

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 222/66

URTEIL

Verkündet am

27. Januar 1969

Heil,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der O [REDACTED] R [REDACTED] B [REDACTED] cGmbH, gesetzlich vertreten durch ihren
Vorstand: Christian Günter S [REDACTED], Adam G [REDACTED] und
Ernst O [REDACTED], O [REDACTED] R [REDACTED] ([REDACTED]),

:

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die B [REDACTED] G [REDACTED] N [REDACTED] -W [REDACTED] AG,
in I [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihren Vorstand:
Walter H [REDACTED], Alfred D [REDACTED], Hans D [REDACTED], Dr. F [REDACTED],
Dr. Hans-Ludwig H [REDACTED], Gerhard N [REDACTED], Richard W [REDACTED],
Rolf W [REDACTED], Diplom-Kaufmann Max W [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Januar 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Kuhn und der Bundesrichter Dr. Nörr, Liesecke, Dr. Schulze und Dr. Schubath für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Teilurteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 22. Dezember 1965 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Beklagte nur zur Zahlung von 20.974,78 DM nebst 9 3/4 % Zinsen seit dem 29. Januar 1955 verurteilt wird.

Von den Kosten der Revisionsinstanz hat die Beklagte 7/8 und die Klägerin 1/8 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stand mit der "H[REDACTED]gesellschaft für H[REDACTED], F[REDACTED] und L[REDACTED] GmbH" in K[REDACTED] (im folgenden: HGL) und deren Tochterfirma, dem "R[REDACTED] H[REDACTED] C[REDACTED]" in M[REDACTED] (im folgenden: RHC) in laufender Geschäftsverbindung. Gesellschafter beider Gesellschaften waren die Kaufleute B[REDACTED] und K[REDACTED]. Die HGL hatte in M[REDACTED] eine Zweigniederlassung, bei der der Kaufmann R[REDACTED] als Prokurist tätig war.

Die HGL hatte infolge einer Krise auf dem Häute-
markt einen besonders großen Kreditbedarf. Als die bei
der Klägerin und anderen Banken aufgenommenen Kredite
erschöpft waren, gingen die Gesellschafter der HGL dazu
über, im Zusammenwirken mit sieben ihrer Gerbereikunden
sich weitere Kredite im Wege einer plangemäßen und stän-
dig wachsenden sog. "Scheckreiterei" zu beschaffen. Die
HGL ließ sich von den beteiligten Kunden Scheckpakete
geben und händigte ihnen entsprechende Gegenschecks aus.
Die Schecks und Gegenschecks wurden auf ungerade Summen
in gleicher Gesamthöhe ausgestellt und sollten Warenum-
sätze vortäuschen. Die von den Kunden ausgestellten
Schecks wurden von der HGL bei ihren Bankverbindungen
eingereicht und von diesen "Eingang vorbehalten" gut-
geschrieben. Die eingereichten Schecks wurden den be-
zogenen Banken übersandt, was 3 bis 5 Tage in Anspruch
nahm. Die beteiligten Kunden hatten inzwischen die Gegen-
schecks oder andere von den am Ringtausch beteiligten
Firmen erhaltene Schecks dort eingereicht und dadurch
Guthaben "Eingang vorbehalten" geschaffen, aus denen
die einzuziehenden Schecks abgedeckt wurden. Für die
Zeit zwischen Scheckgutschrift und Belastung verschaff-
ten sich die Beteiligten auf diese Weise einen verdeckten
Kredit, der durch die planmäßige, von der HGL bis auf
die Uhrzeit der Scheckeinreichungen gesteuerte Wiederho-
lung der Manipulationen beliebig ausgedehnt werden konnte.
Zur Ausweitung des Scheckringes bediente sich die HGL auch
ihrer Angestellten. So veranlaßte sie den Prokuristen ihrer
M. Zweigniederlassung R. auf seinen Namen bei der
Beklagten (damals noch "Ortssparkasse C. R.") ein
Konto eröffnen zu lassen. Der Geschäftsführer B.
der HGL erschien bei dem mit Rupp seit seiner Schulzeit



