S.-GmbH die Grundstücke überwiegend an eigene Lieferanten verkauft und ihnen die Verrechnung mit eigenen Forderungen gestattet. Da der Beklagte auf diese Weise die Liquiditätszuflüsse an sie, die Klägerin, zur Rückführung von deren Darlehensforderungen gerade verhindert habe, sei mangels Zahlung keine Pfandfreigabe durch sie möglich gewesen. Der Beklagte habe entsprechende Verrechnungsabreden teilweise sogar außerhalb der notariellen Kaufvertragsurkunden getroffen. Dies habe sich erst herausgestellt, als sie die Kaufpreisforderungen gegen die Käufer im Wege der Zwangsvollstreckung aus den notariellen Kaufverträgen habe betreiben wollen. In dem der Sanierung zugrunde gelegten Beratungsbericht des Zeugen E. sei eine Verwertung der Grundstücke in T. zur Verringerung ihres eigenen Engagements vorgesehen gewesen.

Die Klägerin behauptet außerdem, die N.-Baugesellschaft habe über einen Kontokorrentrahmen von 1.925.000,00 DM verfügt. Dieser sei zum 01. 11.1996 mit 2.172.165,19 DM überzogen gewesen, wobei sich die Überziehung per 31.12.1996 auf 3.932.656,03 DM erhöht habe. Bis zum Antrag auf Gesamtvollstreckung am 10.02.1997 sei dieser Betrag noch auf 4.075.061,04 DM gestiegen. Der Kontokorrentkredit der S.-GmbH habe, bei einem Kontokorrentlimit von 405.000,00 DM, zum 01.11.1996 869.583,06 DM betragen und sich bis zum 31.12.1996 auf 1.481.686,37 DM erhöht. Da die Klägerin für die S.-GmbH Avale von mehr als 500.000,00 DM ausgelegt habe, sei zum 10.01.1997 das Kontokorrentlimit auf 0,00 DM abgesunken. Per 17.01.1997 habe der Saldo noch 644.799,00 DM betragen (siehe Bd. VII Bl. 248 d. A.). Hierbei sei es bis zur Beantragung der Gesamtvollstreckung geblieben. Durch den Zusammenbruch der N.-Baugesellschaft sei auch der Rest der zur Fusion vorgesehenen Gesellschaften endgültig insolvenzbedroht gewesen, da bei diesen Gesellschaften Forderungen gegen die N.-Baugesellschaft in Höhe von 1.382.477,00 DM (S.-GmbH) und 1.254.197,00 DM (N. GmbH) ausgefallen seien.

Die Klägerin behauptet darüber hinaus, dass selbst die Zuführung weiterer 2 Mio. DM den Zusammenbruch der Unternehmen des Beklagten nicht mehr habe verhindern können, da der Beklagte selbst im März 1997 ihr gegenüber den Finanzbedarf der an der Fusion beteiligten Firmen mit 8 Millionen DM angegeben habe. Die S.-GmbH habe zum Zeitpunkt des Stichtages der Insolvenzantragsstellung ein negatives Kapital in Höhe von 780.000,00 DM aufgewiesen und sei daher zahlungsunfähig und überschuldet gewesen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat durch Vernehmung der Zeugen M., H., Sch. und E. Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 06. Februar 2002, Bd. VIII Bl. 154 d. A., verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung ist zulässig, hat aber nur zum geringeren Teil Erfolg.

#### **A.**

I. Die Klage ist zulässig.

1. Der Klageantrag ist hinreichend bestimmt. Bei einer Teilklage muss erkennbar sein, welcher Teil des Gesamtanspruches Gegenstand der Klage sein soll, insbesondere wenn sich der Gesamtanspruch aus

mehreren Teilforderungen zusammensetzt (Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 23. Aufl., Rdnr. 15 zu § 253 ZPO). Dem hat die Klägerin mit der Angabe der Reihenfolge der Forderungen, für die die Bürgschaften geltend gemacht werden (Bd. I Bl. 87 d. A.), Rechnung getragen.

2. Auch die in erster Instanz von der Klägerin erklärte Klageänderung ist zulässig. Nachdem die Klägerin zunächst ihre Teilklage jeweils in Höhe eines erstrangigen Betrages von 250.000,00 DM auf die für die S.-GmbH und auf die für die N. GmbH übernommene Bürgschaft gestützt hat, hat sie mit Schriftsatz vom 08.11.1999 erstrangig in voller Höhe die zugunsten der S.-GmbH übernommene Bürgschaft und nur nachrangig die Bürgschaft zugunsten der N. GmbH in Anspruch genommen. Darin liegt eine Klageänderung (Austausch des Klagegrundes), der der Beklagte jedoch nicht widersprochen hat (§ 267 ZPO).

## II.

Die Klage hat zwar nicht mit ihrer Hauptbegründung, aber aufgrund des hilfsweise vorgetragenen Sachverhalts Erfolg.

Der Klägerin steht die Klagesumme nicht aus der zur Sicherung ihrer Forderungen gegen die S.-GmbH übernommenen Bürgschaft, wohl aber aus der zur Absicherung der Verbindlichkeiten der N. GmbH eingegangenen Bürgschaft zu.

1. Gegen die Wirksamkeit der Bürgschaft, die der Beklagte zur Absicherung der Ansprüche der Klägerin gegen die S.-GmbH abgegeben hat, bestehen allerdings keine Bedenken.

a) Zwar verstößt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes die formularmäßige Erstreckung einer Bürgschaftserklärung auf alle bestehenden und künftigen Forderungen gegen den Hauptschuldner grundsätzlich gegen § 3 und § 9 AGBG; die Bürgschaft beschränkt sich in diesem Fall auf diejenigen Kredite, die Anlass für die Abgabe der Bürgschaft waren. Doch findet die Rechtsprechung zur Unwirksamkeit einer weiten Zweckerklärung bei der Bürgschaft (BGHZ 130, 19 ff; BGH WM 1996, 436, 437; WM 1996, 766, 768 f) dann keine Anwendung, wenn sich ein Geschäftsführer - wie im vorliegenden Fall - für Schulden "seiner" GmbH verbürgt. Da der Bürge hier die Geschäfte der Hauptschuldnerin führt, hat er regelmäßig auch Einfluss auf Art und Höhe ihrer Kreditverbindlichkeiten. Entscheidet nach der internen Geschäftsordnung der Gesellschaft die Gesellschafterversammlung über die Kreditaufnahme, muss diese Entscheidung vom Geschäftsführer doch umgesetzt werden. Er kann dann, wenn er eine Ausdehnung seines Bürgenrisikos vermeiden will, die Bürgschaft rechtzeitig kündigen. Insofern ist die Lage für ihn kontrollier- und beherrschbar. Sind mehrere Geschäftsführer vorhanden, die nach der Satzung einzeln zur Geschäftsführung und Vertretung berufen sind, so kann jeder Geschäftsführer eine Ausweitung des Kredits, für den er sich verbürgt hat, im Innenverhältnis von seiner Zustimmung abhängig machen (BGH NJW 1996, 3205; BGH WM 1968, 1329).

b) Der Einwand der Unwirksamkeit der in der Bürgschaftsurkunde enthaltenen weiten Zweckerklärung ist darüber hinaus aber auch deshalb ausgeschlossen, weil er bereits im Urkundenverfahren erhoben und im Vorbehaltsurteil für nicht durchgreifend erachtet worden ist. Nach der Rechtsprechung entfaltet das im Urkundenprozess ergangene Vorbehaltsurteil insoweit Bindungswirkung für das Nachverfahren, als es nicht auf den eigentümlichen Beschränkungen der Beweismittel im Urkundenprozess beruht. Daraus folgt, dass diejenigen Teile des Streitverhältnisses, die im Vorbehaltsurteil beschieden werden mussten, damit es überhaupt ergehen konnte, im Nachverfahren als endgültig beschieden dem Streit entzogen sind (BGH NJW 1993, 668; BGHZ 82, 115, 117 f.; BGH WM 1987, 1416, 1417 und WM 1989, 868, 870). Hierzu gehört vorliegend auch die Unwirksamkeit der aus der Urkunde erkennbaren weiten Zweckerklärung für die übernommene Bürgschaft.

2. Die Klägerin hat indessen den Anspruch aus der für die Verbindlichkeiten der S.-GmbH übernommenen Bürgschaft verwirkt, da sie den Zusammenbruch der S.-GmbH selbst verursacht und damit den Bürgschaftsfall herbeigeführt hat.

a) Der Bürgschaftsgläubiger hat seinen Anspruch gegen den Bürgen verwirkt, 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 hat (BGH WM 1984, 586 und WM 1966, 317). Dies gilt insbesondere auch dann, wenn eine Hausbank ohne vorherige Kündigung des Kontokorrentkredites eine Scheckeinlösung verweigert, obwohl sich die Kontobelastung durch die Scheckeinlösung im Rahmen eines vereinbarten Kontokorrentkredites gehalten hätte (so die Fallgestaltung in BGH WM 1984, 586).

b) Grundsätzlich war die Klägerin aus dem Bankvertrag mit der S.-GmbH verpflichtet, von der Gesellschaft ausgestellte Schecks einzulösen, soweit auf dem Konto - sei es durch ein Guthaben oder sei es, weil der durch die Scheckeinlösung bewirkte Sollstand sich innerhalb der eingeräumten Kreditlinie

bewegte - Deckung vorhanden war. Unter Würdigung aller Umstände- insbesondere auch des Umfanges der Inanspruchnahme des Kontokorrentkredites durch die S.-GmbH, geht der Senat davon aus, dass die Klägerin am 10.03.1997 zur Einlösung des zugunsten der IKK M. ausgestellten Schecks verpflichtet war.

c) Zwar ergibt sich eine die Klägerin zur Scheckeinlösung verpflichtende Kontokorrentlinie nicht unmittelbar aus dem "Universalvertrag für Geschäftskredite vom 24.01.1995 (Bd. I Bl. 19 d. A.). Im "Universalvertrag für Geschäftskredite" heißt es im Eingangssatz:

"S.-GmbH (...) - nachstehend Kreditnehmer genannt - vereinbart mit der Sparkasse die Einräumung der unter Nr. 1 genannten Geschäftskredite; es gilt der für die Einzelkredite nachstehend jeweils festgelegte Höchstbetrag. Werden keine Einzelhöchstbeträge vereinbart, so gilt ein Gesamtkreditrahmen von 500.000 DM, innerhalb dessen die Einzelkredite in wechselnder Höhe in Anspruch genommen werden können".

Unter 1.1 ist dann der "Kredit in laufender Rechnung", unter 1.3 der "Aval-Rahmenkredit", jeweils ohne Nennung von Einzelbeträgen aufgeführt. Damit ergibt sich aus dem Wortlaut des Vertrages, dass die S.-GmbH nur insgesamt bis zu einem Höchstbetrag von 500.000,00 DM Avale der Klägerin oder Kontokorrentkredit in Anspruch nehmen durfte. Zum Zeitpunkt der Scheckeinreichung überstieg aber bereits die Höhe der von der Klägerin für die S.-GmbH übernommenen Avale den Betrag von 500.000,00 DM. Auch ohne Berücksichtigung dieser Avalkredite reichte - bei einem Debetsaldo von ca. 490.000,00 DM - der im Rahmen der ursprünglich vereinbarten Kontokorrentlinie verbleibende Betrag nicht aus, um die Überweisung auszuführen.

d) Die Kontokorrentkreditlinie wurde indessen stillschweigend erweitert.

aa) Die Vereinbarung eines erhöhten Kontokorrentkredites bedarf nicht unbedingt einer ausdrücklichen oder gar schriftlichen Vereinbarung. In einer "geduldeten" Überziehung über die vereinbarte Kontokorrentlinie hinaus kann eine positive Vertragsverletzung des Kunden, aber auch ein von der Bank angenommenes Angebot des Kunden auf Erhöhung der bisher ausdrücklich vereinbarten Kreditlinie zu sehen sein (vgl. Lwowski in: Schimanski/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, Bd. II, 2. Auflage, Rdnr. 13 zu § 75). Wie das Verhalten der Parteien aufzufassen ist, ist eine Frage des Einzelfalles. Hier sprechen die Umstände dafür, dass nach der Vorstellung der Vertragsparteien mit der Kontoüberziehung der S.-GmbH auf bis zu 1.673.293,79 DM (07. Januar 1997) eine entsprechende Erhöhung des der S.-GmbH vertraglich zugesagten Kontokorrentrahmens gewollt war.

bb) Für eine zumindest stillschweigende Erhöhung des Kontokorrentkredites spricht bereits der eigene Vortrag der Klägerin, wonach vereinbart war, den von ihr als Ergänzung zum EKE-Darlehen im eigenen Risiko zu gewährenden "Hausbankkredit" durch Erhöhung der Kreditlinien vorzufinanzieren. Dies betraf nicht nur die N.-Baugesellschaft, sondern - wie sich insbesondere auch den Bekundungen des Zeugen Sch. entnehmen lässt - sämtliche in das Sanierungsverfahren einbezogenen Firmen und damit auch die S.-GmbH. Außerdem hatte sich die Klägerin mit Abschluss des EKE-Darlehensvertrages gegenüber der Deutschen Ausgleichsbank zur Gewährung eines zusätzlichen eigenen Kredites und damit zur Ausweitung ihres Kreditengagements (Hausbankanteil) für die zu sanierenden Firmen verpflichtet. Das bedeutete aber zugleich, dass nicht zeitgleich mit der Gewährung neuer Kreditmittel andere Kredite zurückgeführt werden durften, vielmehr der zu diesem Zeitpunkt bestehende Umfang der Inanspruchnahme der Kontokorrentkredite als neue Kreditlinie gelten sollte.

