

BUNDESGERICHTSHOF

4

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 304/86

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

in dem Rechtsstreit

Brunhilde G[REDACTED], B[REDACTED]gässle [REDACTED], V[REDACTED]/L[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Ludwig S[REDACTED], Be[REDACTED] Chaussee [REDACTED], H[REDACTED] [REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

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

WI

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

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg, 9. Zivilsenat, vom 24. Juni 1986 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage abgewiesen worden ist.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden zu 4/25 dem Beklagten auferlegt. Die Entscheidung über die weiteren Kosten wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht gegen den Beklagten die Zahlung von Aufwendungs- und Schadenersatz sowie Ansprüche auf Freistellung von Verbindlichkeiten geltend. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin betreibt ein Treuhandbüro in L [REDACTED] [REDACTED]. Der Beklagte übergab der Klägerin zwei von dem Bankhaus Otto M. S [REDACTED] in H [REDACTED] am 11. Oktober 1983 über 113.000 und 1.509.642 US-\$ ausgestellte, auf die "Bank A [REDACTED] International" in New York gezogene, an eine Firma "C [REDACTED] & Cl [REDACTED]" oder Order zahlbar gestellte Schecks zur Einziehung. Die Klägerin reichte die auf der Rückseite von ihr unterschriebenen Schecks bei der "Verwaltungs- und Privatbank AG V [REDACTED]" zum Inkasso ein, die unter der Unterschrift der Klägerin jeweils einen Stempelaufdruck anbrachte, aus dem sie als Indossatarin hervorging und der u.a. den Text "prior endorsements guaranteed" enthielt. Die "Verwaltungs- und Privatbank AG" übersandte die Schecks der bezogenen Bank, die ihr die Scheckbeträge überwies. Diese wurden dem Treuhandnummernkonto gutgeschrieben, das die Klägerin entsprechend einer zwischen den Parteien am 12. Oktober 1983 getroffenen Treuhandvereinbarung bei der "Verwaltungs- und Privatbank AG" eingerichtet hatte. Am 18. Oktober 1983 ließ die Klägerin dem Beklagten 300.000 DM auszahlen, am folgenden Tage hob sie einen weiteren Betrag von 10.000 DM als à conto-Zahlung auf die ihr nach der Treuhandvereinbarung zustehenden Treuhandgebühren und Auslagen ab. Die Auszahlung weiterer Beträge machte die "Verwaltungs- und Privatbank AG"



von dem "stringenten Beweis der Berechtigung an den Geldern" entweder durch die Führung des Nachweises der Berechtigung an den Schecks oder die Vorlage einer durch den Erstbegünstigten bestätigten Inkassovollmacht abhängig. Da die Klägerin einen solchen Beweis nicht erbrachte, verlangte die "Verwaltungs- und Privatbank AG" von ihr die Rückzahlung des abgehobenen Betrages von 310.000 DM zzgl. der bis zum 27. Februar 1984 angefallenen Refinanzierungskosten von 4.998,75 DM. Nach dem Vortrag der Klägerin verrechnete die "Verwaltungs- und Privatbank AG" nach Ablauf der gesetzten Zahlungsfrist die von ihr geltend gemachte Forderung mit einem auf den Konten der Klägerin befindlichen Guthaben von insgesamt 121.521,25 DM. Ferner habe sie wegen des Restbetrages von 193.477,50 DM gemäß Nr. 8 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Pfandrecht an den weiteren in ihrem Gewahrsam befindlichen Vermögenswerten der Klägerin geltend gemacht. Insoweit habe sie eine Bankgarantie gestellt.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Rückzahlung des Betrages von 121.521,25 DM, Freistellung von der durch die "Verwaltungs- und Privatbank AG" gegen sie geltend gemachten Forderung von 193.477,50 DM und Freihaltung von allen durch Dritte aufgrund der Einziehung der beiden Schecks künftig geltend gemachten Ansprüche sowie Ersatz aller weitergehenden bereits entstandenen oder noch entstehenden Schäden.