bekannten Vorstandsmitglied der Beklagten Sc [REDACTED]. Zunächst wurde die Eröffnung eines Kontos für die HGL erörtert. Sc [REDACTED] hatte Bedenken, weil sich bei grundsätzlicher Führung des Kontos auf Guthabenbasis auch durch sog. Valutaüberschreitungen eine Kreditgewährung ergeben könnte, die nur an Mitglieder zulässig war, die in oder bei O [REDACTED] R [REDACTED] ansässig sein mußten. Man einigte sich dahin, daß das Konto auf den Namen R [REDACTED] eröffnet werden sollte. R [REDACTED] stellte den Antrag auf Kontoeröffnung und gab die Unterschriftsproben. Es wurde vereinbart, daß die HGL die Kontoauszüge erhalten sollte. Die Scheckbücher erhielt R [REDACTED], die Einreichungsformulare für Schecks die HGL. Einige Scheckbücher gingen direkt an die HGL. R [REDACTED] unterschrieb die Schecks hefteweise (etwa wöchentlich ein Heft) blanco und übersandte sie an die HGL. Diese füllte sie mit ungeraden Beträgen, meist um 9.000 DM, aus und reichte sie bei ihren Bankverbindungen darunter der Klägerin, zum Einzug ein. Bei der Beklagten wurden diese Schecks durch Scheck der HGL oder der am Scheckring beteiligten Firmen, die diese zum Einzug auf das Konto R [REDACTED] eingereicht hatten, abgedeckt. Insbesondere wurden bei der Beklagten Schecks eingereicht, die auf die Volksbank in S [REDACTED] gezogen waren, wo ein anderer Angestellter der HGL ein Konto eröffnet hatte. Über das Konto R [REDACTED] bei der Beklagten liefen vom 29. Januar 1954 bis zum 30. August 1954 rund 5,4 Mill. DM Schecks. Der Gesamtumsatz der HGL mit den am Scheckring beteiligten Kunden betrug im Jahre 1954 (bis einschl. August) etwa 11 Mill. DM, wobei reine Warenumsätze noch nicht 400.000 DM ausmachten.

Die Firma HGL reichte zahlreiche von R [REDACTED] unterschriebene und von ihr ausgefüllte Schecks, die das RHC oder andere Firmen als Zahlungsempfänger bezeichneten und

auf den Überbringer gestellt waren, bei der Klägerin zum Einzug ein. Die Klägerin erbat wegen dieser fortlaufenden Einreichungen, die sie der HGL sofort gutbrachte, von der Beklagten eine Auskunft über die "Firma Heinrich R", die am 7. April 1954 "ohne unser Obligo" erteilt wurde und dahin lautete, daß mit dem Firmeninhaber R, als dessen Geschäftszweig "Häute, Felle und Kommissionsgeschäft" bezeichnet wurden, noch nicht lange zusammengearbeitet werde, daß die auf dem Konto getätigten Umsätze sehr wesentlich seien und daß die Kontoführung auf kreditorischer Basis erfolge. Eine Verbindlichkeit von 10.000 DM dürfte im Rahmen liegen.

Die Klägerin hat ferner bei Einreichung von Schecks durch die HGL auf das Konto R jeweils bei der Beklagten angerufen und gefragt, ob der Scheck in Ordnung gehe. Diese Anfragen wurden stets bejahend beantwortet und die Schecks eingelöst. Am 21., 23. und 26. August 1954 hatte die HGL bei der Klägerin je einen von R ausgestellten Scheck über folgende Beträge:

- 1) 9.161,23 DM
- 2) 7.985,62 DM
- 3) 9.286,62 DM

eingereicht. Die Anfrage, ob die Schecks in Ordnung gingen, wurde unter dem üblichen Vorbehalt bejaht und die Schecks "Eingang vorbehalten" gutgeschrieben. Die Beklagte hat die drei Schecks, die am Nachmittag des 26. August 1954 bei ihr vorkamen, nicht eingelöst und mit dem Vermerk: "Scheck vorgelegt und nicht bezahlt" an die Klägerin zurückgesandt. Eine telefonische Benachrichtigung der Klägerin erfolgte nicht. Die Klägerin ließ, bevor sie die Schecks

zurückerhalten hatte, Verfügungen über die gutgeschriebenen Scheckbeträge zu, die von der HGL nicht zurückerlangt werden konnten.