In diesem Sinne musste die von der Klägerin übernommene Verpflichtung zur Ausreichung eines "Hausbankanteils", als Co-Finanzierung zu den von der Deutschen Ausgleichsbank gewährten Darlehen aus der Sicht der beteiligten Unternehmen verstanden werden. Für eine vereinbarte Erhöhung des Kontokorrentkredites spricht zudem auch die Höhe und die Dauer der Überschreitung der ursprünglichen Kreditlinie. Trotz Beanspruchung von Kreditmitteln bis zum Vierfachen der schriftlich vereinbarten Kreditlinie wurde die Überziehung über Monate von der Klägerin nicht beanstandet.

cc) Auch der Umstand, dass der der S.-GmbH gewährte Aval-Kredit am 09.01.1997 bei einem Soll-Stand des Geschäftskontos von ca. 1.100.000,00 DM auf 594.000,00 DM ausgeweitet wurde, spricht dafür, dass die Kontokorrentlinie über die schriftlich fixierte Höhe hinaus erweitert werden sollte. Anders als bei der Überziehung einer Kontokorrentkreditlinie erfordert die Inanspruchnahme eines Avalkredites eine ausdrückliche, bei Geldinstituten üblicherweise formalisierte Willenserklärung. Die Klägerin hat bei der Ausstellung der Avale also nicht nur, wie etwa bei der Ausführung einer die Kreditlinie überschreitenden Kontoverfügung des Kontoinhabers, die Überziehung lediglich "geduldet", sie hat vielmehr eine Erhöhung des Kontokorrentkredites ausdrücklich gewollt und zwar - insofern ebenfalls abweichend von dem schriftlich Vereinbarten - zusätzlich zu der bestehenden Kontokorrentkreditlinie.

e) Zur Kündigung oder zur Verringerung der Kontoüberziehung war die Klägerin bis zum 10.03.1997 nicht berechtigt. Die Klägerin hätte daher nach Rückführung des Kreditvolumens unter den Stand vom

21.11.1996 (Stichtag für die Anrechnung der Kreditausweitungen auf die zu gewährenden Darlehen) eine erneute Inanspruchnahme des Kontokorrentkredits zumindest bis zur Höhe des im Januar 1997 bestehenden Überziehungsvolumens am 10.03.1997 zulassen und den von der IKK M. eingereichten Scheck einlösen müssen.

aa) Zwar war der der S.-GmbH gewährte Kontokorrentkredit nach Ziff. 2.1 des "Universalkreditvertrages für Geschäftskredite" vom 24.01.1995 jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündbar. Die Klägerin hätte daher grundsätzlich auch die Kreditlinie der S.-GmbH jederzeit auf das ursprüngliche oder ein darunter liegendes Kreditlimit zurückführen können. Der - im Übrigen nicht ausdrücklich erklärten - Kündigung hätte aber am 10.03.1997 das aus § 242 hergeleitete Verbot der Kündigung zur Unzeit entgegengestanden, das auch in Nr. 26 Abs. 1 der AGB der Sparkassen Eingang gefunden hat. Die S.-GmbH war zum Zeitpunkt der Scheckeinreichung in besonderem Maße auf eine Ausnutzung der Kreditlinie angewiesen. Mit dem Scheckbetrag sollten - auch für die Klägerin erkennbar - Sozialversicherungsbeiträge beglichen werden. Die Einlösung des Schecks war damit ersichtlich sowohl für die S.-GmbH, der bei Nichteinlösung die Gesamtvollstreckung drohte, als auch für deren Geschäftsführer - wegen möglicher strafrechtlicher Konsequenzen (§ 266 a StGB) - von existentieller Bedeutung. Die S.-GmbH durfte angesichts des vorausgegangenen Verhaltens der Klägerin und angesichts der dargestellten Bedeutung der Scheckeinlösung auf die Offenhaltung der Kontokorrentkreditlinie und die Zahlung des Scheckbetrages vertrauen. Darf der Kreditnehmer aber aufgrund des Verhaltens der Bank darauf vertrauen, dass sie Kontoüberziehungen in der bisherigen Höhe weiter zulässt, so darf die Bank nicht ohne vorherige Abmahnung bzw. Warnung den Kredit wegen Überschreitung der Kreditlinie kündigen (Bruckner in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 2. Aufl., S. 1984). In gleicher Weise ist auch die Kürzung einer bisher eingeräumten Kreditlinie beschränkt.

bb) Die S.-GmbH durfte bei Ausstellung des Schecks zugunsten der IKK M. von der Klägerin aus mehreren Gründen die weitere Ausführung von Verfügungen unter Inanspruchnahme des Kontokorrentkredits erwarten, zumindest soweit hierdurch nicht der am 21.11.1996 bestehende Sollstand überschritten wurde.

(1) Die Verringerung des Saldos per 21.11.1996 in der Folgezeit erfolgte im wesentlichen aus Mitteln des EKE-Darlehens der Deutschen Ausgleichsbank. Der Zweck dieses Darlehens war, wie auch die Klägerin wusste, gerade nicht die Entlastung der Sparkasse und ihres eigenen Kreditengagements, sondern die Sicherstellung der Auftragsvorfinanzierung zugunsten der an der Sanierung beteiligten Firmen. Ausweislich des Verwendungsnachweises für die EKE und EKH-Mittel (Anlage B 13, Bd. VII Bl. 148 d. A.) wurden aus den von der Deutschen Ausgleichsbank gewährten Kreditmitteln am 31.12.1996 350.000,00 DM, am 15.01.1997 103.000,00 DM, am 16.01.1997 700.000,00 DM und am 10.02.1997 200.000,00 DM auf das Konto der S.-GmbH überwiesen. Insgesamt wurden dem Konto der S.-GmbH vor dem 10.03.1997 damit 1.353.000,00 DM aus EKE/EKH-Mitteln zugeführt und bewirkten eine Verringerung der Kreditinanspruchnahme unter den Stand per 21.11.1996. Im Hinblick auf die allen Beteiligten bekannte Zweckbindung des EKE-Darlehens durfte die S.-GmbH erwarten, dass die Klägerin, die mit der Überwachung der vertragsgerechten Mittelverwendung von der Deutschen Ausgleichsbank betraut war, die Kreditmittel nicht dauerhaft zur Rückführung ihres Engagements einbehalten, sondern bis zur Höhe des bei Zusage des EKE-Darlehens bestehenden Kreditsaldos, d. h. zur Verwendung förderungsgerechter Zwecke wieder ausreichen würde. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die Überweisungen teilweise als Gegenleistungen für die Übertragung von Vermögensgegenständen der S.-GmbH auf die B. mbH gekennzeichnet wurden. Bei diesen Übertragungen handelte es sich um reine Innengeschäfte, im Vorgriff auf die angestrebte Verschmelzung der an der Sanierung beteiligten Firmen.

(2) Darüber hinaus hatte sich die Klägerin zur Förderung der Sanierung der N. GmbH, der N.-Baugesellschaft sowie der S.-GmbH ausdrücklich bereiterklärt und war hiervon bis zur Scheckeinreichung am 10.03.1997 auch nicht in erkennbarer Weise abgerückt. Auch das ließ aus Sicht der S.-GmbH den Schluss zu, dass eine Inanspruchnahme des Kontokorrentkredits im bisherigen Umfang weiterhin gestattet würde, soweit die Inanspruchnahme zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes notwendig war.

cc) Der der S.-GmbH gewährte Kontokorrentkredit besaß darüber hinaus den Charakter eines Sanierungskredites. Den Angaben der Zeugen E. und Sch. lässt sich - ebenso wie dem Vortrag der Klägerin selbst - entnehmen, dass die Ausweitung des Kreditvolumens der S.-GmbH der Verhinderung einer ansonsten möglicherweise drohenden Insolvenz diene und die im Beratungsbericht des Zeugen E. genannten Kredite über insgesamt 6 Mio. DM nach der Vorstellung der an den Sanierungsgesprächen Beteiligten zur Bereitstellung zusätzlichen Kapitals führen, mit ihnen also nicht nur die zuvor von der Klägerin ausgereichten Kredite verringert werden sollten. Dementsprechend setzte die Verwirklichung des Sanierungskonzepts voraus, dass die Klägerin neben der vereinbarten zusätzlichen Kreditierung auch den bisher gewährten Kreditumfang bis zum Abschluss des Sanierungsprozesses aufrechterhielt.



Der bei der Darlehensgewährung vereinbarte Sanierungszweck schließt grundsätzlich einen Widerruf (§ 610 BGB) und eine ordentliche Kündigung des Sanierungsdarlehens (§ 609 Abs. 1 BGB) aus. Das Kreditinstitut kann sich wegen des vereinbarten Sanierungszweckes auch dann nicht ohne weiteres von dem Sanierungsdarlehen lösen, wenn es nachträglich zu dem Ergebnis kommt, mit der Kreditgewährung eine unternehmerische Fehlentscheidung getroffen zu haben (Häuser in: Schimansky/Bunte/Lwowsky, Bankrechtshandbuch, 2. Aufl. § 85 Rdnr. 62). Ein sogenannter Stützungskredit darf vor der Beendigung der Sanierung nicht gekündigt (widerrufen) werden, wenn die Verhältnisse der zu sanierenden Firma sich seit der Stützungsabrede nicht wesentlich verschlechtert haben (Häuser a.a.O. Rdnr. 64). Dementsprechend bestand hier grundsätzlich auch die Verpflichtung, weitere Verfügungen über den Kontokorrentkredit zuzulassen, der nur vorübergehend und nur unter Verwendung anderer Sanierungsmittel zurückgeführt worden war.

dd) Am 21.11.1997, dem von dem Zeugen Sch. genannten Stichtag für die Anrechnung der Kreditausweitungen auf die vereinbarten Darlehen, betrug der Sollstand auf dem Kontokorrentkonto der S.-GmbH 1.182.818,63 DM. Daneben hatte die S.-GmbH Avalkredite in Höhe von 95.000,00 DM in Anspruch genommen (Bd. VII Bl. 258 d. A.). Zum Zeitpunkt der Einreichung des Schecks bestand hingegen zu Lasten der S.-GmbH nur noch ein Kontokorrentkreditsaldo in Höhe von 490.274,24 DM und ein von der S.-GmbH in Anspruch genommener Avalkredit in Höhe von 594.000,00 DM (Bd. VII Bl. 256 d. A.).

Selbst wenn man den jeweils gewährten Avalkredit mit berücksichtigt, so ergibt sich am 10.03.1997 - im Vergleich zu dem Stichtag des 21.11.1996 - eine Rückführung des von der Klägerin der S.-GmbH gewährten Kontokorrentkredites um 193.544,36 DM, die durch den Einsatz des der B. mbH gewährten EKE-Kredits ermöglicht wurde. Zumindest einen Betrag in dieser Höhe hätte die Klägerin als Kontokorrentdarlehen wieder an die S.-GmbH ausreichen müssen. Damit hätte aber auch der diesen Betrag nicht über schreitende Scheck zu Gunsten der IKK M. eingelöst werden müssen, da die mit der Scheckausstellung bezweckte Zahlung von rückständigen Sozialversicherungsbeiträgen eine Maßnahme der Auftragsvorfinanzierung und damit durch den Zweck des EKE-Darlehens ge deckt war.

ee) Die Klägerin war zu einer Kürzung der Kreditlinie hier auch nicht wegen einer Verschlechterung der Vermögenslage der S.-GmbH befugt.

(1) Zwar bindet eine Sanierungsvereinbarung ein Kreditinstitut nicht unbegrenzt. Der Ausschluss der Kündbarkeit eines Sanierungsdarlehens und damit die Bindung an eine Sanierungsabrede besteht nur solange, wie die Sanierung sich in dem erwarteten Rahmen bewegt, also die Umstände, in deren Kenntnis der Darlehensgeber die Mitwirkung an der Sanierung zugesagt hat, sich nicht nachhaltig verändern. Treten jedoch Umstände ein, welche die Sanierung als nicht aussichtsreich erscheinen lassen, weil eine wesentliche Verschlechterung in den Verhältnissen des Kreditnehmers eingetreten ist, so ist die wesentliche Verschlechterung des Kundenvermögens nach Nr. 19 Abs. 3 AGB der Banken - bzw. hier: Nr. 26 Abs. 2 der AGB der Sparkassen - trotz der anderweitigen Stützungsvereinbarung als ein wichtiger Grund für die einseitige Aufhebung der Geschäftsbeziehung zu sehen (Häuser in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 2. Aufl., § 85 Rdnr 73).

(2) Von einer derartigen Verschlechterung der Aussichten des Sanierungsvorhabens, die die Klägerin berechtigt hätte, sich von der in der Sanierungsvereinbarung übernommenen Bindung zu lösen, kann jedoch nicht ausgegangen werden. Dass sich - isoliert betrachtet - die Geschäftsaussichten der S.-GmbH seit der Ausweitung des Kontokorrentkredites wesentlich verschlechtert hatten, lässt sich dem Vortrag der Klägerin nicht entnehmen. Aber auch der Stand der Umsetzung des Sanierungskonzeptes vom 27/28.11.1996 rechtfertigte die hier vorgenommene Kürzung der Kreditlinie der S.-GmbH nicht.

(3) Die Insolvenz der N.-Baugesellschaft machte die weitere Verwirklichung des Sanierungskonzeptes für die anderen von ihm erfassten Gesellschaften nicht gegenstandslos.

So lässt sich insbesondere der Stellungnahme des Zeugen E. vom 22.03.1997 (Anlage B 19 a zum Schriftsatz v. 13.01.2000) entnehmen, dass die Verschmelzung der S.-GmbH und der N. GmbH auf die B. mbH zur Erreichung des Sanierungszweckes ausreichend gewesen wäre. Der Sanierungszweck entfiel nicht mit der Beantragung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der N.-Baugesellschaft. Viel mehr konnten der Erhalt der in den Firmen bestehenden Arbeitsplätze und die Verhinderung der Zerschlagung wirtschaftlicher Werte auch allein mit den verbliebenen Gesellschaften erreicht werden.

Dass die Klägerin trotz des Gesamtvollstreckungsantrages und des damit verbundenen Ausfalls der N.-Baugesellschaft an dem Sanierungsvorhaben festhalten wollte, ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass sie am bzw. nach dem 18.02.1997 noch den Darlehensvertrag mit der B. mbH über den "Hausbankanteil" zum EKE-Darlehen abgeschlossen hat. Zu diesem Zeitpunkt war der Klägerin der Beschluss über die Sequestration des Vermögens der N.-Baugesellschaft bekannt. Sie musste daher zu diesem Zeitpunkt

davon ausgehen, dass eine Sanierung nur noch ohne Beteiligung der N.-Baugesellschaft möglich sein würde.

Darüber hinaus erfolgte gegenüber den vom Sanierungskonzept erfassten Firmen auch keine Kreditkündigung. Eine solche Kündigung hätte dann, wenn auch die Klägerin vom Sanierungskonzept hätte Abstand nehmen wollen, nahe gelegen.

