

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 251/87

Verkündet am:
18. April 1988
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Josef K[REDACTED], G[REDACTED] Straße [REDACTED], H[REDACTED]

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

g e g e n

D[REDACTED] Bank AG, Filiale K[REDACTED], vertreten durch die Vorstandsmitglieder Horst Bu[REDACTED], F. Wilhelm Ch[REDACTED], Robert Eh[REDACTED], Wilfried Gu[REDACTED], Alfred He[REDACTED], Eckart van Ho[REDACTED], Hilmar Ko[REDACTED], Klaus Me[REDACTED], Ulrich We[REDACTED], und Herbert Za[REDACTED], An den D[REDACTED], K[REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

WI

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. April 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kellermann und die Richter Dr. Bauer, Bundschuh, Dr. Hesselberger und Dr. Henze

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 24. Juni 1987 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, Kunde und Darlehensnehmer der verklagten Großbank, macht diese für den Verlust verantwortlich, den er durch den Beitritt zu einem Investmentclub erlitten hat, den der Angestellte Kaiser der Beklagten gegründet hat.

Der 1969 bei der Beklagten eingetretene und seit 1976 in deren Organisationsabteilung tätige Karl-Heinz Ka■■■■ gründete im Dezember 1979 ohne Wissen der Beklagten den "I■■■■club DBK Junior", wobei die Abkürzung "DBK" für "D■■■■ Bank K■■■■" (die Beklagte) steht. Zum Vorbild diente ihm eine Gesellschaft gleichen Namens, zu der sich mit Billigung der Beklagten ausschließlich Angestellte der Bank zu gemeinsamem Wertpapiersparen zusammengeschlossen haben. Ka■■■■ ließ gute Bekannte dem Club beitreten. Mitte Juli 1984 stellte sich heraus, daß Ka■■■■ Einlagen mehrerer Clubmitglieder, darunter auch diejenige des Klägers, veruntreut hatte. Die Verluste sollen sich in der Größenordnung um 2 Mio. DM bewegen.

Der Kläger lernte Anfang 1984 über einen Bekannten Ka■■■■ kennen. Dieser stellte ihm den günstigen Erwerb von neu emittierten Aktien in Aussicht. Deshalb beantragte der Kläger am 12. Januar 1984 ein Darlehen der Beklagten in Höhe von 110.000 DM. Einen Tag später errichtete der Kläger bei der Beklagten das Konto/Depot Nr. 115 7015. Am 16. Januar 1984 unterzeichnete er ein ihm von Ka■■■■ vorgelegtes Exemplar des Gesellschaftsvertrages des Investmentclubs. Die



Darlehenszusage erhielt er am 18. Januar 1984 von der Abteilung für Baufinanzierung der Beklagten, nachdem er sein Wohnungseigentum mit einer Grundschuld zugunsten der Beklagten belastet hatte. Der Darlehensbetrag wurde am 25. Januar 1984 auf das Konto des Klägers in Höhe von 108.850 DM (110.000 DM abzgl. 2.250 DM Unkosten) ausgezahlt. Am 19. Januar 1984 hat der Kläger folgenden, vom Kreditsachbearbeiter Hoss der Beklagten handschriftlich gefertigten "Auftrag an die D[REDACTED] Bank" unterzeichnet:

"Ich bitte um Überweisung der Darlehensvaluta auf

Konto-Nr.

[REDACTED] 19

DB K[REDACTED]

Karl-Heinz Ka[REDACTED]

wg E. S. S. CL Junior

gem. Vertrag 18.01.1984"

Zwischen den Parteien ist streitig, ob Ho[REDACTED] die Kontonummer [REDACTED] 19, bei der es sich um die Nummer des Gehaltskontos von Ka[REDACTED] handelt, aufgrund der Angabe des Klägers sofort oder erst später nach Anruf bei Ka[REDACTED] - wie der Kläger behauptet - eingetragen hat. Unter dem Datum des 25. Januar 1984 füllte Ho[REDACTED] ein übliches Überweisungsformular aus, mit dem 108.750 DM vom Konto des Klägers an Ka[REDACTED] als Empfänger auf dessen Konto Nr. [REDACTED] 19 bei der Beklagten überwiesen wurden. Als Auftraggeber war der Kläger bezeichnet. Unterschrieben war die Überweisung von zwei zeichnungsberechtigten Bankangestellten der Beklagten. Die Überweisung wurde ausgeführt.