Der Scheckring war Ende August 1954 aufgedeckt worden. Am 17. September 1954 wurde über das Vermögen der HGL und des RHC das Konkursverfahren eröffnet. Die Konkursquote betrug 9,3 %. Die Klägerin fiel mit etwa 92.000 DM aus. Die Gesellschafter der HGL wurden wegen Betruges (Scheckreiterei) zu Gefängnisstrafen verurteilt. R. [REDACTED] und Sc. [REDACTED] wurden freigesprochen.

Die Klägerin hat ihren Schaden nach dem Betrage der drei Schecks (= 26.433,05 DM) berechnet und 9,3 % Konkursquote abgezogen. Sie hat demgemäß die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 23.974,78 DM nebst 9 3/4 % Zinsen seit dem 1. September 1954 an sie beantragt.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat bestritten, daß die Auskunft über R. [REDACTED] unrichtig erteilt sei. R. [REDACTED] sei Inhaber des Kontos gewesen, und sie habe ihn als Kommissionär ansehen können. Das Konto habe auch als kreditorisches bezeichnet werden können. Die Schecks seien mit Recht als in Ordnung erklärt worden. Es habe am 26. August 1954 ein Guthaben aus gutgeschriebenen Schecks bestanden, das infolge nachträglicher Nichteinlösung von Schecks habe storniert werden müssen. Die telefonische Benachrichtigung von der Nichteinlösung der eingereichten Schecks sei nicht zugesagt und nicht banküblich gewesen. Die Scheckreitereien über das Konto R. [REDACTED] seien ihr erst nach der Eröffnung des Konkurses bekannt geworden. Die Beklagte hat ferner behauptet, R. [REDACTED] habe auf die Forderung der Klägerin 3.000 DM bezahlt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagte durch Teilurteil zur Zahlung von 23.433,05 DM verurteilt. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht verneint eine Haftung der Beklagten wegen unrichtiger Auskunftserteilung am 7. August 1954 und hält die Ersatzpflicht der Beklagten wegen pflichtwidriger Unterlassung der sofortigen Mitteilung, daß die Schecks vom 21., 23. und 26. August 1954 nicht eingelöst würden, nur in Höhe eines Teilbetrages von 9.286,62 DM für gegeben. Es gelangt aber zur Bejahung der Ersatzpflicht der Beklagten wegen des ganzen durch die Nichteinlösung der drei Schecks entstandenen Schadens auf Grund des § 826 BGB. Die Revision greift diese grundsätzliche Auffassung des Berufungsgerichts vergeblich an.

Die Haftung der Beklagten aus § 826 BGB entnimmt das Berufungsgericht dem von ihm festgestellten Sachverhalt, nach dem Sc [REDACTED] in Kenntnis des Umstandes, das Konto R [REDACTED] diene so gut wie ausschließlich den von der HGL durchgeführten Scheckreitereien, die Anfragen wegen der drei Schecks im August 1954 dahin beantwortete, sie gingen in Ordnung. Sc [REDACTED] habe die Möglichkeit einer Schädigung Dritter ins Auge gefaßt und gebilligt.