Schließlich ergibt sich aus dem Gutachten des Gesamtvollstreckungsverwalters der N.-Baugesellschaft (Anlage B 91 zum Schriftsatz v. 23.06.2000, Anlagenband), dass die Übernahme der Bauvorhaben und Arbeitnehmer der N.-Baugesellschaft durch die B. mbH in Abstimmung mit der Klägerin erfolgte. Auch hierdurch gab die Klägerin zu erkennen, dass sie trotz des Ausfalles der N.-Baugesellschaft am Sanierungsvorhaben festhalten wollte. Den Ausfall der N.-Baugesellschaft konnte die Klägerin danach nicht mehr zum Anlass nehmen, sich von der Unterstützung des Sanierungsvorhabens durch Kündigung oder Verringerung des Kontokorrentkredites zu lösen.

ff) Es kann für die Frage, ob der Bürgschaftsfall durch die Klägerin treuwidrig herbeigeführt wurde, offen bleiben, ob - wie die Klägerin meint - eine Insolvenz der S.-GmbH später in jedem Fall auch dann eingetreten wäre, wenn sie die Scheckzahlung zu Gunsten der IKK M. ausgeführt hätte. Zwar wäre dieser Einwand der Klägerin erheblich, wenn die zum Schadensersatzrecht geltenden Grundsätze auch auf die "Herbeiführung" des Bürgschaftsfalles durch den Gläubiger Anwendung fänden. Im Bereich des Schadensersatzrechtes ist anerkannt, dass dann, wenn bei Eintritt des schädigenden Ereignisses eine der geschädigten Person oder Sache innewohnende Schadensanlage bestand, die zu dem gleichen Schaden geführt hätte, sich die Ersatzpflicht auf die durch den früheren Schadenseintritt bedingten Nachteile beschränkt (BGI-NJW 1985, 676; Heinrichs in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., Rdnr. 99 vor § 249 BGB). Die Grundsätze über die Schadenszurechnung sind aber auf die Frage, ob ein Bürgschaftsgläubiger den Bürgschaftsanspruch wegen Herbeiführung des Bürgschaftsfalles verwirkt hat, nicht übertragbar. Die Frage, ob ein Bürgschaftsfall treuwidrig herbeigeführt wurde, muss vielmehr unter Berücksichtigung der Grundgedanken der einschlägigen Bürgschaftsrechtsprechung beantwortet werden. Der Gläubiger, der den Bürgschaftsfall selbst herbeiführt, kann aus ihm deswegen keine Rechte herleiten, weil er dem Bürgen die Chance genommen hat, nicht in Anspruch genommen zu werden, weil der Schuldner selbst leistet (vgl. BGH BB 1966, 317, 319). Es kommt also darauf an, ob sich im Bürgschaftsfall bei wertender Betrachtung gerade ein vom Gläubiger gesetztes Risiko realisiert hat, ohne das der Bürge und sei es auch nur bei einer besonders günstigen Entwicklung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners - die Inanspruchnahme möglicherweise noch hätte vermeiden können. Eine solche Chance hätte sich für den Beklagten aber hier, unabhängig davon, ob eine (spätere) Insolvenz der S.-GmbH eingetreten wäre, allein durch die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit der S.-GmbH ergeben. Denn durch die Betriebsfortführung wäre die Erwirtschaftung von Erlösen und deren zielgerichtete Verwendung zur Ablösung der gesicherten Verbindlichkeiten möglich gewesen. Vor allem hätten durch eine günstige Verwertung der im Besitz der S.-GmbH befindlichen Grundstücke - in Betracht kam auch eine Werterhöhung der Grundstücke durch eine der S.-GmbH günstige Planungsentscheidung der Stadt B. - Erlöse erzielt werden können, die eine Rückführung der durch die Bürgschaft des Beklagten gesicherten Kredite ermöglicht hätte. Infolge der konkreten, der Klägerin zuzurechnenden Herbeiführung der Insolvenz der S.-GmbH entfiel aber gerade diese Möglichkeit.

gg) Ob die Klägerin den Bürgschaftsfall darüber hinaus auch dadurch herbeigeführt hat, dass sie den Überweisungsauftrag der B. mbH vom 06.03.1997 über 150.000,00 DM nicht ausführte, kann deshalb im Ergebnis danach offenbleiben. Dies erscheint allerdings zweifelhaft, da kein Anspruch der S.-GmbH als Überweisungsempfängerin gegen die Klägerin auf Ausführung des Überweisungsauftrages bestand.

Der Klägerin steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch indessen aus der hilfsweise der Klageforderung zugrunde gelegten, von dem Beklagten für die N. GmbH übernommenen Bürgschaft zu.

a) Die für die N. GmbH übernommene Bürgschaftsverpflichtung wurde dem Beklagten nicht erlassen. Dabei kann offen bleiben, ob - wie der Beklagte behauptet (Bd. VI Bl. 19 d. A.) - der Vorstandsvorsitzende der Beklagten D. am 27.09.1996 gegenüber dem Beklagten gesagt hat, dass diese Bürgschaft "nicht mehr existent" sei. Zwar mag eine solche Erklärung vom Empfängerhorizont her dahin zu verstehen sein, dass aus der Bürgschaftserklärung keine Rechte mehr hergeleitet und die Bürgschaftsverpflichtung damit erlassen werden sollte. Indessen kann dem Vortrag des Beklagten nicht entnommen werden, dass der - allein handelnde - Vorstandsvorsitzende der Klägerin die Vertretungsmacht gehabt hat, einen derartigen Erlass mit Wirkung für die Klägerin auszusprechen. Gemäß § 18 Sparkassengesetz LSA wird eine Sparkasse durch den Vorstand vertreten. Es gilt also der Grundsatz der Gesamtvertretung, wengleich der Vorstand gemäß § 18 Abs. 4 Sparkassengesetz LSA Einzelvollmacht erteilen kann. Nach der gesetzlichen Vertretungsregelung reichte also ein Verzicht auf die Bürgschaft, der allein vom Vorstandsvorsitzenden der Klägerin abgegeben wurde, nicht aus, es sei denn der Gesamtvorstand der Sparkasse hätte dem Vorstandsvorsitzenden eine entsprechende

Vollmacht erteilt. Ob und in welchem Umfang das hier der Fall gewesen ist, lässt sich dem Vortrag des darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten nicht entnehmen. Von einem wirksamem Erlass kann daher nicht ausgegangen werden.

b) Die Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten ist auch nicht durch die von diesem am 24.09.1996 erklärte Kündigung entfallen. Die Kündigung bewirkte lediglich, dass sich die Bürgschaftsverpflichtung auf den Bestand der Hauptschuld zum Zeitpunkt der Kündigung beschränkte (Sprau in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., Rdnr. 16 zu § 765 BGB). Die mit der Bürgschaft gesicherten Verbindlichkeiten der N. GmbH überstiegen nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag der Klägerin zum Kündigungszeitpunkt aber die nunmehr geltendgemachten 500.000,00 DM.

c) Die Geltendmachung von Ansprüchen aus der Bürgschaft ist auch nicht - wie der Beklagte meint - wegen seines Ausscheidens als Geschäftsführer und Gesellschafter der N. GmbH treuwidrig (§ 242 BGB). Verbürgt sich ein Gesellschafter/Geschäftsführer für die Schulden "seiner" GmbH - die durch ihn handelt -, so braucht kein Gläubiger ohne ausdrückliche Vereinbarung anzunehmen, die fortdauernde gesellschaftsrechtliche Stellung sei Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB) für die Bürgschaft; stattdessen kann der Bürger selbst durch eine Kündigung klare Rechtsverhältnisse für die Zukunft schaffen (BGH ZIP 1999, 877; BGH NJW 1995, 2553 f., unter B I 2). Auch hier hätte der Beklagte die Möglichkeit gehabt, bei Übertragung der Geschäftsanteile und Aufgabe der Geschäftsführung die Bürgschaft zu kündigen und für die Vergangenheit mit dem Anteilsübernehmer eine Freistellungsregelung zu treffen. Eines gesonderten Schutzes bedurfte der Beklagte deshalb nicht.

d) Den Bürgschaftsanspruch gegen den Beklagten für die Verbindlichkeiten der N. GmbH hat die Klägerin auch nicht dadurch verwirkt, dass sie den Bürgschaftsfall treuwidrig herbeigeführt hat.

aa) Die Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten entfiel nicht deswegen, weil - wie er selbst meint - mit Herbeiführung der Insolvenz der S.-GmbH auch die Insolvenz der N. GmbH verursacht worden ist. Ein derartiger Ursachenzusammenhang wird vom Beklagten zwar behauptet, von ihm jedoch trotz Bestreitens der Klägerin nicht unter Beweis gestellt. Er ergibt sich auch nicht aus den von den Parteien vorgetragenen Gesamtumständen. So wurde das Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der N. GmbH erst im Februar 1998 und damit 10 Monate nach demjenigen über das Vermögen der S.-GmbH beantragt. Die N. GmbH hat also trotz des Scheiterns des Sanierungskonzeptes und ohne Gewährung weiterer Kredite durch die Klägerin ihre Geschäfte während eines nicht unerheblichen Zeitraumes fortführen können. Eine Insolvenz kann daher nicht mehr ohne weiteres in einen Zusammenhang mit der gescheiterten Fusion gebracht werden, sondern es hat sich insofern im Zweifel das unternehmerische Risiko des Beklagten realisiert. Hierfür spricht auch, dass bei der N. GmbH nach Aussage des Zeugen E. der größte Teil des Vermögens der zu verschmelzenden Firmen lag, so dass das Insolvenzrisiko der N. GmbH durch die Fusion jedenfalls nicht nennenswert verringert worden wäre. Dass die N. GmbH im Vertrauen auf den Erfolg des Konsolidierungskonzeptes ungünstige Vermögensdispositionen getroffen hätte, lässt sich dem Vortrag des Beklagten nicht entnehmen. Ausweislich der als Anlage B 61 zum Schriftsatz vom 23.06.00 eingereichten Aufstellung wurden der N. GmbH EKE-Mittel in Höhe von 250.000,00 DM zugewandt. Die N. GmbH erhielt also im Zuge der Sanierungsbemühungen einen erheblichen Mittelzufluss, während die Rückzahlungsverpflichtung für den EKE-Kredit allein von der B. mbH getragen wurde.

bb) Der Senat vermag auch nicht festzustellen, dass die unterbliebene Ausführung von Überweisungsaufträgen im Frühjahr 1997 zur Insolvenz der N. GmbH im Jahre 1998 geführt hat. Auch insoweit ist nicht erkennbar, dass sich eine etwaige Pflichtwidrigkeit der Klägerin im Jahre 1997 auf die Insolvenz im Jahre 1998 noch ausgewirkt hat.

cc) Der Bürgschaftsfall wurde von der Klägerin auch nicht dadurch herbeigeführt, dass sie, wie der Beklagte meint, vertragswidrig die Darlehensvaluta aus dem Darlehensvertrag vom 07.01./18.02.1997 nicht an die B. mbH ausgereicht hat. Dabei kann offen bleiben, ob eine Ausreichung der Darlehensvaluta an die B. mbH eine Insolvenz auch der N. GmbH verhindert hätte. Die Verweigerung der Auszahlung der Darlehensvaluta durch die Klägerin erscheint bei der gebotenen Gesamtbetrachtung jedenfalls nicht als treuwidrig; denn der Beklagte hat sich seinerseits nicht vertragsgerecht verhalten und die Beibringung der als Sicherungsmittel im Darlehensvertrag genannten Bürgschaft an nicht vertragskonforme Bedingungen geknüpft.

(1) Der Darlehensvertrag ist allerdings entgegen der Auffassung der Klägerin wirksam zustande gekommen. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die Vertreter der Klägerin den Darlehensvertrag vor oder nach dem 18.02.1997 unterzeichnet haben.

Sollte die Vertragsurkunde, wie der Beklagte behauptet, zum Zeitpunkt der Unterzeichnung durch ihn am 18.02.1997 bereits mit den Unterschriften der Vertreter der Gegenseite versehen gewesen sein, so wäre der Darlehensvertrag durch die Unterzeichnung des Beklagten wirksam zustande gekommen. Denn das

auf den Vertragsschluss gerichtete Angebot der Klägerin wäre der B. mbH dann am 18.02.1997 zugegangen und am gleichen Tage angenommen worden. Dadurch, dass die Klägerin dem Beklagten die Vertragsurkunde am 18.02.1997 zur Unterzeichnung vorlegte, ergab sich aus Sicht der B. mbH zweifelsfrei, dass die Klägerin ihr vom 07.01.1997 datierendes Angebot nach wie vor aufrecht erhielt.

Sofern die Vertragsurkunde am 18.02.1997 von den Vertretern der Klägerin hingegen noch nicht unterzeichnet gewesen sein sollte, so hätte die B. mbH das Vertragsangebot abgegeben, das von den für die Sparkasse zeichnungsberechtigten Personen mit der - unstreitig erfolgten - Unterschriftsleistung angenommen worden ist. Die Annahmeerklärung der Klägerin wäre der B. mbH auch zugegangen. Denn die Klägerin hat nicht darlegen können, wie der Beklagte in den Besitz einer Ablichtung der unterschriebenen Vertragsurkunde gekommen sein sollte, wenn diese ihr von der Klägerin nicht übergeben oder übersandt worden ist. Soweit die Klägerin vorträgt, der Beklagte habe die Ablichtung erst im vorliegenden Rechtsstreit erhalten, steht dem entgegen, dass die Ablichtung der Vertragsurkunde erstmals nicht von der Klägerin, sondern vom Beklagten mit Schriftsatz vom 15.1.1999 in den Rechtsstreit eingeführt worden ist.

Für die Annahme der Klägerin hätte es auch nicht der Übermittlung eines Originals der Vertragsurkunde bedurft. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die Vertragsparteien für den Darlehensvertrag Schriftform vereinbart haben - mit der Folge, dass der Vertrag erst mit Zugang der formgerecht errichteten Erklärung der Klägerin zustande gekommen wäre (vgl. Heinrichs in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., Rdnr. 4 zu § 126 BGB) - so hätte die B. mbH hier auf den Zugang der formgerecht errichteten Erklärung stillschweigend verzichtet und sich mit dem Zugang der Ablichtung begnügt. Denn die B. mbH hat sich vorgerichtlich auf den Darlehensvertrag berufen, ohne die Übersendung einer Original-Vertragsurkunde zu verlangen.

(2) Auch die nach dem Sanierungskonzept vorgesehene Verschmelzung der Unternehmen war nicht Auszahlungsvoraussetzung für die Darlehensvaluta.

Im Darlehensvertrag vom 07.01./18.02.1997 ist die vorherige Durchführung der Verschmelzung ebensowenig als Auszahlungsvoraussetzung genannt wie die Einleitung bestimmter Verfahrensschritte auf dem Weg dorthin (Vertragsschluss, Zustimmung der beteiligten Gesellschaften o. ä.). Dass eine Verschmelzung bis zum 31.12.1996 von der Klägerin nicht erwartet wurde, ergibt sich bereits daraus, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages dieser Zeitpunkt bereits verstrichen war, ohne dass entsprechende Verschmelzungsverträge abgeschlossen waren. Darüber hinaus existierte kein die B. mbH oder die anderen beteiligten Gesellschaften bindender Zeitplan für die Verschmelzung. Vorgesehen war eine Handelsregisteranmeldung bis zum 31.08.1996 (siehe Entwurf eines Verschmelzungsvertrages vom 13.12.1996). Dieser Zeitpunkt hätte im März/April 1996 nach wie vor eingehalten werden können. Die Verschmelzung ist ein notwendigerweise arbeits- und zeitaufwendiger Vorgang, der auch die Erstellung von Abschlussbilanzen der übertragenden Gesellschaften erforderlich macht (§ 17 Abs. 2 UmwG). Zugleich konnte jedoch vor dem 31.12.1996 mit der Bilanzerstellung noch nicht begonnen werden. Ausweislich des vorgelegten Protokolls haben die Beteiligten in der Besprechung vom 17.03.1997 festgelegt, dass bis zum 21.03.1997 Gesellschafterbeschlüsse zur Verschmelzung der Firmen N. GmbH und B. mbH getroffen werden sollten.