Die Klägerin ist der Ansicht, im Hinblick auf die von der "Verwaltungs- und Privatbank AG" abgegebene Garantierklärung habe die "Bank A [REDACTED] International" in New York keine endgültige, sondern nur eine vorläufige Zahlung auf

die Schecks vorgenommen. Darüber hinaus habe der Beklagte bei der Übergabe der Schecks erklärt, das Indossament der Firma "C[REDACTED] & Cl[REDACTED]" sei versehentlich nicht auf der Rückseite der Schecks angebracht worden. Das könne jederzeit nachgeholt werden. Man solle zunächst versuchen, die Bezahlung der Schecks ohne vollständige Indossamentenkette zu erreichen. Auch habe er die Verfügungsberechtigung über die Schecks. Aufgrund dieser Erklärungen sei es zur Auszahlung des nunmehr von den Banken zurückverlangten Betrages von 310.000 DM gekommen.

Der Beklagte hat bestritten, Erklärungen in bezug auf die Indossamente abgegeben zu haben. Dazu sei er nicht in der Lage gewesen, weil er über die Hintergründe des Geschäftes sowie der Scheckbegebung keine Kenntnis gehabt habe.

Das Landgericht hat der Klage mit Ausnahme eines Teils des Zinsanspruches stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Widerklage des Beklagten ist in beiden Instanzen abgewiesen worden. Der Beklagte hat die von ihm dagegen eingelegte Revision zurückgenommen. In dem auf Antrag der Klägerin erlassenen Verlustigkeitsbeschluß ist die Entscheidung über die durch die Revision des Beklagten verursachten Kosten der Revisionsinstanz der Schlußentscheidung vorbehalten worden.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Zurückverweisung.

1. Das Berufungsgericht hat die Klage zu Unrecht teilweise als unzulässig abgewiesen.

Die Klägerin verfolgt mit Ziff. 4 ihres Klagantrages das Begehren, den Beklagten zum Ersatz aller Schäden zu verurteilen, die ihr aus der Einziehung der beiden umstrittenen Schecks über die in den Klageanträgen zu 1) und 2) genannten Beträge hinaus entstanden sind und noch entstehen werden. Das Berufungsgericht hat diesen Antrag als Feststellungsantrag im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO ausgelegt und die Klage mangels Bestehens eines Rechtsschutzinteresses insoweit abgewiesen, als die Feststellung einer Schadenersatzpflicht des Beklagten für bereits entstandene Schäden beantragt wird. Es meint, diese Beträge müsse die Klägerin mit einer bezifferten Leistungsklage geltend machen.

Gegen die von dem Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des Antrages als Feststellungsantrag ergeben sich keine Bedenken. Solche werden von der Revision auch nicht geltend gemacht. Diese wendet sich jedoch zu Recht dagegen, daß das Berufungsgericht das Rechtsschutzinteresse für die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz bereits entstandener Schäden verneint hat. Zwar kann eine Feststellungsklage bei gleichzeitig vorhandener Möglichkeit zur Erhebung einer Leistungsklage nur dann als zulässig erachtet werden, wenn besondere Umstände das ausnahmsweise recht-

fertigen. Eine solche Ausnahme ist regelmäßig dann gegeben, wenn ein Schaden noch in der Entwicklung begriffen ist und eine Schadenersatzforderung demgemäß nur teilweise beziffert werden kann (BGH, Urt. v. 2. April 1968 - VI ZR 156/66, VersR 1968, 648, 649; BAG, Urt. v. 15. Februar 1973 - 2 AZR 16/72, JZ 1973, 561; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 46. Aufl., § 256 Anm. 5 unter "Leistungsklage"; Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 20. Aufl., § 256 Rdnrn. 87/88). Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen muß die Klägerin mit der Entstehung weiterer Schäden (z.B. aufgrund der Inanspruchnahme der Bankgarantie vom 25. Juni 1984) rechnen. Unter diesen Umständen erscheint es gerechtfertigt, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts das Rechtsschutzinteresse für das nach Ziff. 4 verfolgte gesamte Klagebegehren zu bejahen.