Der Kläger ist der Auffassung, Ka■■■■ habe als Vertreter der Beklagten gehandelt. Deshalb sei ein Kommissionsvertrag zum Ankauf von Wertpapieren zwischen ihm und der Beklagten zustande gekommen. Da diese den überwiesenen Betrag nicht zum Kauf von Wertpapieren verwendet habe, sei sie aus Auftragsrecht zur Rückzahlung verpflichtet. Außerdem macht er Schadensersatzansprüche geltend, weil die Beklagte die Überweisung nicht auftragsgemäß ausgeführt und ihn nicht auf das Risiko eines Geschäftsabschlusses mit Ka■■■■ hingewiesen habe. Er habe Ho■■ davon in Kenntnis gesetzt, das Darlehen diene dem Ankauf von Effekten im Hause der Beklagten. Zur Höhe seines Anspruchs führt er aus, die Klägerin habe ihm den Schuldsaldo per 31. März 1986 mit 110.313,01 DM zu erstatten. Nach Verrechnung dieses Betrages mit der ausgezahlten Darlehensvaluta verbleibe ein Betrag von 1.563,01 DM zu seinen Gunsten. Außerdem schulde die Beklagte diejenigen Beträge, die der Kläger zur Tilgung des Darlehens in Höhe von insgesamt 16.851,06 DM bezahlt habe.

Der Kläger hat nach mehrmaliger Änderung seines Antrags zuletzt beantragt:

1. Festzustellen, daß eine Darlehensverbindlichkeit gegenüber der Beklagten auf dem bei ihr geführten Konto Nr. ■■■■■ 501 über 108.663,89 DM nicht besteht,
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.563,01 DM nebst 8,5 % Zinsen seit Rechtshängigkeit und weitere 16.851,06 DM nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte bestreitet, daß Ka[REDACTED] in ihrem Namen aufgetreten ist und ist der Ansicht, daß sie keine Aufklärungspflicht gehabt hätte.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

1. Allerdings hat das Berufungsgericht einen vertraglichen Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des überwiesenen Betrages von 108.750 DM gemäß § 667 BGB zutreffend verneint, weil zwischen dem Kläger und der Beklagten kein Vertrag zustande gekommen ist. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, der maßgebliche objektive Inhalt der Willenserklärungen des Klägers und Kaisers würde nicht ergeben, daß dieser in Vertretung der Beklagten einen Geschäftsbesorgungsvertrag habe abschließen sollen. Aus § 12 Nr. 2 des Gesellschaftsvertrages, den der Kläger vor der Erteilung des Überweisungsauftrages unterzeichnet habe, ergebe sich eindeutig, daß der Geschäftsführer des "Investmentclub", als der Ka[REDACTED]

in Erscheinung getreten sei, für die Gesellschafter Wertpapiere über die Beklagte habe an- und verkaufen sollen. Erkennbar gewollt gewesen seien jeweils zwei tatsächlich und rechtlich getrennte Vorgänge, nämlich der Kaufauftrag an Ka[REDACTED] durch den Interessenten und dessen Durchführung durch Kommissionsvertrag mit der Beklagten. Daran ändere auch die Tatsache nichts, daß Ka[REDACTED] am Ende des Gesellschaftsvertrages einen mit zwei gefälschten Unterschriften gezeichneten Vermerk angebracht habe, der aus folgenden Bestandteilen besteht: Unter dem Wort "Bestätigt" befindet sich ein Stempelabdruck "D[REDACTED] Bank AG Filiale K[REDACTED]" und darunter das Wort "Rechtsabteilung". Durch diesen Vermerk wurde nach Ansicht des Berufungsgerichts objektiv nicht mehr als der Eindruck vermittelt, die Beklagte wolle eine gewisse Kontrollfunktion über die geschäftlichen Aktivitäten ihres Angestellten Ka[REDACTED] ausüben. In diesem Zusammenhang verweist das Berufungsgericht auf sein rechtskräftiges Urteil vom 25. Juni 1986 in der Sache 24 U 248/85, der ein Gesellschaftsvertrag gleichen Inhalts zugrundegelegt hatte.