Entsprechende Gesellschafterbeschlüsse der B. mbH und der N. GmbH wurden noch am 17.03.1997 gefasst (Bd. 111 Bl. 231 d. A.). Soweit die Beschlüsse als Voraussetzung die "Schaffung der gesetzlichen und wirtschaftlichen Grundlagen für die Verschmelzung" nennen, sollte damit keine Bedingung für die Verschmelzung formuliert, sondern lediglich ein Hinweis darauf gegeben werden, dass zur Durchführung der Verschmelzung noch weitere Schritte erforderlich waren. Den Beschlüssen vom 17.03.1997 kam ohnehin nur Bedeutung als Bekräftigung des Willens zur Durchführung der Verschmelzung zu. Denn das Umwandlungsgesetz (§ 13) sieht eine Zustimmung nicht allgemein "zur Verschmelzung", sondern vielmehr zum von den Vertretungsorganen notariell abgeschlossenen Verschmelzungsvertrag vor. Da ein solcher Verschmelzungsvertrag noch nicht vorlag, erfüllten die Beschlüsse vom 17.03.1997 ohnehin keine rechtliche Funktion im Verschmelzungsverfahren. Das von der Klägerin geforderte förmliche Bekenntnis zur Verschmelzung lässt sich ihnen aber immerhin entnehmen. Für den nächsten Schritt auf dem Weg zur Verschmelzung - dem Abschluss eines notariellen Verschmelzungsvertrages entsprechend dem Entwurf vom 13.12.1996 - war hingegen keine Frist gesetzt. Dementsprechend durfte hiervon die Kreditgewährung nicht abhängig gemacht werden.

(3) Die sich aus dem Wortlaut des Darlehensvertrages ergebenden Voraussetzungen der Darlehensauszahlung waren zu keinem Zeitpunkt erfüllt, da die B. mbH keine Bürgschaft ihres Geschäftsführers in Höhe des Darlehensbetrages vorgelegt hat. Ziff. 3 des Darlehensvertrages vom 07.01./18.02.1997 enthielt die ausdrückliche Bestimmung, dass das Darlehen erst in Anspruch genommen werden konnte, wenn die vereinbarten Sicherheiten beigebracht waren. Unter den Sicherheiten war auch eine unbeschränkte und selbstschuldnerische Bürgschaft des Beklagten genannt. Bei der von der B. mbH übernommenen Verpflichtung, die vereinbarten Sicherheiten zu stellen, handelte

es sich nicht um eine Bedingung im Rechtssinne (§ 158 BGB), sondern um eine von der B. mbH übernommene vertragliche Nebenpflicht (vgl. BGH NJW 1969, 1957). Mit der Erfüllung dieser Nebenpflicht war die B. mbH nach dem eindeutigen Vertragswortlaut vorleistungspflichtig, die Klägerin brauchte also vor Beibringung der vereinbarten Sicherheit die Darlehensvaluta grundsätzlich nicht auszuzahlen.

(4) Allerdings entfällt eine Vorleistungspflicht dann, wenn der andere Teil erklärt, er könne und wolle nicht erfüllen (Heinrichs in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., Rdnr. 18 zu § 320 BGB). Im vorliegenden Fall hat die Klägerin sowohl in der Besprechung vom 17.03.1997 als auch in ihrem Schreiben vom 14.04.1997 gegenüber der B. mbH zum Ausdruck gebracht, dass eine Verrechnung der Valuta des Darlehensvertrages mit den der N.-Baugesellschaft gewährten Kontokorrentkrediten stattfinden solle; sie hat also jegliche Auszahlung verweigert. Das Erfordernis der Bürgschaftsbeibringung als Voraussetzung für den Auszahlungsanspruch entfiel damit aber nicht. Denn auch die B. mbH verhielt sich nicht vertragstreu. Die Klägerin war zu der von ihr angekündigten Verrechnung jedenfalls in erheblicher Höhe befugt, so dass lediglich ein Rest des Darlehens an die B. mbH tatsächlich hätte ausgezahlt werden müssen, hingegen machte die B. mbH die Beibringung der Bürgschaftserklärung von der Auszahlung des gesamten Darlehensbetrages an sie abhängig.

(a) Zwischen den Parteien war vereinbart, dass die (weitere) Überziehung der Kontokorrentlinien der an der Sanierung beteiligten Unternehmen als Vorfinanzierung auf den zu gewährenden "Hausbankkredit" anzurechnen war. Die Klägerin brauchte daher, soweit eine Anrechnung erfolgen sollte, keine "frischen" Kreditmittel auszureichen; die B. mbH ihrerseits musste bei Unterzeichnung des Darlehensvertrages mit einer derartigen Anrechnung rechnen. Hiervon geht der Senat nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme aus.

(b) So haben die Zeugen Sch. und M. bekundet, dass in den Gesprächen des "Runden Tisches" der IHK M. am 21.11.1996 und 10.12.1996 eine Kreditierung sämtlicher beteiligten Unternehmen entsprechend den Sanierungsvorschlägen des Zeugen E. festgelegt worden ist. Der Klägerin kam dabei nach der Vorstellung der Anwesenden die Aufgabe zu, einen Teil der Mittel der anderen Kreditgeber vorzufinanzieren (Zeuge M.). Dementsprechend erhöhte sich der von der N.-Baugesellschaft in Anspruch genommene Überziehungskredit ausweislich der von der Klägerin eingereichten Kontoübersicht von 2.358.758,49 DM am 21.11.1996 auf 4.075.092,80 DM am 06.02.1997. Hieraus ergibt sich eine Kreditausweitung in Höhe von 1.716.334,40 DM (Anlage BB 9, Bd. IV Bl. 209 d. A.). Diese Kreditausweitung war nach den Bekundungen der Zeugen M., H. und Sch. bei den Besprechungen des "Runden Tisches", über deren Ergebnis die B. mbH informiert wurde, ausdrücklich vereinbart. Die Zeugen haben übereinstimmend erklärt, dass die Beteiligten nicht zwischen den einzelnen zu fusionierenden Unternehmen differenzierten. Der Zeuge Sch. hat darüber hinaus angegeben, dass den Teilnehmern des "Runden Tisches" am 21.11.1996 und 10.12.1997 klar gewesen sei, dass eine Vorfinanzierung des Hausbankdarlehens im Wege der Erhöhung der Kontokorrentlinien habe erfolgen müssen. Außerdem hat er bekundet, es sei mit dem Vorstandsvorsitzenden der Klägerin abgesprochen gewesen, dass ein derart vorfinanzierter Betrag auf den Hausbankanteil zum EKE-Darlehen angerechnet werde. Vor diesem Hintergrund durfte die B. mbH nicht annehmen, dass ihr der volle Betrag der Darlehensvaluta aus dem Darlehensvertrag vom 07.01./18.02.1997 als "frische" Geldmittel zur Verfügung gestellt würden. Sie musste viel mehr davon ausgehen, dass die Klägerin nur die Mittel zusätzlich ausreichen wollte, die unter Zugrundelegung der Absprachen mit dem Zeugen Sch. noch erforderlich waren, um die der Deutschen Ausgleichsbank gegebene Zusage der Komplementärfinanzierung zum EKE-Darlehen zu erfüllen.

(c) Für eine Anrechnung der der N.-Baugesellschaft im Wege der Vorfinanzierung gewährten Mittel spricht vor allem auch, dass in der Vertragsurkunde als Gutschriftkonto auch das Geschäftskonto der N.-Baugesellschaft angegeben wurde und zwar genau jenes, auf dem der Überziehungskredit bereitgestellt worden war. Bereits nach dem Wortlaut des Darlehensvertrages hätte die Klägerin daher ihre Verpflichtung zur Auszahlung der Darlehensvaluta durch Gutschrift der Darlehenssumme auf dem Konto der N.-Baugesellschaft erfüllen können, mit der Folge, dass mit der Auszahlung des Darlehens der der N.-Baugesellschaft gewährte Überziehungskredit verringert worden wäre, ohne dass es einer Aufrechnungserklärung bedurft hätte. Auch dann hätte sich keine Verpflichtung der Klägerin ergeben, diesen Betrag nochmals zur Verfügung zu stellen.

(d) Der weitere Inhalt der Vertragsurkunde steht einem solchen Verständnis des Darlehensvertrages vom 07.01./18.02.1997 nicht entgegen. In ihr war zwar für den Fall des Nichtabrufes des Darlehens bis zum 01.05.1997 eine Vorfälligkeitserschädigung für die Klägerin vorgesehen, wobei das Datum individuell in den Vertragsvordruck eingefügt wurde. Dies mag dafür sprechen, dass die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses davon ausgegangen sind, dass nicht der gesamte Darlehensbetrag bereits ausgezahlt war und nicht ausschließlich eine Verrechnung stattfinden sollte. Gleiches gilt für die unter Ziff. 2 ("Besondere Vereinbarungen"), unter dem dritten Spiegelstrich, vorgenommene individuelle Einfügung: "Nichtabnahmekosten 2 % des bewilligten aber nicht beanspruchten Darlehensbetrages, mindestens 100,00 DM". Beide vorgenannten Regelungen sind aber auch dann sinnvoll, wenn nur noch ein

Restbetrag des Darlehens ausgezahlt werden musste. Auch nach Anrechnung auf die der N.-Baugesellschaft zusätzlich gewährten Überziehungskredite verblieb aber ein von der Klägerin noch auszahlender Restbetrag, der nach den von der Klägerin vorgelegten Kontoübersichten ca. 550.000,00 DM betragen haben soll.

(e) Etwas anderes ergibt sich schließlich auch nicht daraus, dass die N.-Baugesellschaft entsprechend dem Sanierungskonzept des Zeugen E. erst nach Abschluss eines offenen Vergleiches auf die B. mbH verschmolzen werden sollte.

Die Situation der N.-Baugesellschaft war nach Angaben der B. mbH der Anlass für die Einberufung des "Runden Tisches" und die Erarbeitung eines Sanierungskonzeptes. Auch die B. mbH stellt nicht in Abrede, dass sie bis zur Stellung des Gesamtvollstreckungsantrages die Einbeziehung der N.-Baugesellschaft in die neue Gesellschaft befürwortete. Daran hatte auch die B. mbH ein erhebliches Interesse. Die N.-Baugesellschaft war das Unternehmen mit dem weitaus größten Auftragsvolumen. Dass dieses Auftragsvolumen auch im Falle der Insolvenz der N.-Baugesellschaft auf sie übergehen würde, durfte die B. mbH im November/Dezember 1996 nicht ohne weiteres annehmen. Sie hatte deshalb ein erhebliches Interesse an der Einbeziehung der N.-Baugesellschaft in das Sanierungskonzept. Allerdings war die N.-Baugesellschaft zum Zeitpunkt der Gespräche im November/Dezember 1996 auch diejenige Gesellschaft mit dem höchsten akuten Finanzbedarf, so dass den Beteiligten - ein schließlich des Geschäftsführers der B. mbH - klar sein musste, dass eine Vorfinanzierung der in Aussicht genommenen Darlehen vor allem der Stützung der N.-Baugesellschaft diene. Im Beratungsbericht des Zeugen E. vom 27./28.11.1996 wurde eine Fusion empfohlen, die auch die N.-Baugesellschaft umfasste. Die Berechnung des Liquiditätsbedarfes der neu entstehenden Gesellschaft in Höhe von 6 Millionen DM berücksichtigte ersichtlich auch die finanziellen Verhältnisse der N.-Baugesellschaft. In der "Tischvorlage" des Zeugen E. vom 06.11.1996 ist unter Punkt 1. angeführt: "Kapitalbedarf 6.000 TDM für die Konsolidierung der N. GmbH, N.-Baugesellschaft, S.-GmbH". Dass zu jenem Zeitpunkt auch der Beklagten die kurzfristige Zuführung von neuen Mitteln zugunsten der N.-Baugesellschaft wünschte, ergibt sich auch aus der von ihm verfassten und mit "Analytische Betrachtung zur jetzigen Liquiditätssituation" überschriebenen Anlage zum Beratungsbericht des Zeugen E. vom 27./28.11.1996. Diese Anlage endete mit dem auf die N.-Baugesellschaft bezogenen Satz: "Bei kurzfristiger Behebung der negativen Liquiditätssituation ist die Gewähr für die positive Firmenentwicklung und die Sicherung aller Arbeitsplätze gegeben".

Dass eine "kurzfristige Behebung der negativen Liquiditätssituation" nur mittels einer Ausweitung der Kontokorrentlinie der N.-Baugesellschaft erfolgen konnte, ergibt sich etwa aus der Aussage des Zeugen Sch. Dieser hat bekundet, dass bei den Besprechungen Ende 1996 allen Beteiligten klar gewesen sei, dass die beabsichtigten Kreditverträge im Jahre 1996 nicht mehr hätten abgeschlossen werden können und daher nur die Ausweitung der Kontokorrentkreditlinien die Möglichkeit eines kurzfristigen Mittelzuflusses eröffnete. Auch der Zeuge M. hat bekundet, dass im Ergebnis der Gespräche des "Runden Tisches" die Sparkasse für eine sofortige Finanzierung habe sorgen sollen, da die Unternehmensgruppe unmittelbar liquide Mittel benötigt habe. Diese Darstellung deckt sich mit der Aussage des Zeugen H., die Beteiligten seien in der Sitzung des "Runden Tisches" am 21.11.1996 zu der übereinstimmenden Einschätzung gelangt, dass sich die Unternehmensgruppe in akuten Liquiditätsschwierigkeiten befinde und die Sparkasse bis zur endgültigen Finanzierung der Sanierung in Vorleistung treten solle.

Es kann auch davon ausgegangen werden, dass die B. mbH über dieses Gesprächsergebnis informiert wurde. Nach den Bekundungen des Zeugen H. hielt sich Herr A. N. am 21.11.1996 für eventuelle Rückfragen im Gebäude der IHK M. zur Verfügung und dem Unternehmensberater E. war die Aufgabe zugefallen, ihn über das Beratungsergebnis zu informieren. Die B. mbH konnte sich auch nicht im Zweifel darüber befinden, dass die kurzfristig ausgereichten Mittel bei Abschluss der langfristigen Verträge angerechnet werden würden. Ihr Geschäftsführer A. N. wusste, dass weder das EKE- noch das EKH-Darlehen zur Rückführung der kurzfristig der N.-Baugesellschaft gewährten Kreditausweitung diene, so dass für diesen Zweck im wesentlichen nur noch das Darlehen gemäß Vertrag vom 07.01./18.02.1997 verblieb. Dass diese Verrechnung auch so beabsichtigt war, musste sich der B. mbH spätestens erschließen, als sie den Darlehensvertrag, der das Konto der N.-Baugesellschaft als Auszahlungskonto aufführte, unterschrieb.