Gegen die rechtliche Beurteilung dieses Verhaltens als einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Klägerin bestehen keine Bedenken. Die Scheckreitereien, d. h. der planmäßige gegenseitige Austausch von Schecks, denen keine Warenumsätze oder Zahlungsverpflichtungen zugrundeliegen und die nur zum Zwecke einer verdeckten Kreditbeschaffung gegeben werden, ist nicht nur unerwünscht und erst in den letzten Jahren in Erscheinung getreten, wie die Revision meint. Sie stellt sich als ein Mißbrauch der Einrichtung des für Zahlungsvorgänge bestimmten Schecks und als eine Gefährdung der gutgläubig mit dem Einzug solcher Schecks befaßten Kreditinstitute dar. Die mit ihr verfolgten Zwecke der verschleierten Kreditbeschaffung sind sittenwidrig und die Scheckbegebungsverträge nichtig (BGH WM 1960, 1381). Ein Kreditinstitut, das eine solche Scheckreiterei erkennt und duldet, indem es ein solchen Zwecken dienendes Konto führt und die auf das Konto gezogenen Schecks als in Ordnung bezeichnet, verstößt ebenfalls gegen die guten Sitten. Geschieht dies in dem Bewußtsein, daß Scheckbeteiligte geschädigt werden können, weil jederzeit mit der Aufdeckung des Scheckaustausches und der Nichteinlösung der laufenden Schecks zu rechnen ist, und wird dies in Kauf genommen, so haftet das Kreditinstitut nach § 826 BGB aus unerlaubter Handlung.

Die Revision vermag auch die Feststellungen des Berufungsgerichts, Sc [REDACTED] habe bei Erteilung der Auskünfte im August "die Funktion des Kontos R [REDACTED] als Ausgangspunkt für Scheckreitereien klar erkannt und dabei auch die Schädigung Dritter ins Auge gefaßt und gebilligt", nicht als verfahrensrechtlich fehlerhaft getroffen zu entkräften. Das Berufungsgericht bezeichnet es als das

wichtigste Indiz für die Kenntnis von Sc [REDACTED] von der wahren Lage, daß die Umsätze auf dem Konto R [REDACTED] bis zu mehreren 100.000 DM pro Monat anwuchsen und daß es dafür "keine normale Erklärung" gab. Dieser Umsatz beruhte, wie Sc [REDACTED] durch die fast täglichen Deckungsanfragen immer der gleichen Kreditinstitute wußte, auf der Einreichung von Schecks, die wiederum Deckung fanden durch andere Schecks, die insbesondere im großen Umfang auf ein Konto bei der Volksbank in S [REDACTED] gezogen wurden (z. B. im Monat März in Höhe von 460.000 DM). Das Berufungsgericht stellt ferner fest, daß Sc [REDACTED] wußte, das Konto R [REDACTED] sei sachlich ein Konto der HGL und R [REDACTED] nur als Strohmännchen vorgeschoben. Diese Feststellung unterliegt nicht den von der Revision gerügten Bedenken. Das Berufungsgericht verwechselt nicht, wie die Revision meint, die ursprüngliche Annahme des Sc [REDACTED], die HGL wolle ein Konto errichten, mit der späteren Abrede, das Konto solle für R [REDACTED] als Kommissionär dienen. Das Berufungsgericht ist zu der Überzeugung gelangt, daß Sc [REDACTED] erkannt hat, R [REDACTED] sei nicht als Kommissionär tätig, sondern lediglich Prokurist der HGL. Zwar habe Sc [REDACTED] damals nicht alsbald gemerkt, daß Scheckkreiterei beabsichtigt war und insofern möge er das Opfer eines Täuschungsmanövers der HGL gewesen sein, aber später habe er auch hierüber Klarheit erlangt. Ein Widerspruch tritt im angefochtenen Urteil nicht in Erscheinung. Das Berufungsgericht konnte ohne Verstoß gegen § 286 ZPO zu der Überzeugung gelangen, aus der Art der über das Konto abgewickelten Scheckgeschäfte habe Sc [REDACTED] den Mißbrauch des Kontos für Scheckkreitereien erkannt. Das Berufungsgericht konnte unbedenklich aus der Tatsache, daß Sc [REDACTED] wußte, das Konto diene dem "internen Finanzverkehr der HGL", in Verbindung mit dem