Gegen diese Ausführungen erhebt die Revision mehrere Verfahrensrügen, die allesamt unbegründet sind.

a) Die Revision rügt (§ 286 ZPO), das Berufungsgericht übergehe mit seiner Annahme, der Kläger habe den Gesellschaftsvertrag vor Erteilung des Überweisungsauftrages unterschrieben, den Vortrag des Klägers, er habe diesen Vertrag erst erhalten und unterschrieben, als das Geschäft bereits abgewickelt gewesen sei. Mit dieser Rüge dringt die Revision deshalb nicht durch, weil im Tatbestand des

angefochtenen Urteils als unstreitige Tatsache aufgeführt ist, daß der Kläger am 16. Januar 1984 das ihm von Ka[REDACTED] vorgelegte Exemplar des Gesellschaftsvertrages unterzeichnet hat. Gemäß § 314 ZPO erbringt der Tatbestand des Urteils Beweis für den mündlichen Parteivortrag. Dieser Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden. Dieses enthält aber keine gegenteilige Feststellung. Da der Kläger auch keine Tatbestandsberichtigung erwirkt hat, ist bei der revisionsrechtlichen Prüfung der 16. Januar 1984 als Unterzeichnungsdatum zugrunde zu legen. Damit steht fest, daß der Kläger den Gesellschaftsvertrag vor der Erteilung des Überweisungsauftrages unterzeichnet hat.

b) Eine weitere Verfahrensrüge betrifft die Bezugnahme des Berufungsgerichts auf sein Urteil vom 25. Juni 1986 in einer anderen Rechtssache. Die Revision rügt die Verletzung von § 551 Nr. 7 ZPO, weil das Berufungsurteil nicht mehr aus sich heraus verständlich sei und insoweit der eigenen Begründung ermangle. Auch damit hat die Revision keinen Erfolg.

Sie übersieht, daß das Urteil, auf das das Berufungsgericht sich bezogen hat, nicht nur der Beklagten als Beteiligter, sondern auch dem Kläger, obwohl er an diesem Verfahren nicht beteiligt war, bekannt war. Dies ergibt sich aus seiner Berufungsbegründung. Dort zitiert der Kläger aus "Bl. 10 des Urteils 24 U 248/85": "Der 24. Senat (von dem auch das angefochtene Urteil stammt) hat in seinem Urteil vom 25.06.1986 demgegenüber ausgeführt, daß beim Kauf der Wertpapiere erkennbar zwei getrennte Vorgänge gewollt

gewesen seien, nämlich einmal der Kaufauftrag an den Zeugen Ka[REDACTED] durch den Interessenten und sodann dessen Durchführung durch Kommissionsauftrag an die Beklagte; dies werde dadurch bestätigt, daß die vom dortigen Kläger Fr[REDACTED] geleisteten Zahlungen nicht an die Beklagte, sondern an den Zeugen Ka[REDACTED] erbracht wurden" Die Beklagte ihrerseits hat im Schriftsatz vom 23. April 1987 "ergänzend auf die Entscheidung des erkennenden Senats in der gleichgelagerten Sache Fr[REDACTED] gegen D[REDACTED] Bank - 24 U 248/85 - und den die Entscheidung bestätigenden Beschluß des Bundesgerichtshofes verwiesen, wonach die Revision nicht angenommen worden ist." Die Beklagte hat sich an dieser Stelle ausdrücklich die rechtlichen Erwägungen des Berufungsgerichts in der Sache Frohne zu eigen gemacht. Aus der Bezugnahme im Tatbestand des angefochtenen Urteils auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze der Parteien ergibt sich, daß dieser beiderseitige Vortrag und damit der Inhalt des Urteils vom 25. Juni 1986 Gegenstand der mündlichen Verhandlung war. Da das Berufungsgericht diese allen Beteiligten bekannten Ausführungen übernommen hat, wäre es eine überflüssige Belastung, wenn es den Inhalt des Urteils in seiner Entscheidung hätte nochmals wiederholen müssen. In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß nicht nur die Bezugnahme auf eine Entscheidung, die zwischen den Parteien ergangen ist, sondern auch die Bezugnahme auf eine sonstige nicht zwischen den Parteien ergangene Entscheidung, sofern sie Gegenstand der mündlichen Verhandlung war, keinen Verstoß gegen § 551 Nr. 7 ZPO darstellt (BGHZ 39, 333, 345 f). Dem erkennenden Senat des Bundesgerichtshofes ist das Urteil des Berufungsgerichts vom 25. Juni 1986 aus dem Revisionsver-

fahren II ZR 223/86 bekannt. Unter diesen Verhältnissen wäre es übertriebene Förmerei, wenn man allein wegen der Bezugnahme das angefochtene Urteil aufheben müßte.