2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht die weitergehende Klage als unbegründet abgewiesen.

a) Es hat rechtlich fehlerfrei ausgeführt, der Klägerin stehe nicht etwa deswegen ein Ersatzanspruch sowie ein Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit zu, weil die "Verwaltungs- und Privatbank AG" eine Forderung in Höhe von 121.521,25 DM mit Guthabenforderungen der Klägerin verrechnet sowie die Rückzahlung eines Betrages von 193.477,50 DM verlangt habe. Denn diese sei zur Geltendmachung einer entsprechenden Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht berechtigt. Der Revision ist zwar einzuräumen, daß das Berufungsgericht das Bestehen eines Rechtsgrundes für die von der "Bank A [REDACTED] International" an die "Verwaltungs-

und Privatbank AG" geleistete Zahlung rechtsfehlerhaft bejaht hat. Denn es wendet bei der Prüfung dieser Frage, wie seine Zitate aus der Rechtsprechung und Kommentarliteratur zum deutschen Recht zeigen, deutsches Recht an, obwohl ein Bezug zu diesem Recht nach den Regeln des internationalen Privatrechts nicht gegeben ist. Dieser Fehler wirkt sich jedoch auf die Entscheidung letztlich nicht aus. Denn das Berufungsgericht stützt seine Ansicht, der "Verwaltungs- und Privatbank AG" stehe gegenüber der Klägerin ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht zu, "im übrigen" darauf, daß die Klägerin die Zahlung an den Beklagten weitergeleitet habe und somit entreichert sei. Diese Frage entscheidet es nach dem von dem Fürstentum Liechtenstein rezipierten österreichischen Recht. Soweit sich die Revision auch gegen die Annahme einer solchen Entreichung der Klägerin wendet, haben ihre Angriffe letztlich nur den Vorwurf zum Inhalt, das Berufungsgericht habe eine Vorschrift des österreichischen Rechtes - u.z. diejenige über die Entreichung - zu Unrecht angewandt. Eine solche Revisionsrüge ist nach § 549 ZPO nicht zulässig (BGH, Urt. v. 29. Oktober 1962 - II ZR 28/62, WM 1962, 1392/1393; Urt. v. 28. Mai 1971 - V ZR 13/69, WM 1971, 1094, 1095; RGZ 152, 23, 28/29; RG WarnRspr. 1932 Nr. 27; RGZ 114, 197, 200; Zöllner/Schneider, ZPO, 15. Aufl., § 562 Rdnr. 3).

b) Das Berufungsgericht hat einen Freistellungs- und Ersatzanspruch der Klägerin gegenüber dem Beklagten ferner mit der Erwägung verneint, die "Bank A [REDACTED] International" habe als bezogene Bank die Schecks endgültig eingelöst. Ihr stehe daher gegen die "Verwaltungs- und Privatbank AG" ein Rückforderungsanspruch nicht zu.

Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht zu diesem Ergebnis auf verfahrensfehlerhafte Weise gelangt ist. Bei der Prüfung der Frage, ob die von der Klägerin vorgelegten Schecks von der "Bank A [REDACTED] International" als der bezogenen Bank endgültig oder nur unter Vorbehalt eingelöst und der "Verwaltungs- und Privatbank AG" als Inkassobank gutgeschrieben worden sind, stützt es sich auf die an die Klägerin gerichteten Schreiben der "Verwaltungs- und Privatbank AG" vom 3. und 10. November 1983. Es geht jedoch nicht darauf ein, daß der von der "Verwaltungs- und Privatbank AG" auf der Rückseite der Schecks angebrachte Stempelaufdruck den Satz "prior endorsements guaranteed" enthält, obwohl die Klägerin Ablichtungen der Stempelaufdrucke bereits mit der Klageschrift überreicht hatte. Die "Verwaltungs- und Privatbank AG" hat der Klägerin mit Schreiben vom 10. November 1983 zwar bekannt gegeben, die "Bank A [REDACTED] International" habe ihr mitgeteilt, die beiden Schecks seien trotz mangelnder Inkassoberechtigung der Präsentanten zur Zahlung gelangt. Aus dieser Erklärung kann jedoch keineswegs entnommen werden, daß die Zahlung vorbehaltlos vorgenommen worden und die Indossamentengarantie dabei ohne Bedeutung gewesen ist.