(5) Im Wege der Vorfinanzierung war der N.-Baugesellschaft seit dem 21.11.1996 ein zusätzlicher Kontokorrentkreditbetrag in Höhe von 1.716.334,40 DM zugewandt worden. Der Kontokorrentkredit der S.-GmbH war demgegenüber von 1.182.818,63 DM am 21.11.1996 auf 458.737,93 DM, also um 724.080,70 DM zurückgeführt worden, ebenso der der N. GmbH gewährte Kontokorrentkredit von 142.384,79 DM (21.11.1996) um 149.867,38 DM auf ein Guthaben von +7.482,59 DM (18.02.1997). Der den Firmen der Unternehmensgruppe gewährte Kontokorrentkredit wurde also insgesamt um 842.386,40 DM ausgeweitet. In Höhe dieses Betrages brauchte die Klägerin das Hausbankdarlehen daher nicht mehr auszuzahlen. Damit ergab sich, nach Abzug der zwischen dem 21.11.1996 und dem 18.02.1997 im

Wege der Vorfinanzierung zugewandten Kreditmittel, ein der B. mbH noch zur Verfügung stehender Darlehensrest von 1.452.261,60 DM.

Offen bleiben kann dabei, ob der Klägerin noch weitergehende Verrechnungsmöglichkeiten zustanden, weil die Rückführung des Kontokorrentkredites der S.-GmbH und der N. GmbH teilweise aus Mitteln des EKH-Darlehens bewirkt wurde (siehe hierzu den Verwendungsnachweis der B. mbH, Anlage 24 zum Schriftsatz des Beklagten vom 04.10.2000 - Anlagenband).

Andererseits hätte eine Verrechnung der der N.-Baugesellschaft bereits vor dem 21.11.1997 gewährten Kredite mit den Darlehensvaluta gemäß Vertrag vom 07.01./18.02.1997 den Absprachen der Beteiligten widersprochen. Nach der Aussage des Zeugen Sch. verlangte die Deutsche Ausgleichsbank als Voraussetzung für die Gewährung des EKE-Darlehens, dass mit dem Hausbankdarlehen den Firmen der Unternehmensgruppe frische, d. h. zusätzliche Mittel zugewandt wurden. Als Stichtag für die Anrechnung der neu gewährten Kontokorrentkredite auf den Hausbankanteil ist, entsprechend den Angaben des Zeugen Sch., der 21.11.1996 zugrunde zu legen.

(6) Die Klägerin war danach zwar nicht zur vollständigen, aber doch zu einer teilweisen Verrechnung des Darlehens mit der bestehenden Kontoüberziehung befugt, die B. mbH hätte ihrerseits die Beibringung der Bürgschaftserklärung allenfalls von der Bereitschaft der Klägerin zur Auszahlung des verbleibenden Darlehensbetrages in Höhe von ca. 1,4 Mio. DM abhängig machen dürfen.

(7) Demgegenüber hat die B. mbH aber angekündigt, die Bürgschaft nur bei Auszahlung der gesamten Darlehensvaluta beizubringen. Sie hat damit ihrerseits die Bürgschaftsgestellung von Voraussetzungen abhängig gemacht, deren Einhaltung sie nicht beanspruchen konnte. So ergibt sich aus dem Schreiben des Rechtsanwaltes Dr. S. vom 25.04.1997 ebenso wie aus den vorhergehenden Schreiben des Geschäftsführers der B. mbH, dass dieser die Auszahlung des Nominalbetrages des Darlehens für die Gesellschaft beanspruchte und nur unter dieser Voraussetzung bereit war, die Bürgschaft auch tatsächlich beizubringen. Auch vor der Auszahlungsverweigerung am 17.03.1997 hat der Beklagte die Übernahme der Bürgschaft von der Auszahlung der (gesamten) Darlehensvaluta abhängig gemacht. So bestreitet der Beklagte nicht, dass von ihm bereits am 18.02.1997 eine Bürgschaft verlangt wurde (Bd. V Bl. 17 d. A.). Ihr Geschäftsführer habe allerdings - so die B. mbH - erklärt, dass er "entsprechend der von ihm geleisteten Unterschrift für die Auszahlung des Hausbankdarlehens an die B. mbH bürgen werde". Daraus ergibt sich, dass die Darlehensnehmerin bereits zum damaligen Zeitpunkt eine Auszahlung des gesamten Kreditbetrages als "frische Mittel" an sich verlangt und eine (teilweise) Verrechnung abgelehnt hat.

(8) Die Klägerin konnte aufgrund der Aussagen des Beklagten nicht davon ausgehen, dass die B. mbH sich bei vertragsgerechter Auszahlung des Darlehensbetrages ihrerseits vertragstreu verhalten und die Bürgschaft beibringen werde. Die vor diesem Hintergrund erklärte Weigerung der Klägerin, das Darlehen (vollständig) auszuzahlen, rechtfertigt daher keine Abweichung von der vertraglichen Vereinbarung, nach der die B. mbH zunächst die entsprechende Bürgschaft ihres Geschäftsführers beizubringen hatte. Eine solche Bürgschaft wurde zu keinem Zeitpunkt übergeben.

4. Mit der Rückzahlungsverpflichtung aus dem Darlehensvertrag vom 17.02.1994 (Kto. 614 100 5673) bestand auch eine zur Rückzahlung fällige Darlehensverpflichtung der N. GmbH als Hauptschuldnerin gegenüber der Beklagten. Das Darlehen valutiert zum 31.12.1997 noch mit 3.419.936,42 DM, der hieraus offene Betrag übersteigt damit den von der Klägerin im Wege der Teilklage geltend gemachten Betrag in Höhe von 500.000,00 DM. Das Darlehen wurde von der Klägerin wirksam gemäß Ziffer 26 der in das Vertragsverhältnis einbezogenen AGB der Sparkasse wegen der Anordnung der Sequestration über das Vermögen der N. GmbH gekündigt.

5.a) Zinsen kann die Klägerin bis zum 17.02.1999 in Höhe von 7,5 % geltend machen. Denn bis zum 17.02.1999 ergab sich aus dem Darlehensvertrag vom 17.02.1994 eine Zinsfestschreibung, mit einem Zinssatz von 7,5 %. Diesen Vertragszins kann die Klägerin als ihr entstandenen Schaden bis zum Zeitpunkt der ersten regulären Kündigungsmöglichkeit weiter geltend machen (vgl. BGHZ 104, 337; BGH NJW 2000, 1408). Eine erste reguläre Kündigungsmöglichkeit bestand für die N. GmbH zum Ende der Zinsfestschreibung, also zum 17.02.1999 (§ 609 a Abs. 1 Nr. 1 BGB; 9.1 der Darlehensbedingungen).

b) Nach diesem Zeitpunkt kann die Klägerin lediglich den gesetzlichen Zinssatz in Höhe von 4 % beanspruchen. Einen den gesetzlichen Zinssatz von 4 % (§ 288 S. 1 BGB a.F.) übersteigenden Verzugschaden hat die Klägerin nicht dargetan. Auch kann nicht im Wege der Schätzung (§ 287 ZPO) von einem der Klägerin entstandenen Schaden in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Diskontsatz/Basiszinssatz ausgegangen werden (§ 11 Abs. 2 VerbrKrG analog). Sichert eine unbeschränkte selbstschuldnerische Bürgschaft, die für alle bestehenden und künftigen Forderungen einer Bank gegen den Hauptschuldner - etwa eine Bauträgergesellschaft - übernommen wurde, ein durch Grundschulden gesichertes Darlehen und damit einen Realkredit, findet § 11 Abs. 1 VerbrKrG keine -

auch keine analoge - Anwendung (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG), wenn der Kredit zu den für Grundpfandrechte üblichen Bedingungen gewährt worden ist. Bei solchen Krediten können Kreditinstitute ohne Angaben zur Schadenshöhe nicht 5 % Zinsen über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank als Verzugsschaden verlangen, und zwar auch nicht vom Bürgen (BGH WM 1999, 1555). Der Kredit, aus dem die Klägerin Zahlung verlangt, ist aber durch ein Grundpfandrecht - eine Grundschuld über 6.000.000 DM - besichert.

## B.

### 1. Widerklageantrag zu 1a)

(Feststellung, dass der Beklagte nicht zur Rückzahlung des EKH-Darlehens über 700.000,00 DM verpflichtet ist)

1. Der Antrag ist zulässig, insbesondere liegt das für einen Feststellungsantrag erforderliche besondere Feststellungsinteresse vor. Die Klägerin berührt sich eines entsprechenden Rückzahlungsanspruches gegen den Beklagten, was für das Feststellungsinteresse bei einer negativen Feststellungsklage ausreicht.

2. Der Antrag hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

Der Beklagte ist zur Rückzahlung des ihm gewährten Darlehens verpflichtet. Gegen die Verpflichtung zur Rückzahlung des Darlehensbetrages wendet der Beklagte ein, dass er infolge des von der Klägerin zu vertretenden Scheiterns des Sanierungsvorhabens die eingesetzten Kreditmittel verloren habe. Ihm stehe daher ein Schadensersatzanspruch in Höhe seiner Rückzahlungsverpflichtung zu. Dieser Einwand greift indessen nicht durch. Die Klägerin hat sich gegenüber dem Beklagten nicht schadensersatzpflichtig gemacht.

a) Ein Schadensersatzanspruch ergibt sich nicht unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung (pVV) aus einer Schlechterfüllung des zwischen den Parteien geschlossenen Darlehensvertrages. Die Klägerin hat nicht gegen die ihr aus dem EKH-Darlehensvertrag mit dem Beklagten erwachsenen Pflichten verstoßen. Ihre primäre Leistungspflicht auf Auszahlung der Darlehensvaluta hat die Klägerin mit der Buchung des Darlehensbetrages auf dem Geschäftskonto der B. mbH erfüllt. Auch hat sie weder mit der unterlassenen Auszahlung der Darlehensvaluta aus dem Darlehensvertrag vom 07.01./18.02.1997 noch mit der Nichteinlösung des von der S.-GmbH zugunsten der IKK M. ausgestellten Schecks Nebenpflichten aus dem mit dem Beklagten persönlich abgeschlossenen Darlehensvertrag verletzt. Zwar besteht für die Vertragsparteien eine Leistungstreuepflicht, d. h. die Verpflichtung, den Vertragszweck nicht zu beeinträchtigen oder zu gefährden (Heinrichs in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., Rdnr. 114 zu § 276 BGB). Auch diese Leistungstreuepflicht hat die Klägerin hier aber nicht verletzt. Aus dem Vertrag über das EKH-Darlehen erwuchs für sich genommen keine Verpflichtung der Klägerin gegenüber dem Beklagten, das in Aussicht genommene Sanierungsvorhaben umfassend zu fördern. Die Pflichten der Klägerin beschränkten sich vielmehr im wesentlichen auf die Auszahlung des Kreditbetrages.

b) Die Rückzahlungsverpflichtung entfällt auch nicht deswegen, weil die Klägerin mit der unterbliebenen Valutierung des Darlehens vom 07.01./18.02.1997 oder mit der Nichteinlösung des zugunsten der IKK M. ausgestellten Schecks gegen eine unter Beteiligung des Beklagten im Dezember 1996 getroffene Sanierungsvereinbarung verstoßen hätte und dem Beklagten hieraus ein Schadensersatzanspruch in Höhe des Rückzahlungsbetrages erwachsen wäre. Nach dem Vortrag der Parteien kann nicht davon ausgegangen werden, dass die am "Runden Tisch" der IHK M. getroffene Abrede, das Sanierungsvorhaben durch weitere Kredite an die S.-GmbH, die N. GmbH und die N.-Baugesellschaft zu unterstützen, von den Beteiligten bereits als rechtlich bindende Vereinbarung gewollt war. Dagegen spricht schon, dass eine schriftliche Fixierung dieser Abrede trotz ihrer hohen wirtschaftlichen Bedeutung nicht erfolgt ist. Hätten sich die Sparkasse (Klägerin), die Deutsche Ausgleichsbank und das Landesförderinstitut bereits in den Gesprächen am "Runden Tisch" bindend auf die Unterstützung der sanierungsbedürftigen Firmen festlegen wollen, so hätte es nahe gelegen, zeitgleich die Bedingungen für die Unterstützung schriftlich festzuhalten. Darüber hinaus hätte die Klägerin vor einer bindenden Kreditzusage in der hier in Frage stehen den Höhe ihren Kreditausschuss beteiligen müssen (§ 16 SparkG LSA, § 22 SparKVO LSA). Mit einer bindenden Kreditzusage während der mündlichen Gespräche des "Runden Tisches" hätte die Klägerin also ihre internen Kompetenzregelungen verletzt. Es ist daher davon auszugehen, dass die Beteiligten in den Gesprächen des "Runden Tisches" lediglich informell die weitere Vorgehensweise koordinieren, rechtliche Bindungen aber erst mit dem Abschluss der einzelnen, in Durchführung des Sanierungskonzeptes abzuschließenden Verträge eingehen wollten.

c) Selbst wenn eine bindende Vereinbarung auf der Grundlage des Sanierungskonzeptes des Zeugen E. zustande gekommen sein sollte, so könnte nach dem Vortrag der Parteien nicht ohne weiteres angenommen werden, dass der Beklagte persönlich hieraus Rechte eingeräumt erhalten und



Verpflichtungen übernehmen sollte. Ziel des Sanierungsvorhabens war die Konsolidierung der S.-GmbH sowie der N. GmbH und der N.-Baugesellschaft. Auswirkungen auf das Vermögen des Beklagten stellten sich lediglich als Reflex dieser Sanierungsbemühungen dar. Auch der Umstand, dass der Beklagte im Rahmen der Durchführung des Sanierungsvorhabens eigene Verpflichtungen in Gestalt der Bürgschaftsübernahme sowie des Erwerbes der Geschäftsanteile der N. GmbH und der N.-Baugesellschaft eingegangen ist bzw. eingehen sollte, lässt keinen sicheren Schluss darauf zu, dass dem Beklagten nach den Vorstellungen der Beteiligten aus der Sanierungsvereinbarung ein eigener Anspruch auf Erhöhung der Kreditlinie der beteiligten Unternehmen erwachsen sollte. Kann aber bereits nicht festgestellt werden, ob dem Beklagten überhaupt Rechte zustehen sollten, so kann er aus einer etwaigen Verletzung des Sanierungskonzepts auch keine eigenen Schadensersatzansprüche herleiten.

d) Der Beklagten ist auch nicht in den Schutzbereich des zwischen der Klägerin und der B. mbH am 07.01./18.02.1997 abgeschlossenen Darlehensvertrages einbezogen. Auch unter diesem Gesichtspunkt steht dem Beklagten deshalb kein Schadensersatzanspruch wegen der rinterbliebenen Auszahlung des "Hausbankdarlehens" über 2.295.000,00 DM zu.

aa) Bei dem Darlehensvertrag handelt es sich nicht unmittelbar um einen Vertrag zugunsten des Beklagten i. S. des § 328 BGB. Dies ergibt sich bereits daraus, dass kein persönliches Konto des Beklagten als Gutschriftkonto im Darlehensvertrag genannt ist.