Im übrigen würde die Bezugnahme auf das Urteil vom 25. Juni 1986 auch dann nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen, wenn sie verfahrensfehlerhaft gewesen wäre. Abweichend von der Regel des § 551 ZPO ist bei dem Tatbestand der fehlenden Begründung die Ursächlichkeit des Mangels für die Aufhebung des angefochtenen Urteils notwendig (RGZ 156, 113, 119; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 44. Aufl. Anm. 8 A). Daran fehlt es hier, da die Begründung des Berufungsurteils die Entscheidung des Berufungsgerichts in diesem Punkte - wie noch darzulegen sein wird - auch ohne die Bezugnahme auf das andere Urteil trägt.

c) Die Revision hält die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe vertragliche Beziehungen mit dem "Investmentclub" begründet, auch deshalb für verfahrensfehlerhaft, weil es den maßgeblichen objektiven Inhalt der Willenserklärungen des Klägers und Ka[REDACTED] ohne jede Beweisaufnahme festgestellt habe. Es habe dabei den unter Beweis gestellten Sachvortrag des Klägers übergangen, Ka[REDACTED] habe die jeweiligen Anträge zum Kauf von Wertpapieren nicht im Namen des "Investmentclub" angenommen, sondern als Vertreter der Beklagten. Auch diese Rüge ist nicht gerechtfertigt.

Nach der nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts ist Kaiser bei den Verhandlungen mit dem Kläger als Geschäftsführer des "Investmentclub" aufgetreten.

Das Berufungsgericht hat deshalb zutreffend auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrages abgestellt, weil dieser die Grundlage der rechtlichen Beziehungen bilden sollte. Daß sich aus diesem Vertrag ergibt, daß die dem Investmentclub beitretenden Mitglieder in rechtliche Beziehungen zu dem Club und nicht zur Beklagten treten, und die Geschäftsführer des Clubs bei dem Erwerb oder Verkauf von Wertpapieren namens des Clubs tätig werden, hat das Berufungsgericht fehlerfrei angenommen. Schon der Wortlaut des Gesellschaftsvertrages läßt daran keinen Zweifel: Der Vertrag wird mit den Worten eingeleitet, "die nachstehenden Damen bzw. Herren schließen sich durch folgenden Vertrag zu einer Gesellschaft zusammen:" Gemäß § 2 trägt die Gesellschaft den Namen: ~~Investment~~club DBK Junior. Nach § 6 dürfen die eingezahlten Beträge nur zur Anlage in Wertpapierangelegenheiten und zur Deckung der Verwaltungskosten verwendet werden. Der vom Berufungsgericht herangezogene § 12 Ziff. 2 lautet: "Der Geschäftsführer und seine Stellvertreter wickeln gemeinsam den An- und Verkauf von Wertpapieren für die Gesellschaft ab." Daß nach dem Wortlaut des Gesellschaftsvertrages nur Rechtsbeziehungen des Klägers zu dem Investmentclub begründet werden, leugnet auch die Revision nicht. Sie wendet sich auch mit Recht nicht gegen die Auslegung des gefälschten Bestätigungsvermerks durch das Berufungsgericht, es werde dadurch nur eine gewisse Kontrollfunktion zum Ausdruck gebracht, denn diese tatrichterliche Auslegung ist jedenfalls möglich. Bei dieser Auslegung des Gesellschaftsvertrages und der darin enthaltenen Willenserklärungen der Beteiligten durfte es das Berufungsgericht bewenden lassen. Es brauchte die von der Revision als übergangen gerügten Beweise nicht