ständig zunehmenden Scheckverkehr über dieses Konto, bei dem als Deckung Schecks der HGL auf andere Konten verwendet wurden, den Schluß ziehen, Sc [REDACTED] habe als versierter Bankfachmann jedenfalls im August 1954 gemerkt, daß Scheckreitereien im größten Umfang vorlagen. Mit normalen Warenumsätzen konnten solche Scheckbewegungen zwischen denselben Beteiligten nach dem Umfang der von ihnen betriebenen Unternehmen nicht erklärt werden. Der Umstand, daß auf den von der HGL ausgestellten Schecks, die zur Gutschrift auf das Konto R [REDACTED] eingereicht wurden, dritte Begünstigte genannt waren, mag geringere Bedeutung haben, obschon die ständige Weitergabe von Schecks, die angeblich zur Zahlung an andere Firmen dienen sollen, an den eigenen Prokuristen auffällig ist. Die weiteren vom Berufungsgericht angeführten Umstände, daß das Konto R [REDACTED] von der HGL für ihre "internen Vorgänge" benutzt wurde und dies von Sc [REDACTED] erkannt wurde, lassen keine Fehlbeurteilung erkennen. Die HGL erschien, wie das Berufungsgericht ausführt, als die maßgebliche Kontoinhaberin, die für die Deckung der erheblichen Kontoüberziehungen zu sorgen hatte, wobei diese Anschaffungen sich als "Reitschecks" darstellten, was S [REDACTED] nach den einwandfreien Feststellungen des Berufungsgerichts nicht verborgen blieb. Das Konto ist unstreitig von der Beklagten nicht gekündigt worden. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß Sc [REDACTED], nachdem er einmal in die Manipulationen der HGL verstrickt war, keinerlei Möglichkeit sah, sich daraus mit eigener Kraft ohne Schaden für die Beklagte zu befreien. Sc [REDACTED] durfte jedenfalls nicht Schecks auf das Konto R [REDACTED] als in Ordnung bezeichnen, weil die von ihm als solche erkannten Scheckmanipulationen der HGL die Gefahr be-

gründeten, daß der Scheckkring, wie er insbesondere aus den Gegenschecks auf das Konto bei der Volksbank in S. ersichtlich war, aufgedeckt würde und die eingereichten Schecks daraufhin nicht mehr eingelöst werden würden. Das Berufungsgericht ist zu der Überzeugung gelangt, daß Sc. eine solche Schädigung beim Aufliegen des Scheckringes bewußt in Kauf genommen hat.

Das Berufungsgericht hat auch keinen wesentlichen Sachvortrag der Beklagten übersehen. Es mag sein, daß Kretschmer den Banken gegenüber R. als Kommissionär bezeichnet hat, und daß auch der Zeuge W. bei solchen Äußerungen dabei war. Maßgebend ist, daß Sc. die wahre Sachlage erkannt hat und das hat das Berufungsgericht einwandfrei festgestellt.

Die Revision kann auch nicht mit ihrer Rüge durchdringen, das Berufungsgericht habe den Grundsatz des rechtlichen Gehörs dadurch verletzt, daß es der Beklagten auf den Schriftsatz der Klägerin vom 4. November 1965 keine Erklärungsfrist bewilligt hat, denn was die Beklagte, wäre ihr eine Erklärungsfrist bewilligt worden, nach der Revisionsbegründung vorgetragen haben würde, ist nicht erheblich.