bb) Dem Darlehensvertrag kommt aber auch keine Schutzwirkung zugunsten des Beklagten zu. Im Rahmen ihrer Gestaltungsfreiheit steht es den Vertragsparteien frei, nicht nur Leistungspflichten, sondern auch Schutzpflichten zugunsten Dritter zu begründen (BGH NJW 1984, 355). Eine solche Begründung von Schutzpflichten kann ausdrücklich vereinbart werden, die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages kann sich aber auch im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (§ 157 BGB) ergeben. Hierfür wurden in der Rechtsprechung Fallgruppen gebildet, von denen im vorliegenden Fall jedoch keine einschlägig ist. Zwar kann unter Umständen auch ein mit einer GmbH geschlossener Vertrag zugunsten von deren Gesellschaftern Schutzpflichten auslösen (Heinrichs in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., Rdnr. 26 zu § 328 BGB). Doch sind an die Einbeziehung Dritter in den vertraglichen Schutz strenge Anforderungen zu stellen, damit die Haftung des Schuldners nicht uferlos erweitert wird (BGHZ 51, 96; BGH NJW 1976, 1844). Im Anschluss an die Rechtsprechung des OLG Hamm (MDR 1999, 556, 557; s. auch Gottwald, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Rdnr. 142 zu § 328 BGB) entfaltet das bloße Darlehensverhältnis mit einer GmbH daher keine Schutzwirkung zugunsten der Gesellschafter, und zwar auch dann nicht, wenn sich der jeweilige Gesellschafter für das Darlehen verbürgt hat. Für eine Schutzwirkung wäre zum einen ein Leistungsverhältnis erforderlich, welches inhaltlich drittbezogen ist. Daran fehlt es aber beim Kreditvertrag, mit dessen Leistungen - Aus- bzw. Rückzahlung eines Darlehens - Dritte nicht bestimmungsgemäß in Berührung kommen. Darüber hinaus müsste der Dritte - im vorliegenden Fall der Beklagte - auch in besonderem Maße des Schutzes bedürfen. Erforderlich ist also, dass ohne die Ausdehnung des Vertragsschutzes der Dritte nicht ausreichend geschützt ist. An dieser Voraussetzung fehlt es aber, wenn der Gesellschafter einer GmbH von deren Kreditgeberin durch eine Vertragsverletzung mittelbar geschädigt wird. Der GmbH steht nämlich in Höhe des ihr entstandenen Schadens ein Schadensersatzanspruch zu, mit dessen Durchsetzung auch die mittelbar dem Gesellschafter entstandenen Schäden beseitigt werden. Ein zusätzlicher Drittschutz zugunsten des Gesellschafters ist nicht erforderlich (vgl. OLG Hamm a.a.O.).

e) Dem Beklagten steht gegen die Klägerin auch kein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB zu. Weder in der unterlassenen Valutierung des Darlehens vom 07.01./18.02.1997 noch in der unterbliebenen Einlösung des zugunsten der IKK M. ausgestellten Schecks liegt eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Beklagten durch die Klägerin.

aa) Im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien gilt, dass die Nichterfüllung einer Vertragspflicht nicht ohne weiteres unsittlich ist, es müssen besondere Umstände hinzukommen, die das Verhalten als sittlich verwerflich erscheinen lassen (Thomas in: Palandt, 61. Aufl., Rdnr. 55 zu § 826 BGB). Auch der vorsätzliche Vertragsbruch ist nicht stets sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB. Gilt dies grundsätzlich schon zwischen den Vertragsparteien, so muss - wenn ein Dritter aus einer Vertragsverletzung Schadensersatzansprüche herleitet - ein noch strengerer Maßstab angelegt werden. Ersatzberechtigt ist der mittelbar Geschädigte nur dann, wenn Bewusstsein und Wille der Schädigung sich zumindest auch gegen ihn richten und die Vermögensverletzung auch im Verhältnis zwischen dem Schädiger und ihm sittenwidrig ist (Thomas in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., Rdnr. 13 zu § 826 BGB). Dass die Klägerin hier aber die Schädigung des Beklagten billigend in Kauf genommen hat, kann nicht angenommen werden. Die nach Auffassung des Beklagten verletzten Verpflichtungen zur Darlehensauszahlung und zur Scheckeinlösung bestanden alleine im Interesse der Bürger-Baugesellschaft mbH bzw. der S.-GmbH. Deren Tätigkeit sollte mit der Darlehensauszahlung und der Scheckeinlösung gefördert werden, nicht aber die Vermögensinteressen des Beklagten. Eine Schädigung des Beklagten ergab sich, seinem eigenen Vortrag zufolge, lediglich als eine Reflexwirkung der Schädigung der Vertragspartner der Klägerin, der B. mbH und der S.-GmbH. Dafür, dass das

Verhalten der Klägerin auf die Bewirkung einer solchen mittelbaren Schädigung des Beklagten abgezielt hätte, fehlen jegliche konkreten Anhaltspunkte.

bb) Darüber hinaus leitet der Beklagte seinen Schadensersatzanspruch auch nicht aus einem aktiven Tun der Klägerin, sondern aus deren Unterlassen her. Ein Unterlassen kann nur dann den Tatbestand des § 826 BGB erfüllen, wenn das Handeln einem sittlichen Gebot entspräche (Thomas in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., Rdnr. 7 zu § 826 BGB). Eine sittliche Pflicht zum Handeln bestand für die Klägerin gegenüber dem Beklagten jedoch nicht. Eine solche Pflicht ergibt sich insbesondere auch nicht daraus, dass - wie der Beklagte behauptet - die Klägerin gerade sein persönliches Engagement in der Krise der N. GmbH und der N.-Baugesellschaft gewünscht habe. Denn die Darstellung des Beklagten, er habe sich nur auf Drängen der Klägerin zu einer Mitwirkung am Sanierungsvorhaben überreden lassen, hat sich in der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme nicht bestätigt. Den Bekundungen der Zeugen E. und Mz. ließ sich vielmehr entnehmen, dass der "Runde Tisch" der IHK M. gerade auf Initiative des Beklagten zusammengetreten war. Dies deckt sich im Übrigen auch mit dem Einleitungssatz des Beratungsberichts des Zeugen E. vom 27./28.11.1996.

cc) Zwar ergäbe sich eine Verpflichtung der Klägerin zum Handeln, wenn diese sich - wie vom Beklagten behauptet - von vornherein nur an dem Sanierungsvorhaben beteiligt hätte, um ihr eigenes Engagement auf Kosten des Beklagten und der Deutschen Ausgleichsbank zu verringern. Eine solche Absicht der Klägerin kann aber auch unter Würdigung des Beklagtenvorbringens nicht unterstellt werden. Dagegen spricht die unstreitig erfolgte erhebliche Ausweitung des Kontokorrentkredites der N.-Baugesellschaft, die - wie dargestellt - zunächst ebenfalls in das Sanierungskonzept einbezogen worden war. Auch der der S.-GmbH gewährte Kontokorrentkredit wurde ausgeweitet, bis er durch eine vom Beklagten selbst veranlasste Überweisung aus den EKE-Kreditmitteln sich wieder verringerte. Mit einer (angeblich) bereits im Dezember 1996 bestehenden Absicht der Klägerin, ihren zugesagten Beitrag zum Sanierungsvorhaben nicht zu erbringen, ließen sich diese Kreditausweitungen schwerlich vereinbaren. Auch Anhaltspunkte für eine zielgerichtete "Zerstörung der wirtschaftlichen Existenz" des Beklagten durch die Klägerin sind nicht vorhanden. Weder ist ein Motiv der Klägerin hierfür erkennbar, noch stünde eine solche Schädigungsabsicht der Klägerin im Einklang damit, dass sie dem Sanierungsvorhaben zugestimmt und auch noch nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der S.-GmbH mit dem Beklagten zu-sammengearbeitet hat.

dd) Gegen die Annahme einer sittenwidrigen Schädigung spricht schließlich auch, dass die Rechtslage hinsichtlich der Zurückhaltung der Darlehensvaluta nicht einfach zu beurteilen war. Der Klägerin ist daher zugutezuhalten, dass sie sich möglicherweise zur Zurückhaltung der Darlehensvaluta ebenso wie zur Nichtausführung der Überweisung berechtigt glaubte.

ee) Nach den Gesamtumständen können im Ergebnis weder die Nichtvalutierung des Darlehens vom 07.01./18.02.1997 noch die Nichteinlösung des Schecks vom 06.03.1997 gegenüber dem Beklagten als sittenwidrig angesehen werden.

## **II. Widerklageantrag zu 1 b)**

(Feststellung, dass der Beklagte der Klägerin aufgrund der Bürgschaftserklärung vom 17.12.1996 nicht für Verbindlichkeiten der B. mbH aus dem mit der Klägerin abgeschlossenen Darlehensvertrag vom 17.12.1996, Darlehensnummer 6141010120, haftet)

1. Der Antrag ist zulässig, insbesondere besteht für ihn ein besonderes Feststellungsinteresse des Beklagten. Ein Feststellungsinteresse für den Antrag, dass ein Anspruch nicht besteht (negative Feststellungsklage) ist gegeben, wenn sich die Gegenseite eines entsprechenden Anspruches "berühmt". Dies ist hier der Fall.

2. Der Antrag ist jedoch unbegründet.

Der Beklagte hat sich mit Erklärung vom 17.12.1997 wirksam für den Rückzahlungsanspruch der Klägerin aus dem Darlehensvertrag vom selben Tage verbürgt, richtiger: die Mithaftung für den Rückzahlungsanspruch übernommen. Weder das Scheitern des Sanierungskonzeptes noch die unterbliebene Auszahlung der Valuta des "Hausbankkredites" vom 07.01./18.02.1997 haben zum Erlöschen der Mithaftung nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage geführt.

a) Der Sanierungserfolg war bei Ausreichung des Darlehens ungewiss. Das mit dem Sanierungsversuch verbundene Risiko sollte (auch) durch die Mithaftungserklärung abgesichert werden. Die Erwartung des Bürgen, der Bürgschaftsfall werde nicht eintreten, da der Hauptschuldner leistungswillig und -fähig sei und bleiben werde, wird regelmäßig nicht zur Geschäftsgrundlage, weil die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners zur Risikosphäre des Bürgen gehört (BGHZ 104, 242; Heinrichs in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., Rdnr. 156 zu § 242 BGB. m.w.N.). Nur Umstände außerhalb des Bürgschaftsrisikos können daher gemeinsame Geschäftsgrundlage der Vertragsparteien sein (vgl.

Heinrichs a.a.0.). Gleiches gilt auch für eine Mithaftungserklärung, wie sie der Beklagte hier hinsichtlich des von der Deutschen Ausgleichsbank refinanzierten EKE-Darlehens abgegeben hat. Zwar kann zur Geschäftsgrundlage eines Bürgschaftsvertrages auch die Erwartung des Bürgen - hier: Mithaftenden - gehören, eine geplante Sanierung werde in Angriff genommen (BGH WM 1973, 752). Um eine solche Fallkonstellation geht es im vorliegenden Fall jedoch nicht. Das Sanierungsvorhaben wurde sowohl von dem Beklagten als auch von der Klägerin tatsächlich in die Tat umgesetzt. Der Beklagte trägt selbst vor, dass er sich in der Folgezeit um die organisatorische und personelle Umsetzung des Sanierungskonzeptes bemüht habe, während die Klägerin - wie sich aus den von ihr vorgelegten Kontoübersichten ergibt - neben den durch die Mithaftungserklärung gesicherten Mitteln zur Unterstützung des Sanierungsvorhabens weitere Kredite an die N.-Baugesellschaft ausgereicht hat. Die enttäuschte Erwartung des Beklagten, die in Angriff genommene Sanierung und Verschmelzung der Unternehmen werde erfolgreich abgeschlossen werden, ist dagegen grundsätzlich seinem eigenen Risikobereich als Bürge/Mithaftender zuzuordnen.

b) Die Geschäftsgrundlage für die Mithaftungserklärung vom 17.12.1996 ist auch nicht wegen der nach dem Beklagtenvortrag unterbliebenen Auszahlung des "Hausbankanteils" zum EKE-Darlehen entfallen. Es kann dabei zu Gunsten des Beklagten als richtig unterstellt werden, dass der EKE-Kredit nur im Falle der Ergänzung durch den von der Klägerin zu gewährenden "Hausbankanteil" in wirtschaftlich sinnvoller Weise hätte genutzt werden können. Die unterbliebene Valutierung des Kredites vom 07.01./18.02.1997 ist aber deswegen dem Risikobereich des Beklagten zuzurechnen, da er hierfür zumindest überwiegend selbst die Verantwortung trägt. Insoweit wird auf die Ausführungen zur Klage unter A. II. 3. d) cc) verwiesen.

c) Ob dem Darlehen - wie der Beklagte meint - eigenkapitalersetzender Charakter allein deshalb zukommt, weil die Klägerin wie ein Gesellschafter Einfluss auf die Vermögensdispositionen (Überweisungen) der Unternehmensgruppe genommen hat, kann offen bleiben. Die Wirksamkeit der Mithaftungserklärung des Beklagten würde hiervon nicht berührt. Denn durch den eigenkapitalersetzenden Charakter eines Darlehens wird der Rückzahlungsanspruch in seinem Bestand nicht berührt, und zwar auch dann nicht, wenn er von der Gesellschaft entsprechend § 30 Abs. 1 GmbHG nicht erfüllt werden darf; in diesem Fall verliert er lediglich seine Durchsetzbarkeit (BGH NJW 1996, 1341, 1344). Demzufolge wird durch die Rückzahlungssperre auch der Zinslauf nicht gehindert (BGH a.a.0.). Untersagt ist nur eine Auszahlung, sofern diese auf Kosten des Stammkapitals ginge (vgl. BGH a.a.0., BGHZ 67, 171, 179 f.). Die Verwertung von für das kapitalersetzende Darlehen gewährten Sicherheiten wird daher durch § 32 a GmbHG nicht berührt, sie kann uneingeschränkt fortgesetzt werden (Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 17. Aufl., Rdnr. 58 zu § 32 a GmbH-Gesetz).

### **III. Widerklageantrag zu 2 a)**

1. Zahlung von 1.204.149,50 DM - Gehalt des Beklagten bei der S.-GmbH -;
2. Zahlung von 911.161,12 DM - verlorenes Gesellschafterdarlehen des Beklagten an die S.-GmbH -;
3. Zahlung von 1.222.200,00 DM - S.-Geschäftsanteil des Beklagten -)

Der Widerklageantrag zu 2 a) ist zulässig, aber unbegründet. Dem Beklagten steht gegen die Klägerin unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Schadensersatzanspruch, gerichtet auf Ausgleich seiner Vermögenseinbußen infolge der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der S.-GmbH, zu.

1. Ein Schadensersatzanspruch wegen Schlechterfüllung (pVV) einer mit der Klägerin geschlossenen Sanierungsvereinbarung scheidet von vornherein aus. Insoweit wird auf die Ausführungen unter B. I. verwiesen.