zu erheben, weil die unter Beweis gestellten Behauptungen unschlüssig sind. Entgegen den Ausführungen der Revision hat der Kläger nicht behauptet und unter Beweis gestellt, Ka[REDACTED] habe die jeweiligen Aufträge zum Kauf von Wertpapieren nicht im Namen des Investmentclubs entgegengenommen, sondern er sei hierbei ausschließlich als Vertreter der Beklagten aufgetreten. An der von der Revision angegebenen Stelle in der Berufungsbegründung des Klägers heißt es: "Der Inhalt aller (Zeugen-)Aussagen läuft darauf hinaus, daß der Zeuge Ka[REDACTED] den Geschädigten vorgaukelte, es handle sich um einen Effektenclub "der D[REDACTED] Bank", den er betreue. Aufgrund dessen nahmen alle Geschädigten - und auch der Kläger - an, daß der Zeuge Ka[REDACTED] die jeweiligen Anträge zum Kauf von Wertpapieren nicht etwa im Namen der Gesellschaft oder im eigenen Namen entgegennahm, sondern er hierbei ausschließlich als Vertreter der Beklagten auftrat. Ungeachtet seiner Stellung als Geschäftsführer ... hat der Zeuge Ka[REDACTED] daher die Aufträge zum Ankauf von Wertpapieren in Vertretung für die Beklagte angenommen." Die Behauptung des Klägers ging also dahin, daß Ka[REDACTED] den Interessenten vorgaukelte, es handle sich um einen Effektenclub der Beklagten und diese daraus schlossen, Kaiser sei Vertreter der Beklagten. Daraus wiederum wird in der Berufungsschrift der rechtliche Schluß gezogen, Ka[REDACTED] habe die Aufträge in Vertretung für die Beklagte angenommen. Auf diesen Sachvortrag des Klägers kam es deshalb nicht an, weil die Annahme, Ka[REDACTED] habe als Vertreter der Beklagten gehandelt, auf der rechtlich irrigen Schlußfolgerung beruht, wenn es sich bei dem Investmentclub um einen Effektenclub "der Beklagten" handle, dann sei der für den Club auftretende Geschäftsführer automatisch

Vertreter der Beklagten. Auch wenn es sich um einen Club "der Beklagten" handeln würde, könnte nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages dieses nur bedeuten, daß die Beklagte ihn unterstützt oder "hinter ihm steht". Denn daß der Club gegenüber der Beklagten eine rechtlich selbständige Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein sollte (so ausdrücklich § 2 des Gesellschaftsvertrages), ist nach dem Gesellschaftsvertrag zweifelsfrei. Wenn die vom Kläger benannten Zeugen unter diesen Umständen den Geschäftsführer des Clubs für einen Vertreter der Beklagten hielten, befanden sie sich in einem rechtlich unbeachtlichen Irrtum.

Rechtlich nicht zu beanstanden ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts, für die Entscheidung des Rechtsstreits spiele es keine Rolle, ob der Kläger, wie er behauptet, den Gesellschaftsvertrag erst nach Ausführung der Überweisung gelesen hat. Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf abgestellt, daß der Kläger durch die Unterschrift zu erkennen gegeben hat, der Inhalt des Vertrages solle für die Rechtsbeziehungen der Beteiligten maßgebend sein.

Nach alldem steht fest, daß Ka[REDACTED] nicht als Vertreter der Beklagten, sondern als solcher des Investmentclubs aufgetreten ist. Deshalb scheiden vertragliche Ansprüche gegen die Beklagte aus. Auch eine Haftung kraft Anscheinsvollmacht kommt nicht in Betracht. Ferner kann sich der Kläger nicht auf das Urteil des Senats vom 12. Dezember 1983 (II ZR 238/82, WM 1984, 197 = ZIP 1984, 293) berufen, wonach ein dazu bevollmächtigter Bankangestellter im Zweifel im Namen der Bank handelt, wenn er einen ihm in den Geschäfts-

räumen erteilten Auftrag für einen Wertpapierkauf annimmt. Dieser Rechtsatz gilt hier nicht, weil Ka. [REDACTED] als Angehöriger der Organisationsabteilung der Beklagten unstreitig nicht bevollmächtigt war, für diese im Effektengeschäft tätig zu werden.

