

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 113/85

URTEIL

Verkündet am
18. November 1985
Schnurr,
Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

S [REDACTED] T [REDACTED] AG B [REDACTED],
vertreten durch H. [REDACTED] und Dr. B. U [REDACTED],
St. J [REDACTED] Straße 25, B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

gegen

Dr. Wolfgang K [REDACTED], Rechtsanwalt, G [REDACTED]straße 7,
M [REDACTED] als Verwalter im Konkurs über das Vermögen
der H [REDACTED] GmbH i.L. in M [REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes
hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. November 1985
durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes
Dr. h.c. Stimpel und die Richter Dr. Schulze,
Dr. Bauer, Dr. Kellermann und Bundschuh

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird - unter Zurück-
weisung des weitergehenden Rechtsmittels - das
Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
München vom 27. März 1985 im Kostenpunkt und
insoweit aufgehoben, als die Klage auf Fest-
stellung einer Forderung der Klägerin gegen
die H [REDACTED] GmbH i.L. zur Konkurs-
tabelle in Höhe von 3.400.000 DM abgewiesen
worden ist.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil
der 23. Zivilkammer des Landgerichts München I
vom 12. August 1977 teilweise geändert und neu
gefaßt:

Die Forderung der Klägerin gegen die H [REDACTED]
[REDACTED] GmbH i.L. wird in Höhe von 3.400.000 DM
zur Konkurstabelle des Amtsgerichts München
- 32 N 930/75, lfde. Nr. SC 162 - festgestellt.
Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin und die
Berufung des Beklagten werden zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt 3/10, der Beklagte 7/10 der
Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

14

Tatbestand und Entscheidungsgründe:

I. Der Rechtsstreit befindet sich zum zweiten Male in der Revisionsinstanz. Wegen des Sachverhalts wird auf das erste Revisionsurteil des Senats vom 25. Oktober 1982 - II ZR 248/81 (WM 1983, 726) verwiesen.

Das Berufungsgericht hat die Klage wiederum in vollem Umfange abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin die Klage weiter, soweit sie auf die Feststellung einer Forderung zur Konkurstabelle in Höhe von 4.945.000 DM gerichtet ist.

II. Die Revision hat Erfolg, soweit es um die Feststellung einer Forderung zur Konkurstabelle in Höhe von 3.400.000 DM geht. Im übrigen ist sie unbegründet.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt davon ab, ob der Geschäftsführer K [REDACTED] der H [REDACTED] GmbH i.L. (HFB) den Mißbrauch der Vertretungsmacht durch R [REDACTED] und B [REDACTED] gekannt hat oder dieser sich ihm unter den besonderen Umständen des Falles aufdrängen mußte. Das Berufungsgericht verneint beides.

1. Soweit das Berufungsgericht es nicht für erwiesen hält, daß K [REDACTED] Kenntnis von der mißbräuchlichen Ausnutzung der Vertretungsmacht durch R [REDACTED] und B [REDACTED] hatte, hält sein Urteil den Angriffen der Revision stand.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, schon der Zeuge Burger, der glaubwürdig sei, habe bekundet,



K[REDACTED] habe nicht gewußt, daß die abgehobenen Gelder bei der Bank R[REDACTED] nicht gebucht worden seien; auch ihre Verwendung habe er nicht gekannt. Kammerlohr habe ausgesagt, ihm sei zu keiner Zeit bekannt gewesen, daß R[REDACTED] und B[REDACTED] sich persönlich bereichert hätten. Auch dieser Zeuge sei glaubwürdig. Er habe den Eindruck erweckt, daß er zu den lange zurückliegenden, auch seiner neuen Existenz in Kanada fernen Vorgängen bei der HFB einen solchen Abstand habe, daß sein Bemühen um eine wahrheitsgemäße Aussage glaubhaft sei. Das Verhalten K[REDACTED]s bei den telefonischen Anfragen der Zeugen T[REDACTED] (vgl. S. 9 des ersten Revisionsurteils) und von R[REDACTED] nach dem Stand des Guthabens der Bank R[REDACTED] bei der HFB ändere an dieser Bewertung nichts. Selbst wenn K[REDACTED] dabei R[REDACTED] und B[REDACTED] habe schützen wollen, zwingt dies nicht zu dem Schluß, er habe schon früher von der zweckwidrigen Verwendung der Gelder Kenntnis gehabt. Es könne nicht ausgeschlossen werden, daß dies ihm erst durch die Vorgänge ab 11. Juni 1975 bewußt geworden sei.