2. Dem Beklagten steht auch kein Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB zu. Zwar wird vereinzelt vertreten, dass dem Gesellschafter einer GmbH bei deren Schädigung ein Schadensersatzanspruch wegen der Entwertung seiner Geschäftsanteile zustehe (OLG München NJW-RR 1991, 928). Dieser Auffassung folgt der Senat indessen nicht.

a) Voraussetzung für eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB ist ein Eingriff in ein absolutes Recht des Geschädigten. Zwar können auch Mitgliedschaftsrechte bzw. Mitgliedschafts- und Anteilsrechte an juristischen Personen ein "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sein (vgl. BGH NJW 1990, 2877, 2878; Heinrichs in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., Rdnr. 27 zu § 823 BGB). Das Mitgliedschaftsrecht ist indessen als "sonstiges Recht" deliktsrechtlich nur insoweit gegen Eingriffe geschützt, als sie sich unmittelbar gegen den Bestand der Mitgliedschaft oder die in ihr verkörperten Rechte und Betätigungsmöglichkeiten von erheblichem Gewicht richten (Heinrichs a.a.0.).

b) Dagegen verletzt die bloße Minderung des Wertes oder der Ertragsfähigkeit der Gesellschaft im Hinblick auf die Trennung zwischen der Vermögenssphäre der Gesellschaft und derjenigen der Gesellschafter nicht die Mitgliedschaft als solche, da eine derartige Einbuße einen reinen

Vermögensschaden darstellt (Hager in Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Rdnr. B 143 zu § 823 BGB, m.w.N.). Lediglich eine Wertminderung seiner Anteilsrechte macht der Beklagte hier aber geltend. Er begehrt insbesondere auch keinen Ausgleich für die mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbundene Beschränkung seiner Rechte als Anteilsinhaber, vielmehr verlangt er Ersatz für die eingetretene Entwertung seiner Anteilsrechte. Er stützt seinen Schadensersatzanspruch also nicht auf die Verletzung der Mitgliedschaft als "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, sondern begehrt Ausgleich eines reinen Vermögensschadens, der nicht aus der Verletzung eines der in § 823 Abs. 1 geschützten Rechts resultiert.

#### **IV. Widerklageantrag zu 2 b)**

##### **1. Hauptantrag**

(Verlust des Geschäftsführergehalts von 30.000,00 DM monatlich ab 01.06.2000 bis letztmals am 31.12.2006.)

a) Der Antrag ist zulässig und zwar auch insoweit, als der Beklagte eine zukünftige Zahlung begehrt. Die Zulässigkeit des Klageantrages ergibt sich insoweit aus § 257 ZPO. Der vom Beklagten geltendgemachte Schadensersatz ist, anders als der ihm zugrundeliegende vertragliche Entgeltanspruch, nicht von einer Gegenleistung abhängig. Der Umstand, dass der Beklagte als Gegenleistung für die verlangten Beträge ursprünglich eine Dienstleistung schuldete, wäre lediglich im Rahmen der Schadensberechnung zu berücksichtigen.

b) Der Antrag ist jedoch unbegründet. Dem Beklagten steht weder ein vertraglicher Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung (pVV) noch ein solcher aus unerlaubter Handlung (§§ 823 Abs. 1, 826 BGB) zu. Hierzu wird auf die Ausführungen unter B. I. und B. III. Bezug genommen.

##### **2. Hilfsantrag**

(Feststellung der Ersatzpflicht für sämtliche aus der Beendigung des Anstellungsvertrages mit der S.-GmbH herrührenden Schäden des Beklagten)

Der Hilfsantrag ist unzulässig.

Für den Hilfsantrag fehlt es an dem für einen Feststellungsantrag erforderlichen besonderen Feststellungsinteresse. Dem Beklagten wäre, wie nicht zuletzt der Hauptantrag belegt, eine Klage auf -künftige - Leistung (§ 257 ZPO) möglich und zumutbar gewesen. Der nach Auffassung des Beklagten schadensstiftende Vorgang ist abgeschlossen, es sind auch keine zukünftigen Entwicklungen absehbar, die eine Bezifferung erst zu einem späteren Zeitpunkt ermöglichen würden. Damit besteht eine bessere Rechtsschutzmöglichkeit, die der Beklagte hätte in Anspruch nehmen können und müssen. Einer derjenigen Fälle, in denen trotz möglicher Leistungsklage ein Feststellungsinteresse zu bejahen ist, liegt hier nicht vor.

#### **V. Widerklageantrag zu 2 c**

(Feststellung der Ersatzpflicht der Klägerin für die aus der Nichterfüllung der Versorgungszusage der S.-GmbH gegenüber dem Beklagten resultierenden Schäden).

1. Der Antrag ist zulässig, insbesondere besteht für ihn ein besonderes Feststellungsinteresse des Beklagten. Der dem Beklagten nach seiner eigenen Darstellung entstandene Gesamtschaden kann noch nicht abschließend beziffert werden. Zugleich hat er aber wegen einer möglichen Verjährung des geltendgemachten Anspruches ein Interesse daran, bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine gerichtliche Klärung herbeizuführen.

2. Der Antrag ist jedoch unbegründet. Dem Beklagten steht, wie unter B. I und B. III. ausgeführt, kein eigener Schadensersatzanspruch wegen der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der S.-GmbH gegen die Klägerin zu. Auf die dortigen Ausführungen wird Bezug genommen.

#### **VI. Widerklageantrag zu 2 d)**

(Feststellung der Ersatzpflicht für alle Schäden, die dem Bekl. aus der Insolvenz der S.-GmbH entstehen).

1. Der Klageantrag ist zulässig, insbesondere besteht für ihn ein besonderes Feststellungsinteresse. Zwar wäre eine Bezifferung sämtlicher aus der Insolvenz der S.-GmbH entstandener Schäden und damit die Erhebung einer Leistungsklage möglich, so dass eine Feststellungsklage, die den Streit der Parteien nicht endgültig beendet, an sich ausschiede. Dennoch ist die Feststellungsklage hier ausnahmsweise zulässig, weil der Beklagte die behaupteten Schäden erst auf der Grundlage eines aufwendigen

Sachverständigengutachtens beziffern könnte, was ihm - noch dazu vor der Klärung des Anspruchsgrundes - nicht zumutbar ist (vgl. OLG Hamm OLGR 1995, 201). So kämen etwa die nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge bei erfolgreicher Sanierung zu erwartenden Gewinnausschüttungen der S.-GmbH als Schadensposition in Betracht, deren Ermittlung aber zunächst die Einholung eines Sachverständigengutachtens über die Geschäftsaussichten der S.-GmbH erfordert hätte.

2. Auch dieser Antrag ist indessen aus den unter B. I. und 13. III. genannten Gründen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, unbegründet.

### **VII. Widerklageantrag zu 3)**

(Feststellung der Pflicht des Beklagten zum Ersatz sämtlicher Schäden, die aus den SCHUFA-Anmeldungen entstehen)

Der Widerklageantrag zu 3) ist teilweise unzulässig und im Übrigen unbegründet.

1. Soweit der Beklagte im Hinblick auf die erste SCHUFA-Anmeldung in Höhe eines Betrages von 8.044.954,00 DM die Feststellung der Ersatzpflicht der Klägerin begehrt, fehlt es an dem für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage erforderlichen besonderen Feststellungsinteresse. Ist Klage auf Leistung möglich und zumutbar, so wird im Interesse der endgültigen Klärung des Streitstoffes in einem Prozess das abstrakte Feststellungsinteresse regelmäßig fehlen; die auf Feststellung des Anspruchsgrundes beschränkte Feststellungsklage ist dann unzulässig (Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 23. Aufl., Rdnr. 7 a zu § 256 ZPO). So liegt der Fall hier. Eine Bezifferung der aus der ersten SCHUFA-Meldung der Klägerin entstandenen Schäden erscheint möglich und zumutbar, so dass dem Beklagten mit der Leistungsklage eine bessere Rechtsschutzmöglichkeit zur Verfügung steht. Aus dem Vortrag des Beklagten ergeben sich insoweit auch keine heute noch unabsehbaren und einer Schätzung (§ 287 ZPO) nicht zugänglichen Schadensfolgen.

2. Soweit die Feststellung der Ersatzpflicht für die SCHUFA-Meldung über eine Zahlungspflicht in Höhe von 582.721,00 DM (Vorbehaltsurteil in diesem Verfahren) begehrt wird, ist der Antrag hingegen zulässig. Der dem Beklagten hieraus entstehende Schaden befindet sich noch in der Entwicklung, auch zukünftige können sich insofern noch Vermögenseinbußen ergeben. Die für die Annahme des Feststellungsinteresses erforderliche Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ist von dem Beklagten ebenfalls ausreichend dargelegt. Zwar besteht bei der Verletzung einer das Vermögen schützenden Norm kein Feststellungsinteresse, solange der Eintritt irgendeines Schadens noch ungewiss ist und keine Verjährungsfrist läuft; hier muss der Kläger schon für die Zulässigkeit der Klage die Wahrscheinlichkeit eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadens darlegen (Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 23. Aufl., Rdnr. 8 a zu § 256 ZPO m.w.N.). Der Eintritt eines dem Beklagten durch die SCHUFA-Eintragung entstehenden Schadens erscheint jedoch hinreichend wahrscheinlich. Durch die Eintragung in die bei der SCHUFA geführte Datei werden die Aussichten eines Selbständigen auf weitere Kreditierung seiner Geschäftstätigkeit regelmäßig empfindlich gemindert. Dass dem Beklagten hierdurch konkrete finanzielle Einbußen entstanden sind bzw. noch entstehen, erscheint derart naheliegend, dass ein darüber hinausgehender Vortrag des Beklagten, welche Kredite er ohne die SCHUFA-Eintragung in Anspruch genommen hätte und in welcher Weise er sie hätte gewinnbringend einsetzen können, nicht erforderlich ist.

3. Der Feststellungsantrag ist jedoch, soweit gegen seine Zulässigkeit keine Bedenken bestehen (s. unter Ziff. 2.), unbegründet.

Dem Beklagten steht unter keinem denkbaren Gesichtspunkt ein Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin zu. Sowohl ein in Betracht kommender Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung (pVV) als auch ein solcher aus den §§ 823, 826 BGB entfällt, weil die Klägerin den Erlass des Vorbehaltsurteils in diesem Verfahren und die aus dem Urteil betriebene Zwangsvollstreckung an die SCHUFA melden durfte.

a) Das Bankgeheimnis, dessen Verletzung durch die SCHUFA-Meldung in Betracht kommt, gilt zwar gegenüber jedem, der mit dem Kreditinstitut in rechtsgeschäftlichen Kontakt tritt (Bruchner in: Schimanski/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, Bd. 1, 2. Aufl., Rdnr. 12 zu § 39). Es besteht deshalb auch als Nebenpflicht des Bürgschaftsvertrages gegenüber dem Beklagten. Die Weitergabe von Informationen aus der Geschäftsbeziehung an Dritte, auch an die SCHUFA, ist daher ein Pflichtenverstoß, sofern er keine besondere Rechtfertigung findet.

b) Dass die Klägerin durch eine ausdrückliche vertragliche Regelung zur Informationsweitergabe an die SCHUFA befugt war, lässt sich ihrem Vortrag nicht entnehmen. Regelmäßig ermächtigt der Bankkunde das Kreditinstitut durch Unterzeichnung der sogenannten "SCHUFA-Klausel", Informationen über die Vertragsabwicklung an die Kreditschutzorganisation weiterzugeben. Dass der Beklagte der Klägerin eine

entsprechende Ermächtigung erteilt hat, erscheint zwar wahrscheinlich, lässt sich aber weder dem Vortrag der Parteien noch den vorgelegten Bürgschaftsurkunden entnehmen.

c) Ein Recht zur Weitergabe der Information über das in diesem Rechtsstreit erwirkte Vorbehaltsurteil an die SCHUFA folgt auch nicht aus Ziff. 3 Abs. 2 der AGB der Sparkassen. Dort ist festgelegt, dass die Sparkasse Bankauskünfte über juristische Personen und im Handelsregister eingetragene Kaufleute erteilen darf, wenn keine entgegengesetzte Weisung erteilt wurde. Eine Befugnis der Klägerin zur Weitergabe von Informationen über den Beklagten lässt sich hieraus aber nicht herleiten. Denn es steht nicht fest, dass es sich bei dem Beklagten um einen im Handelsregister eingetragenen Kaufmann handelt.

d) Die Sparkasse war jedoch aus dem Rechtsgedanken des § 193 StGB, unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung berechtigter Interessen, zur Übermittlung an die SCHUFA befugt, ohne dass es einer besonderen Einwilligung des Beklagten bedurft hätte.

aa) Bei Vorliegen sogenannter "harter Negativmerkmale" wird deren Weitergabe an die SCHUFA als gerechtfertigte Durchbrechung des Bankgeheimnisses angesehen, sofern zuvor eine Interessenabwägung stattgefunden hat (Bruchner, a.a.O., Rdnr. 18 zu § 41). Als "harte Negativmerkmale" werden dabei etwa eine fruchtlose Pfändung, eine eidesstattliche Versicherung nach § 807 ZPO, die Konkurseröffnung sowie Zwangsvollstreckungsmaßnahmen angesehen. Dagegen ist die Übermittlung sogenannter "weicher Negativmerkmale" ohne die Vereinbarung der "SCHUFA-Klausel" von vornherein nicht zulässig (Bruchner, a.a.O., Rdnr. 15 zu § 41); zu den "weichen" Negativmerkmalen gehören etwa die Kreditkündigung und die Klageerhebung.

bb) Mit der Meldung der eingeleiteten Zwangsvollstreckung aus dem Vorbehaltsurteil hat die Klägerin im vorliegenden Fall ein sogenanntes "hartes" Negativmerkmal weitergegeben. Die Information hierüber durfte sie bei überwiegendem Interesse auch gegen den Willen des Beklagten weiterleiten, dessen eigenes Interesse an der Wahrung des Bankgeheimnisses zurückzustehen hatte. Vor diesem Hintergrund gestattete die Interessenabwägung der Klägerin hier eine Weitergabe der Information an die SCHUFA.

So handelte es sich bei dem titulierten Betrag von 500.000,00 DM um eine vergleichsweise hohe Forderung; der Beklagte war nach seinen wirtschaftlichen Möglichkeiten jedenfalls nicht ohne weiteres in der Lage, die entsprechenden finanziellen Mittel aufzubringen. Die Vertragspartner der SCHUFA, deren Belange in die Abwägung mit einzubeziehen sind, besaßen dementsprechend ein besonders gewichtiges Interesse an der Weitergabe der Information. Andererseits war das Interesse des Beklagten an der Geheimhaltung des Vorbehaltsurteils und der daraus betriebenen Vollstreckung schon deshalb gemindert, weil die mündlichen Verhandlungen in diesem Rechtsstreit öffentlich gewesen sind und auch das Vorbehaltsurteil in öffentlicher Sitzung verkündet worden ist. Von der Klägerin wurde in Bezug auf das Vorbehaltsurteil also nur eine Information weitergegeben, die ohne Verstoß gegen das Bankgeheimnis bereits das "Licht der Öffentlichkeit" erblickt hatte. Insgesamt überwogen deshalb die Interessen anderer potentieller Gläubiger des Beklagten an der Unterrichtung über diesen für die Kreditwürdigkeit bedeutsamen Umstand.