2. Das Berufungsgericht verneint auch einen Anspruch des Klägers wegen angeblich nicht auftragsgemäßer Ausführung des Überweisungsauftrags, weil der vom Kläger erteilte Auftrag und dessen Ausführung durch die Beklagte deckungsgleich gewesen seien. In dem Überweisungsauftrag vom 19. Januar 1984 sei Ka. [REDACTED] als Zahlungsempfänger angegeben und nicht die Beklagte. Auch wenn bei der Erteilung des Überweisungsauftrags durch den Kläger die Kontonummer noch gefehlt hätte, und Ho. [REDACTED] der Verwendungszweck des Geldes ("für Effektenkäufe im Hause") bekannt gewesen wäre, würde sich daraus nicht ergeben, daß die Beklagte Empfängerin der Überweisung hätte sein sollen. Auch diese Ausführungen greift die Revision ohne Erfolg an.

Sie ist der Ansicht, der Kläger habe in der Berufungsinstanz vorgetragen und unter Beweis gestellt, er habe Ho. [REDACTED] erklärt, der Darlehensbetrag solle für "Effektenkäufe im Hause" verwendet und unmittelbar an die Beklagte überwiesen werden. Dagegen heißt es in der Berufungsbegründungsschrift des Klägers an der von der Revision angegebenen Stelle: Der Kläger habe den Überweisungsauftrag vom 19. Januar 1984 erstellt, wonach die Darlehensvaluta von seinem Darlehenskonto auf ein Konto bei der D. [REDACTED] Bank überwiesen werden

sollte. Nach dem Willen und der Vorstellung des Klägers sollte aber Empfänger des Betrages nicht der Zeuge Ka[REDACTED], sondern die Beklagte unmittelbar sein. Dieser Wille ist in dem Überweisungsauftrag nicht zum Ausdruck gekommen. Eindeutiger als es dort geschehen ist, läßt sich nicht zum Ausdruck bringen, daß der zu überweisende Betrag auf das Konto Ka[REDACTED] bei der Beklagten überwiesen werden mußte. Wenn der Kläger anlässlich des Überweisungsvorgangs erklärt haben sollte, der Betrag sei für "Effektenkäufe im Hause" bestimmt, so läßt sich dies auch mit der Überweisung auf das Konto Ka[REDACTED] vereinbaren. Dies entsprach der gesellschaftsvertraglichen Regelung, daß die dem Investmentclub zufließenden Gelder über die Beklagte in Wertpapiere umgesetzt werden sollten. Nach allem hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt, daß der Überweisungsauftrag von der Beklagten auftragsgemäß ausgeführt worden ist.

3. Mit Erfolg rügt die Revision aber, daß das Berufungsgericht nicht geprüft hat, ob dem Kläger ein Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung des Darlehensvertrages gegen die Beklagte zusteht, weil diese ihr obliegende Warn- und Schutzpflichten verletzt hat.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist die kreditgebende Bank grundsätzlich nicht verpflichtet, den Darlehensnehmer über die Risiken der von ihm beabsichtigten Verwendung des Darlehens aufzuklären. Insbesondere muß die Bank einen Verhandlungspartner, der für ein Geschäft mit einem anderen Kunden der Bank einen Kredit

aufnehmen will, regelmäßig weder über die wirtschaftlichen Verhältnisse dieses Kunden unterrichten noch auf Risiken des zu finanzierenden Geschäfts hinweisen. Eine Aufklärungs- und Warnpflicht der Bank ist vielmehr nur ausnahmsweise gegeben, wenn im Einzelfall ein besonderes Aufklärungs- und Schutzbedürfnis des Darlehensnehmers besteht und nach Treu und Glauben ein Hinweis der Bank geboten ist. Dies kann etwa anzunehmen sein, wenn die Bank selbst einen zu den allgemeinen wirtschaftlichen Risiken des Projekts hinzutretenden speziellen Gefährdungstatbestand für den Kunden schafft oder dessen Entstehen jedenfalls begünstigt oder wenn sie in bezug auf die speziellen Risiken des zu finanzierenden Vorhabens gegenüber dem Darlehensnehmer einen konkreten Wissensvorsprung hat, z.B. weiß, daß dieses zum Scheitern verurteilt ist (vgl. BGHZ 72, 92, 104; BGH, Urteile v. 29. Mai 1978 - II ZR 173/77, WM 1978, 896; v. 17. Mai 1979 - III ZR 118/77, WM 1979, 1035; v. 14. Juli 1983 - III ZR 177/82, WM 1983, 1039; v. 28. Mai 1984 - III ZR 63/83, ZIP 1984, 1198, 1200; v. 17. Januar 1985 - III ZR 195/83, WM 1985, 221, 224; v. 25. April 1985 - III ZR 27/84, WM 1985, 993, 994; v. 20. Februar 1986 - III ZR 223/84, WM 1986, 701; v. 9. Oktober 1986 - III ZR 127/85, WM 1986, 1561, 1563 und v. 9. April 1987 - III ZR 126/85, WM 1987, 1546).