Die Revision rügt in diesem Zusammenhang die Verletzung von § 286 ZPO, weil das Berufungsgericht nicht berücksichtigt habe, daß die Zeugen T[REDACTED] und von Ra[REDACTED] bekundet hätten, K[REDACTED] habe bei ihren Anfragen bestätigt, daß die Bank R[REDACTED] ein Guthaben von circa 5 Mio DM bei der HFB habe, über das sie frei verfügen könne, während K[REDACTED] letzteres bei seiner Zeugenvernehmung geleugnet habe. Das Berufungsgericht hätte nach Meinung der Revision feststellen müssen, ob K[REDACTED] oder die Zeugen

T[REDACTED] und von Ra[REDACTED] in diesem Punkte die Unwahrheit sagten. Wenn K[REDACTED] die Unwahrheit gesagt habe, wäre dies auch für die Glaubwürdigkeit seiner übrigen Aussagen von Bedeutung. Diese Rüge ist unbegründet.

Dem Zusammenhang der Erwägungen des Berufungsgerichts läßt sich entnehmen, daß es die Aussage K[REDACTED]s jedenfalls insoweit für glaubwürdig hält, daß er vor dem 6. Juni 1975 nicht wußte, daß R[REDACTED] und B[REDACTED] ihre Vertretungsmacht zum Nachteil der Bank R[REDACTED] mißbrauchten. Da die Frage, ob K[REDACTED] gegenüber T[REDACTED] und von Ra[REDACTED] die freie Verfügbarkeit des Guthabens der Bank R[REDACTED] bestätigt hat oder nicht, bei der Beweisaufnahme eine zentrale Rolle spielte, kann nicht angenommen werden, das Berufungsgericht habe die divergierenden Aussagen und die mögliche Auswirkung auf die Glaubwürdigkeit der übrigen Bekundungen K[REDACTED]s übersehen. Daraus und aus dem Umstand, daß das Berufungsgericht davon überzeugt ist, daß sich K[REDACTED] um eine wahrheitsgemäße Aussage bemühte, folgt, daß das Berufungsgericht davon ausgeht, daß K[REDACTED] in diesem Punkte subjektiv nicht die Unwahrheit gesagt hat, auch wenn seine Aussage objektiv falsch wäre. Diese Würdigung liegt im Bereich des tatrichterlichen Ermessens und ist für das Revisionsverfahren bindend.

Die in diesem Zusammenhang erhobene weitere Rüge der Verletzung von § 565 Abs. 2 ZPO hält der Senat nicht für durchgreifend (§ 565 a ZPO).

2. Kann demnach die Klage nicht darauf gestützt werden, Kammerlohr habe den Mißbrauch der Vertretungsmacht durch R [REDACTED] und B [REDACTED] zum Nachteil der Bank R [REDACTED] bei der Auszahlung der beiden Geldbeträge gekannt, kommt es darauf an, ob sich ihm das aufdrängen mußte.

a) Dies ist bei der ersten Barabhebung von 1.500.000 DM nicht der Fall.