4. Soweit der Beklagte die Feststellung der Ersatzpflicht der Klägerin für diejenigen Schäden begehrt, die ihm aus der Vollstreckung des in diesem Rechtsstreit ergangenen Vorbehaltsurteils entstanden sind, geht der Senat davon aus, dass dieser Feststellungsantrag nur für den Fall gestellt werden sollte, dass das Vorbehaltsurteil im Nachverfahren aufgehoben würde. Denn nur in diesem Fall käme hier überhaupt ein Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO in Betracht. Tatsächlich ist die (innerprozessuale) Bedingung, nämlich die Aufhebung des Vorbehaltsurteils, jedoch nicht eingetreten, so dass es insofern auch keiner Entscheidung über die Entschädigungspflicht mehr bedarf.

## **VIII. Widerklageantrag zu 4)**

### **1. Hauptantrag**

(Zahlung von 2 Mio. DM wegen Verlustes der Geschäftsanteile an der N. GmbH)

Der Antrag ist zulässig, aber unbegründet.

Der Beklagte stützt den Widerklageantrag auf die Vereitelung der Verschmelzung der N. GmbH mit der S.-GmbH und der B. mbH. Auch insoweit gilt aber, dass dem Beklagten kein eigener Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin zusteht (siehe die Ausführungen unter B. 1. und B. 111.).

## 2. Hilfsantrag

(Feststellung, dass die Klägerin verpflichtet ist, dem Beklagten den infolge der Insolvenz der GmbH entstandenen Schaden zu ersetzen)

Der Antrag ist zulässig, insbesondere besteht ein besonderes Feststellungsinteresse des Beklagten. Es gelten auch für diesen Antrag die unter B. VI. 1. angeführten Erwägungen, auf die verwiesen wird. Der Antrag ist jedoch aus den unter B. I. und B. III. genannten Gründen unbegründet.

## IX. Widerklageantrag zu 5)

(Zahlung von 189.771,66 DM als Ablösungsschaden "B. Weg ")

Der Antrag ist zulässig, aber nur in Höhe von 9.771,66 DM begründet.

1. Dem Beklagten steht kein Anspruch auf Zahlung von 180.000,00 DM wegen Nichterfüllung einer Ablösevereinbarung aus § 326 Abs. 1 BGB gegen die Klägerin zu. Zwar hat der Beklagte anstelle des von der Klägerin im Schreiben vom 07.04.1997 genannten Ablösebetrages in Höhe von 820.000,00 DM letztlich unbestritten 1 Mio. DM an die Klägerin zur Ablösung der auf dem Grundstück "B. Weg " in B. lastenden Grundschulden gezahlt. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist aber zwischen den Parteien keine bindende Vereinbarung über die Ablösung der Grundschulden zustande gekommen. Ein entsprechendes Vertragsangebot der Volksbank G. wurde von der Klägerin nicht angenommen.

a) Das Schreiben der Volksbank G. vom 01.04.1997 (Bd. V Bl. 35 d. A.) enthält noch keine auf den Abschluss einer Ablösevereinbarung gerichtete Willenserklärung. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Volksbank G. sich oder den Beklagten bereits ohne Kenntnis des von der Klägerin verlangten Ablösebetrages rechtlich binden wollte. Vielmehr zielte das Schreiben zunächst allein auf die Beschaffung der für die Grundschuldablösung erforderlichen Informationen ab.

b) Aber auch in dem Antwortschreiben der Klägerin vom 07.04.1997 (Bd. V Bl. 36 d. A.) kann bei Berücksichtigung aller Umstände noch kein die Klägerin bindendes Angebot auf Abschluss einer Ablösungsvereinbarung gesehen werden. Das Schreiben enthält lediglich die Bekanntgabe der von der Volksbank G. erfragten Höhe der auf dem Grundstück lastenden Verbindlichkeiten. Zwar hat die Klägerin in dem Schreiben darüber hinaus auch bereits nähere Angaben zu der Durchführung der Ablösung gemacht, nämlich das Konto, auf das der Ablösebetrag gezahlt werden sollte, genannt und den Zeitraum, innerhalb dessen die Zahlung erwartet wurde, mitgeteilt. Dennoch hat die Klägerin mit Übersendung dieses Schreibens noch nicht bindend ihre Zustimmung zur Ablösung der Grundschulden gegen Zahlung der genannten Summe erklären wollen. An einer entsprechenden rechtsgeschäftlichen Bindung bereits zu diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin kein erkennbares Interesse. Dies gilt umso mehr, als die abzulösenden Grundschulden nach dem eigenen Vortrag des Beklagten (Bd. II Bl. 55 d. A.) auch der Absicherung der Verbindlichkeiten der S.-GmbH dienten. Das Schreiben besaß daher nur Informationscharakter, der Volksbank G. sollten mit ihm die Bedingungen mitgeteilt werden, unter denen die Klägerin zum Abschluss der angestrebten Ablösevereinbarung bereit war.

c) Das Schreiben der Klägerin vom 07.04.1997 ist von der Volksbank G. ersichtlich auch noch nicht als bindendes Angebot aufgefasst worden. Dies geht aus dem folgenden Schreiben der Volksbank vom 16.04.1997 (Bd. V Bl. 38 d. A.) hervor, in dem sie der Klägerin einen Treuhandauftrag hinsichtlich der Verwendung der gleichzeitig überwiesenen 820.000,00 DM erteilte. Aus dem Eingangssatz des Schreibens ergibt sich, dass die Volksbank G. erst nach Zugang des Schreibens der Klägerin vom 07.04.1997 von ihrem Kunden, dem Beklagten, mit der Ablösung der Verbindlichkeiten beauftragt worden war, was bedeutet, dass der vorangegangene Schriftwechsel auch nach Vorstellung der Volksbank lediglich informativen Charakter hatte. Zudem enthielt das Schreiben vom 16.04.1997 auch die Aufforderung zur Rücküberweisung des Ablösebetrages, sofern der Klägerin eine Erfüllung des Treuhandauftrages - also der Übertragung der Grundschulden - bis zum 30.05.1997 nicht möglich sein sollte. Diese Regelung gestattet den Rückschluss, dass die Volksbank G. selbst nicht davon ausgegangen ist, dass allein mit dem Zugang ihres Schreibens eine bindende Vereinbarung zustandekommen würde. Auch der Inhalt des Treuhandauftrages spricht gegen eine Bindung der Klägerin mit Zugang des Schreibens vom 16.04.1997.

d) Die Klägerin ihrerseits hat den Treuhandauftrag der Volksbank G. - und damit die Ablösevereinbarung - nicht angenommen, sondern in ihrem Schreiben vom 24.04.1997 (Bd. V Bl. 40 d. A.) die Rücküberweisung des Ablösebetrages angekündigt.

2. Dem Beklagten steht auch kein Anspruch auf Rückzahlung in Höhe von 180.000,00 DM aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB) zu. Dem Vortrag des Beklagten lässt sich im Ergebnis nicht entnehmen, dass die von dem Beklagten zur Ablösung der Grundschulden letztlich geleistete Zahlung in Höhe eines Teilbetrages von 180.000,00 DM rechtsgrundlos erfolgt ist.

a) Eine Leistung ohne Rechtsgrund wäre dann gegeben, wenn der Beklagte frühere Zahlungen - auch - auf die Grundschulden erbracht hätte, so dass sie sich bereits teilweise in Eigentümergrundschulden umgewandelt hätten. Davon kann indessen nicht ausgegangen werden. Soweit vom Beklagten bereits vor der Ablösung der Grundpfandrechte Zahlungen erbracht worden sind, erfolgten diese ausschließlich auf die gesicherte Forderung und nicht auf die Grundschulden. Nach dem Vortrag des Beklagten erscheint es naheliegend, dass die Grundschulden über insgesamt 1.000.000,00 DM zunächst einen zur Kaufpreis- und Modernisierungsfinanzierung aufgenommenen Kredit des Beklagten in gleicher Höhe besichert haben, der bis auf 820.000,00 DM zurückgeführt wurde. Diese Annahme wird etwa durch die Angabe des Beklagten in seiner Berufungsbegründung (Bd. VI Bl. 61 d. A.) bestätigt, dass hier - bezogen auf die Modernisierung und Kaufpreisfinanzierung - lediglich noch Verbindlichkeiten in Höhe von 820.000,00 DM valutierte. Die Zahlungen, die zur Rückführung dieses Kredites erbracht worden sind, sind aber nicht notwendigerweise auch auf die Grundschulden geleistet worden. Ist der Grundstückseigentümer zugleich persönlicher Schuldner der gesicherten Forderung, so ist jedenfalls bei laufenden Teilzahlungen im Zweifel davon auszugehen, dass diese nicht auf die Grundschuld, sondern auf die persönliche Forderung geleistet werden, es sei denn, die Vertragspartner hätten etwas anderes vereinbart (BGH NJW-RR 1993, 386, 389; Bassenge in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., Rdnr. 48 zu § 1191 BGB). Zudem ist in Nr. 7 der Grundschuldbestellungsurkunde vom 22.02.1993 festgehalten, dass Zahlungen an die Gläubigerin nicht unmittelbar zur Tilgung der Grundschuld, sondern - nur - zur Begleichung der durch die Grundschuld gesicherten persönlichen Forderung der Gläubigerin erfolgen (Bd. V Bl. 47 d. A. und 54 d. A.).

b) Waren auf die Grundschulden selbst aber noch keine Zahlungen geleistet worden, so erfolgte die spätere Zahlung der 1.000.000,- DM durch den Beklagten zur Ablösung der Grundschulden auch dann nicht ohne Rechtsgrund, wenn die mit den Grundschulden besicherte persönliche Verpflichtung des Beklagten nur noch in Höhe von 820.000,00 DM valutierte. Die Grundschulden dienten nämlich, wie auch der Beklagte einräumt, zusätzlich der Besicherung der der S.-GmbH gewährten Kredite, die den Betrag von 1 Mio. DM überstiegen. So wird die Grundschuld auch in den Darlehensverträgen vom 24.01.1995 (Bd. I Bl. 19 d. A. und 23 d. A.), vom 13.03.1995 (Bd. I Bl. 21 d. A.), und vom 13.05.1995 (Bd. 1 Bl. 24 d. A.) als Sicherungsmittel aufgeführt.

c) Dafür, dass ein rechtlicher Grund für die Zahlung von mehr als 820.000,00 DM nicht mehr bestand, trägt der Beklagte die Darlegungs- und Beweislast. Wer die Herausgabe wegen Erfüllung einer Nichtschuld verlangt, hat zu beweisen, dass er zur Erfüllung einer bestimmten Verbindlichkeit geleistet und dass die Verbindlichkeit nicht bestanden hat (vgl. BGH NJWRR 1992, 1214; Sprau in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., Rdnr. 104 zu § 812 BGB). Dem Beklagten hätte es daher obliegen zweifelsfrei darzulegen, dass die Grundschulden durch auf sie geleistete Zahlungen nur noch in Höhe von 820.000,00 DM bestanden (vgl. unter a)) oder dass die durch die Grundschulden gesicherten schuldrechtlichen Forderungen im Zeitpunkt der Ablösezahlung weniger als 1.000.000,00 DM betragen haben (vgl. unter b)). Weder das eine noch das andere lässt sich aber dem Vortrag des Beklagten entnehmen.

3. Dem Beklagten steht gegen die Klägerin jedoch ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 9.771,66 DM wegen der von ihm im Zusammenhang mit der gescheiterten Grundschuldablösung aufgewendeten Bereitstellungszinsen und Kreditgebühren aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss (c.i.c.) zu.

a) Zwar ist - entsprechend den Ausführungen unter 1. - mit dem Schriftwechsel zwischen der Volksbank G. e.G. und der Klägerin im April 1997 keine Vereinbarung über die Ablösung der auf dem Grundstück B. Weg 42 in B. lastenden Grundschulden abgeschlossen worden. Indessen hat die Klägerin durch ihr Schreiben vom 07.04.1997 das begründete Vertrauen des Beklagten auf das Zustandekommen einer Vereinbarung über eine Ablösung der Grundschulden gegen Zahlung eines Betrages von 820.000,- DM geweckt. Im Vertrauen auf die von der Klägerin signalisierte Bereitschaft hat der Beklagte Aufwendungen in der von ihm nun geltendgemachten Höhe getätigt. Zwar sind die Parteien bis zum endgültigen Vertragsschluss in ihren Entschlüssen grundsätzlich frei, und zwar auch dann, wenn der andere Teil in Erwartung des Vertragsabschlusses bereits Aufwendungen gemacht hat (BGH NJW RR 2001, 381; Heinrichs in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl. Rdnr. 72 zu § 276 BGB). Eine Ersatzpflicht unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss besteht gleichwohl dann, wenn eine Partei die Verhandlungen ohne triftigen Grund abbricht, nachdem sie in zurechenbarer Weise Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages erweckt hat (Heinrichs, a.a.O., m.w.N.). Die Ersatzpflicht beschränkt sich in diesem Fall auf die im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages getätigten Aufwendungen (OLG Dresden, ZIP 2001, 604; Heinrichs, a.a.O.).

b) Danach hat die Klägerin hier für die dem Beklagten entstandenen Bereitstellungszinsen und Kreditgebühren einzustehen. Einen vernünftigen Grund für ihre geänderte Haltung zur Ablösung der Grundschulden (s. Schreiben vom 24.04.1997) hat die Sparkasse nicht dargetan. Auf den zwischenzeitlich gestellten Antrag auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der S.-GmbH kann sie sich schon deshalb nicht berufen, weil sie - durch die Nichteinlösung



des von der IKK M. eingereichten Schecks - selbst eine maßgebliche Ursache für den Insolvenzantrag gesetzt hat.

c) Der Beklagte kann von der Klägerin Zahlung, und nicht lediglich - entsprechend dem gestellten Hilfsantrag - Freistellung von den gegenüber der Volksbank G. bestehenden Verbindlichkeiten verlangen. Er hat unwidersprochen vorgetragen, dass die Volksbank G. sein dort geführtes Girokonto mit einem Betrag in Höhe von 9.771,66 DM belastet hat.

### **C.**

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 344, 269 Abs. 3 ZPO. Zu berücksichtigen war, dass die Klägerin mit ihrer Klage nur aufgrund des subsidiär geltend gemachten Bürgschaftsanspruchs wegen der Verbindlichkeiten der N. GmbH erfolgreich war. Hingegen hat der Beklagte, soweit es um die in erster Linie geltend gemachte Bürgschaft für die S.-GmbH geht, obsiegt (s. § 19 Abs. 1 S. 2 GKG). Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

### **D.**

Der Senat hat die Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO n. F. zugelassen, da der Rechtsstreit höchstrichterlich bisher nicht entschiedene Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft. Dies betrifft insbesondere die Gewährung von Sanierungskrediten, deren Verwendung und deren spätere Beschränkung durch das finanzierende Kreditinstitut.

gez. Dr. Engel

gez. Grimm

gez. Hachtmann