b) Nach dem Sachverhalt, der mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts aufgrund des Tatsachenvortrags des Klägers zu dessen Gunsten in der Revisionsinstanz zu unterstellen ist, hätte die Beklagte vor der Ausführung des Überweisungsauftrags aufklären müssen, welchem

Zweck die Überweisung auf Ka[REDACTED] Konto diene und den Kläger nach Aufklärung des Sachverhalts warnen müssen.

Der Kläger hat unter Beweisantritt vorgetragen, Hoss habe die Nummer des Kontos, auf das die Darlehensvaluta zu überweisen war, telefonisch bei Ka[REDACTED] erfragen müssen. Daß Ho[REDACTED] gewußt hat, Ka[REDACTED] sei ein Angestellter der Beklagten, ist unstreitig. Der Kläger hat ferner unter Beweisantritt behauptet, er habe Ho[REDACTED] im Zusammenhang mit dem Überweisungsauftrag erklärt, der Darlehensbetrag solle "für Effektenkäufe im Hause" verwendet werden. Nach diesem zu unterstellenden Sachverhalt wußte sonach der Kreditsachbearbeiter Ho[REDACTED] der Beklagten, daß der Kläger einen Betrag von über 100.000 DM, den er sich geliehen hatte, auf das private Konto eines Angestellten der Bank überweist, um damit "Effektingeschäfte im Hause" zu tätigen. Der Umstand, daß ein Kunde einen solch großen Geldbetrag, den er zum Kauf von Effekten verwenden will, die über die darlehensgewährende Bank angeschafft werden sollen, zu diesem Zweck auf das Privatkonto eines Bankangestellten überweist, anstatt unmittelbar mit der Effektenabteilung zusammenzuarbeiten, ist äußerst ungewöhnlich. Er fällt so sehr aus dem Rahmen dessen, was beim finanzierten Effektingeschäft üblich ist, daß sich jedem ordentlichen Bankkaufmann der Verdacht aufdrängen mußte, hier betreibe ein Bankangestellter zumindest unseriöse Geschäfte auf eigene Rechnung, die auch den Kunden in Gefahr bringen können. Bei dieser Sachlage ist es dem Bankbediensteten, der die Gefahr erkennt, zumutbar, Nachforschungen anzustellen, um den Kunden gegebenenfalls warnen zu können. Dies hat auch die eigene Revisionsabteilung der

Klägerin so gesehen. Sie hat in ihrem Revisionsbericht zum Fall Ka. [REDACTED] ausgeführt, obwohl der Kredit dem Kläger letztlich ohne Zweckbindung habe gewährt werden können, hätte den Mitarbeitern der Abteilung Baufinanzierung die Ungewöhnlichkeit der Auszahlung des Kredites an einen Angestellten des eigenen Hauses so auffallen müssen, daß vor Regulierung des Betrages entsprechende Nachforschungen nach dem Hintergrund des Vorganges über die Abteilungsleitung, die Personalabteilung oder die Innenleitung eingeleitet worden wären. Die der Warnpflicht vorausgehende Nachforschungspflicht war der Beklagten und ihren Bediensteten insbesondere deswegen ohne weiteres zumutbar, weil sie durch auf das eigene Haus beschränkte Maßnahmen ohne großen zeitlichen Aufwand erfüllt werden konnte. Nach Aufklärung des Sachverhalts hätte die Beklagte nach den in der Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätzen den Kläger alsbald davon unterrichten müssen.

Nach allem kann das Berufungsurteil nicht aufrechterhalten werden. Die Sache muß vielmehr zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit die nach den vorstehenden Ausführungen erforderlichen tatsächlichen Feststellungen getroffen werden können.

Dr. Kellermann

Dr. Bauer

Bundschuh

Dr. Hesselberger

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Henze befindet sich in Urlaub und kann deshalb nicht unterschreiben.

Dr. Kellermann