Das Berufungsgericht stellt dazu fest, daß nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme, vor allem den Ausführungen des Sachverständigen bei diesem Zahlungsvorgang noch nichts zu der Annahme eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht durch R [REDACTED] und B [REDACTED] drängte. Der Umstand, daß der Geldbetrag R [REDACTED] bar ausgezahlt worden sei, reiche dazu nicht aus. Diese Ausführungen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Nach den Feststellungen in dem Ergänzungsgutachten der D [REDACTED] T [REDACTED] mußte der Geschäftsführung der HFB, also K [REDACTED], bei der Kreditgewährung über 1.500.000 DM zunächst nur die Barauszahlung des Kreditbetrages als ungewöhnlich erscheinen. Da aber - wie die Sachverständigen in ihrem ersten Gutachten ausführen - Barabhebungen auch im Verkehr zwischen Banken nicht ganz unüblich, wenn auch in der vorliegenden Größenordnung die Ausnahme sind, war dies noch kein Umstand, der den Verdacht eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht nahelegen mußte. Die Bank R [REDACTED] war daher verpflichtet, den Darlehensbetrag nebst Zinsen zurückzuzahlen. Sie wurde somit zu Recht bei der Schlußabrechnung mit dem Betrag von 1.500.000 DM belastet.

b) Anders ist dies bei dem Darlehen über 3.400.000 DM.

Nach dem vom Berufungsgericht im ersten Berufungs-
urteil unter Bezugnahme auf die Aussage des Zeugen
B[REDACTED] festgestellten Sachverhalt hat dieser, nachdem
er einen Kontoauszug über die Barauszahlung des
Betrages von 1.500.000 DM bekommen hatte, den Auszug
vernichtet und von K[REDACTED] einen neuen verlangt.
Dieser sollte den bar abgehobenen Betrag nicht aus-
weisen; die Barauszahlung sollte vielmehr auf einem
anderen Konto der HFB verbucht werden. B[REDACTED] wollte
damit verhindern, daß der Betrag von 1.500.000 DM als
Soll-Posten in das laufende Konto der Bank R[REDACTED]
bei der HFB eingestellt wird, weil dieser Betrag
bei der Bank R[REDACTED] nicht verbucht war. Die darauf-
hin neu erstellten, für die Bank R[REDACTED] bestimmten
Kontoauszüge vom 25. und 30. April 1975 enthielten
deshalb die Barauszahlung nicht mehr; sie ist viel-
mehr in einem Kontoauszug des Unterkontos 149/11
vom 20. Juni 1975 als Termingeld per 20. März 1975
ins Soll gestellt worden. Andererseits sind Geld-
einzüge in Höhe von 800.000 und 713.000 DM, die
nach der Feststellung des Berufungsgerichts Rück-
zahlungen der Bank R[REDACTED] auf den Betrag von
1.500.000 DM darstellen, in dem Kontoauszug vom
30. April 1975 als Haben-Posten gebucht mit dem
Ergebnis, daß die Abrechnung mit einem Guthaben-Saldo
der Bank R[REDACTED] von 2.280.883,30 DM abschließt. Bei
der Auszahlung des Betrages von 3.400.000 DM hat
B[REDACTED] ebenfalls den Wunsch geäußert, diesen Posten
genauso zu verbuchen wie die erste Barauszahlung.

Die Befolgung des Wunsches von B [REDACTED], die beiden Barauszahlungen auf einem anderen Konto zu buchen als die Einzahlungen der Bank R [REDACTED] bei der HFB und sie nicht mit diesen zu saldieren, hat es B [REDACTED] ermöglicht, die beiden Beträge in den Büchern der Bank R [REDACTED] nicht verbuchen zu müssen und damit die zweckwidrige Verwendung zu verschleiern. Im Sachverständigengutachten, dem sich das Berufungsgericht insoweit anschließt, wird ausgeführt, K [REDACTED] habe erkennen müssen, daß die von R [REDACTED] bar abgehobenen 1.500.000 DM im Rechenwerk der Bank R [REDACTED] nicht erfaßt seien. Ein solcher Kontoauszug, wie B [REDACTED] ihn gewünscht habe, sei nur sinnvoll, wenn auch das Gegenkonto bei der Bank R [REDACTED] denselben Saldo aufgewiesen habe. Dies aber habe bedeutet, daß dort die Belastung des Betrages von 1.500.000 DM nicht gebucht gewesen sei. Wenn das Berufungsgericht trotzdem meint, daraus ergebe sich noch nicht der dringende Schluß auf eine Eigenverwendung der Gelder durch R [REDACTED] und B [REDACTED] unter Mißbrauch ihrer Vertretungsmacht, verkennt es, daß hier grob gegen die Grundsätze eines geordneten Abrechnungsverkehrs zwischen Banken verstoßen worden ist.