Die Revision kann auch nicht eine Verletzung des § 254 BGB rügen, weil die Klägerin hätte merken müssen, daß Scheckreiterereien vorlagen. Die Beklagte hat bisher keinen Einwand des Mitverschuldens der Klägerin erhoben und auch nichts darüber vorgetragen, daß auch aus dem Geschäftsverkehr der HGL mit der Klägerin ersichtlich war, es würden Schecks und Gegenschecks ohne Warenum-

sätze nur zu verdeckter Kreditbeschaffung ausgetauscht. Wird angenommen, daß ein Mitverschulden von Amts wegen zu prüfen ist, so war jedenfalls eine Minderung der Haftung der Beklagten gemäß § 254 BGB nach dem vorgetragenen Sachverhalt zu verneinen. Aus der Verbuchung zahlreicher Posten an einem Tag, auf die sich die Revision beruft, war für das Vorliegen von Scheckreitereien nichts zu entnehmen. Die große Zahl der R■■■■-Schecks ist allerdings der Klägerin aufgefallen und sie nahm sie zum Anlaß, eine Auskunft über R■■■■ bei der Beklagten einzuholen und wegen der Ordnungsmäßigkeit jedes einzelnen Schecks nachzufragen. Die Beklagte bezeichnete R■■■■ in der Auskunft als Kommissionär, für den ein kreditorisches Konto geführt werde, und bestätigte, daß die Schecks in Ordnung gingen. Die Schecks wurden auch laufend eingelöst. Da nichts darüber vorgetragen ist, die Klägerin habe ersehen können, daß die Einlösung nur mit Hilfe von Gegenschecks der HGL bewerkstelligt wurde, hatte die Klägerin keinen Anlaß, den Scheckeinzug für die HGL einzustellen oder diese nicht über die Gutschriften verfügen zu lassen. Wie die gegen die Beklagte erhobenen Ansprüche zeigen, wurden auch die R■■■■-Schecks von der HGL nicht sämtlich über die Klägerin geleitet, sondern diese bediente sich wohlweislich einer ganzen Reihe von Kreditinstituten, um die R■■■■-Schecks einziehen zu lassen.

Das Berufungsgericht ist hiernach zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, die Klägerin sei durch die bewußt falsche Erklärung Sc■■■■■■■■s, die Schecks, die auf ein zu Scheckreitereien benutztes Konto gezogen waren, seien "in Ordnung", um die Beträge der drei Schecks geschädigt,

weil sie Verfügungen der HGL in dieser Höhe über die einstweiligen, später stornierten Gutschriften zugelassen hat, für die von der HGL keine Deckung zu erlangen war.

Die Klägerin hat aber nicht den vollen Betrag der drei Schecks eingeklagt, sondern eine Konkursquote von 9, 3 % abgezogen und Verurteilung der Beklagten in Höhe von 23.974,78 DM beantragt. Das Berufungsgericht hält den Abzug der Konkursquote nicht für notwendig, weil die Ausschüttung nur eine einheitliche, erheblich höhere Forderung nicht aber einzelne Posten betreffe. Ob dem zu folgen ist, kann offen bleiben. Jedenfalls kann die Beklagte nicht zur Zahlung von mehr als 23.974,78 DM verurteilt werden. Das Berufungsgericht würde sonst der Klägerin etwas zusprechen, was sie nicht beantragt hat (§ 308 Abs. 1 ZPO). Ein Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO ist in der Revisionsinstanz von Amts wegen ohne Rüge zu beachten (BGH LM ZPO § 308 Nr. 7). Da das Berufungsgericht in Höhe von 3.000 DM wegen der behaupteten Zahlung R. auf den Schaden der Klägerin den Rechtsstreit noch nicht zur Entscheidung reif erachtet, konnte das Teilurteil eine Verurteilung der Beklagten nur in Höhe von 20.974,78 DM aussprechen.

Gegen die Zubilligung eines Zinssatzes von 9 3/4 % als Verzugsschaden (§§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 2 BGB) bestehen nach Sachlage keine Bedenken. Die Beklagte hat den Zinssatz in den Vorinstanzen nicht beanstandet und selbst angegeben, daß für das 1954 errichtete Konto R ein Zinssatz von 9 1/2 % vereinbart war.

Dr. Kuhn

Dr. Nörr

Liesecke

Dr. Schulze

Dr. Schubath