

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 105/83

URTEIL

Verkündet am

21. Mai 1984

Kaufmann

Justizhauptsekretärin

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Stadtparkasse K., Ha. ring -, K., ver-
treten durch ihren Vorstand, die Herren Fritz He.,
Eduard Kr., Wilhelm L., Dr. Gerhard H., Jörg
Dieter und Klaus Ko.,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

g e g e n

Herrn Achim B., U. str. , Köln ,

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr.
und -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Mai 1984 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. h.c. Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Dr. Kellermann, Bundschuh und Brandes

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 7. Februar 1983 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 19. Mai 1980 verbürgte sich die Beklagte zugunsten der klagenden Sparkasse selbstschuldnerisch in Höhe von 50.000 DM für alle Verbindlichkeiten der Firma R. Hausbau GmbH. Aus dieser Bürgschaft nimmt die Klägerin den Beklagten in Anspruch.

Die Firma Tr. GmbH, deren Geschäftsführer der Beklagte ist, betreut treuhänderisch die Bauherren der Bauvorhaben K., Hel.straße, und Hen. Sie eröffnete bei der Klägerin für jeden Bauherrn (Treugeber) ein Baukonto, von denen sie die Baugelder auf Girokonten überwies, die die Klägerin unter den Nummern . und . mit den

- 3 -

Bezeichnungen "Hen[REDACTED]" und "Hel[REDACTED]straße" für die R[REDACTED] Hausbau eingerichtet hatte. Über die Guthaben dieser Konten sollten die beiden Geschäftsführer der R[REDACTED] Hausbau, B[REDACTED] und La[REDACTED], nur gemeinschaftlich mit dem Beklagten verfügen dürfen. Die Beteiligung des Beklagten sollte gewährleisten, daß die R[REDACTED] Hausbau als Generalunternehmerin die zweckgebundenen Baugelder nur für die beiden Bauvorhaben ausgab. Ohne Mitwirkung des Beklagten überwies die Klägerin vom Baukonto Hen[REDACTED] in der Zeit vom 20. April 1979 bis 7. Juli 1980 797.685,14 DM auf ein bei ihr unterhaltenes allgemeines Girokonto der R[REDACTED] Hausbau, über das deren Geschäftsführer gemeinschaftlich ohne den Beklagten verfügten, sowie 507.890,30 DM an Dritte; ferner überwies sie in der Zeit vom 20. Januar 1979 bis 8. Juli 1980 vom Baukonto Hel[REDACTED]straße 468.200 DM auf ein allgemeines Girokonto der R[REDACTED] Hausbau sowie 538.154,21 DM an Dritte.

Ein Konkursverfahren über das Vermögen der R[REDACTED] Hausbau wurde mangels Masse nicht eröffnet. Die R[REDACTED] Hausbau wird von der Tr[REDACTED] liquidiert. Die Klägerin hat die Geschäftsverbindung beendet und die Konten verrechnet. Der von ihr errechnete Schuldsaldo beträgt 307.698,18 DM. Sie nimmt deshalb den Beklagten aus der Bürgschaft in Anspruch. Der Beklagte ist der Ansicht, die Klägerin müsse die ohne seine Mitwirkung entnommenen Beträge den Baukonten wieder gutbringen, so daß die R[REDACTED] Hausbau ihr im Saldo nichts schulde und er infolgedessen nicht hafte; hilfsweise hat er mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag weiter.



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I. Das Berufungsgericht hat eine Verpflichtung des Beklagten aus dem Bürgschaftsvertrage vom 19. Mai 1980 verneint, weil die R. Hausbau der Klägerin nichts schulde, wofür der Beklagte einzustehen habe. Die Klägerin habe die Baukonten zu Unrecht belastet, soweit der Beklagte an den Überweisungen nicht mitgewirkt habe; sie müsse die Belastungen deshalb rückgängig machen. Diese seien insgesamt höher als 307.698,18 DM, die die Klägerin von der R. Hausbau noch fordere, so daß deren Schuld und damit die Bürgenhaftung des Beklagten entfalle. Sollte die R. Hausbau der Klägerin in Höhe der den Baukonten gutzubringenden Beträge wegen ungerechtfertigter Bereicherung verpflichtet sein, hätte der Beklagte dafür als Bürge nicht einzustehen. Hiergegen wendet sich die Revision mit Recht.

Die Klägerin und die R. Hausbau haben - entweder allein zugunsten des Beklagten oder unter dessen Mitwirkung - vereinbart, daß die Geschäftsführer der R. Hausbau nur gemeinschaftlich mit dem Beklagten über die Guthaben auf den Baukonten verfügen durften. Dabei war man sich einig, daß der Beklagte nicht Mitinhaber der Konten und der Guthabenforderungen wurde und daß die Baukonten keine Treuhandkonten waren. Das Mitzeichnungsrecht des Beklagten sollte im Interesse der Treugeber der Tr. sicherstellen, daß die R. Hausbau die Gelder auf den Baukonten bestimmungsgemäß verwandte. Man kann daher zugunsten des Beklagten unterstellen, daß er aus dem Sperrvertrag einen Anspruch gegen die Klägerin erlangte, daß diese die Baukonten nur mit Aufwendungen belastete, die ihr aus Überweisungsaufträgen entstanden, an denen er mitgewirkt hatte, und ohne seine Mitwirkung vollzogene Belastungsbuchungen in Höhe von rund 2,3 Mio. DM be-