Allein der Umstand, daß der Bevollmächtigte einer Bank sich durch die von ihm veranlaßte unrichtige Verbuchung der Zahlungsvorgänge die Möglichkeit verschafft, in den Besitz solch hoher Summen von Bargeld zu gelangen, ohne daß dies in den Büchern der von ihm vertretenen Bank verbucht zu werden braucht, ist ein so starkes Verdachtsmoment in die Richtung einer Zweckentfremdung der abgehobenen Geldbeträge, daß sich dieser Verdacht einem Bankkaufmann hätte geradezu aufdrängen müssen.

Ein Bankkaufmann, der unter diesen Umständen dennoch einen Betrag in Höhe von 3.400.000 DM bar auszahlt, verschließt die Augen vor dem sich aufdrängenden Verdacht, daß hier der Vertreter seine Vollmacht mißbraucht. Der Hinweis des Berufungsgerichts, es bestehe theoretisch die Möglichkeit, daß die Gelder zum Ausgleich nicht verbuchter Verluste aus Gold-, Waren- und Devisentermingeschäften benötigt worden seien, ändert daran nichts, weil es dafür keinerlei konkrete Anhaltspunkte gab. Wenn das Berufungsgericht außerdem meint, die Tatsache, daß an der auf die Auszahlung des ersten Betrages folgenden Korrespondenz zwischen der HFB und der Bank R [REDACTED] wegen der Rückzahlung auch der an der Veruntreuung nicht beteiligte Vizedirektor S [REDACTED] der Bank R [REDACTED] beteiligt gewesen sei, spreche gegen den Verdacht der Veruntreuung durch B [REDACTED] und R [REDACTED], so kann ihm auch darin nicht gefolgt werden. Aus den hier in Betracht kommenden beiden Fernschreiben (vgl. das undatierte Fernschreiben Nr. 172 und das Fernschreiben vom 21. April 1975), ergibt sich nicht, daß es sich um die Rückzahlung eines bar ausgezahlten Betrages handelt. Dort ist vielmehr von einer "termingebundenen Fälligkeit" die Rede. Wenn K [REDACTED] aufgrund der Manipulationen bei der Verbuchung wissen mußte, daß die Barabhebung in den Büchern der Bank R [REDACTED] nicht verbucht worden ist, dann mußte er auch wissen, daß die Zahlungen, die sich aus der Sicht der HFB als Rückzahlungen des Darlehens darstellten, in den Büchern der Bank R [REDACTED] anders bezeichnet sein mußten, so daß nicht eingeweihte Angestellte dieser Bank die wahren Zusammenhänge nicht erkennen konnten.

Nach allem kann das angefochtene Urteil nicht aufrechterhalten werden, soweit die Klage auf Feststellung einer Forderung der Klägerin zur Konkurs-tabelle in Höhe von 3.400.000 DM abgewiesen worden ist. Da der Rechtsstreit auch insoweit zur Entscheidung reif ist, konnte der Senat in diesem Punkte der Klage stattgeben. Im übrigen war die Klagabweisung aufrechtzuerhalten.

Stempel

Dr. Schulze

Dr. Bauer

Dr. Kellermann

Bundschuh