seitigte. Das hilft aber dem Beklagten nicht weiter. Denn soweit die Klägerin Überweisungsaufträge auf alleinige - und wie in der Revisionsinstanz zu unterstellen ist, übereinstimmende - Weisung der Geschäftsführer der R. Hausbau GmbH ausgeführt hat, hat sie gegen diese Gesellschaft Aufwendungsersatzansprüche erworben, die sie zwar nicht in die Baukonten, aber in die Schlußrechnung einsetzen durfte, so daß die Verpflichtung der R. Hausbau im Endergebnis gleich hoch blieb. Die Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten, die sich ausweislich der Bürgschaftsurkunde vom 19. Mai 1980 auf alle Verbindlichkeiten erstreckte, die der R. Hausbau "im Rahmen oder aus Anlaß dieser Geschäftsverbindung entstanden sind", wurde daher von den Vorgängen auf Baukonten nicht berührt. Das würde selbst dann gelten, wenn einzelne Überweisungsaufträge der R. Hausbau nicht zu Aufwendungsersatz-, sondern nur zu Bereicherungsansprüchen geführt hätten. Auch war die Klägerin aufgrund des Bürgschaftsvertrages, schon angesichts der summenmäßig beschränkten Haftung des Beklagten, nicht verpflichtet, den Kreditrahmen im Interesse des Beklagten möglichst klein zu halten (vgl. BGH, Urt. v. 5.12.1962 - VIII ZR 251/61, WM 1963, 24, 26).

II. Nicht wegen der Fehlbelastung der Baukonten, sondern allenfalls durch die hilfsweise erklärte Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen könnte der Beklagte von seiner Bürgschaftsverpflichtung frei geworden sein. Die Aufrechnung ist aber nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Nach Nr. 12 des Bürgschaftsvertrages haben die Parteien vereinbart, daß die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin gelten, die unter Nr. 1 Abs. 7 vorsehen, daß der Kunde nur mit Forderungen aufrechnen kann, die unbestritten oder rechtskräftig festgestellt sind. Diese Klausel entspricht den Anforderungen, die § 11 Nr. 3 AGB-Gesetz an ein Aufrechnungsverbot in Allgemeinen Geschäftsbedingun-

gen stellt. Selbst wenn man die Berufung auf ein Aufrechnungsverbot auch in den Fällen als unzulässige Rechtsausübung ansieht, in denen die Gegenforderung entscheidungsreif ist (vgl. BGH, Urt.v. 24.11.1980 - VIII ZR 317/79, LM KO § 59 Nr. 12), fehlen alle Voraussetzungen einer zulässigen Aufrechnung.

Der Beklagte hat seine Forderung auf Schadensersatz damit begründet, daß die Tr[REDACTED] sich wegen der rechtswidrigen Verfügung über die Guthaben auf den Baukonten nunmehr Schadensersatzansprüchen von Handwerkern ausgesetzt sehe; die hieraus entstandenen Ersatzansprüche gegen die Klägerin habe die Treukontor ihm abgetreten. Abgesehen davon, daß bei dieser Sachlage die Tr[REDACTED] dem Beklagten allenfalls einen Anspruch auf Schuldbefreiung abgetreten hätte, mit dem der Beklagte mangels Gleichartigkeit gegenüber der Bürgschaftsforderung nicht aufrechnen könnte, ist weder für die Höhe der Ersatzverpflichtung noch für die Frage etwas vorgetragen, woraus die Tr[REDACTED] ihren Ersatzanspruch gegen die Klägerin, mit der sie vertraglich nichts verbindet, herleitet. Die Ersatzforderung ist aus diesem Grunde nicht entscheidungsreif.

Mit einem weiteren Anspruch hat der Beklagte hilfsweise für den Fall aufgerechnet, daß die R[REDACTED] Hausbau und die Klägerin die Sperrabrede einverständlich aufgehoben hätten, ohne daß die Klägerin ihm davon in Kenntnis setzte. Hier fehlt die genannte Voraussetzung des Anspruchs: Die Sperrabrede konnte, ohne daß der Beklagte zustimmte, nicht aufgehoben werden.

III. Dennoch ist der Klage nicht stattzugeben. Der Beklagte hat seine Bürgschaftserklärung mit der Begründung angefochten, die Klägerin habe ihm, obwohl er danach gefragt habe, arglistig verschwiegen, daß von der R[REDACTED] Hausbau akzeptierte Wechsel nicht

eingelöst worden seien. Hierzu hat das Berufungsgericht bisher keine Feststellungen getroffen. Dasselbe gilt für die Behauptung des Beklagten, auch im Verhältnis der Klägerin zur Re-
Hausbau lägen den Belastungen auf den Baukonten und den all-
gemeinen Girokonten in bestimmten - im einzelnen genannten -
Fällen keine wirksamen Überweisungsaufträge zugrunde, so daß
er auch aus diesem Grunde mangels Hauptschuld aus der Bürgschaft
nicht hafte; teilweise soll die Aufträge nur ein Geschäftsführer
ohne Billigung des anderen erteilt, teilweise die Klägerin die
Konten ohne jeden Auftrag belastet haben. Damit die hierzu er-
forderlichen Feststellungen getroffen werden können, wird die
Sache zurückverwiesen.

Stempel

Richter am Bundesgerichts-
hof Dr. Schulze kann ur-
laubshalber nicht unter-
schreiben.

Dr. Kellermann

Stempel

Bundschuh

Brandes