Das hätte schon deswegen ausdrücklich klargestellt werden müssen, weil es aufgrund der bankgeschäftlichen Gepflogenheiten im Scheckverkehr nahezu ausgeschlossen, auf jeden Fall gänzlich ungewöhnlich ist, daß die bezogene Bank vorbehaltlos einen Orderscheck einlöst, der keine ununterbrochene Indossamentenkette aufweist.

Die Klägerin hat bereits in ihrem Schriftsatz vom 8. März 1985 auf den Zusammenhang zwischen der Indossamentengarantie und der Bezahlung der Schecks durch die bezogene Bank hingewiesen. Soweit das Berufungsgericht ihrem diesbezüglichen Vortrag entscheidende Bedeutung beimaß, ihn aber nicht für hinreichend substantiiert hielt, hätte es seiner Verpflichtung, den Sachverhalt aufzuklären und auf die Vervollständigung des Parteivortrages hinzuwirken, nachkommen müssen. Wenn die Entscheidungserheblichkeit dieses Gesichtspunktes erst nach der mündlichen Verhandlung erkannt wurde, hätte im Hinblick auf den Schriftsatz der Klägerin vom 12. Juni 1986 die mündliche Verhandlung wieder eröffnet werden müssen (§ 526 Abs. 2 ZPO).

Ferner hat das Berufungsgericht die Frage der Endgültigkeit der Zahlung rechtsfehlerhaft nach deutschem Recht entschieden. Das ergibt sich aus den Entscheidungsgründen über die Prüfung der Frage, ob die "Bank America International" die Zahlung an die "Verwaltungs- und Privatbank AG" mit oder ohne Rechtsgrund vorgenommen hat. Auf diesen Teil der Entscheidungsgründe nimmt das Berufungsgericht bei der Entscheidung der hier maßgeblichen Frage, ob die von der "Verwaltungs- und Privatbank AG" gegenüber der Klägerin geltend gemachten Ansprüche gerechtfertigt sind oder nicht, ersichtlich Bezug. Zur Beurteilung der zwischen der "Bank America International" und der "Verwaltungs- und Privatbank AG" eingetretenen Rechtsbeziehungen fehlt jeder Bezug zur Anwendung deutschen Rechtes. Da das Berufungsgericht dennoch deutsches Recht zur Anwendung bringt, wird letztlich das für das deutsche Recht maßgebende internationale Privatrecht

falsch angewandt. Das unterliegt auf jeden Fall der Revision (vgl. zur Frage der Rückverweisung auf deutsches Recht im Rahmen des Art. 27 EGBGB a.F. BGHZ 45, 351; zur unzulässigen Anwendung deutschen Rechtes vgl. BGH, Urt. v. 7. November 1963 - VII ZR 188/61, WM 1964, 83, 84; RG WarnRspr. 1933, 118 = SeuffA 87, 321; RAG HRR 1930, 716; Soergel/Kegel, 10. Aufl., vor Art. 7 EGBGB Rdnrn. 84/87).

c) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe bei der Prüfung der von der Klägerin geltendgemachten Ersatz- und Freistellungsansprüche wesentlichen Sachvortrag der Klägerin unbeachtet gelassen. Diese habe behauptet, der Beklagte habe bei der Übergabe der Schecks erklärt, das Indossament der Firma "C[REDACTED] & Cl[REDACTED]" sei versehentlich nicht auf der Rückseite der Schecks angebracht worden. Das könne jederzeit nachgeholt werden. Im übrigen sei er über die Schecks verfügungsberechtigt. Diesem Vortrag kommt insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt der Abwicklung des Geschäftes auf Gefahr des Beklagten Bedeutung zu.

Die Rüge ist begründet. Ihr stehen die §§ 549 und 562 ZPO nicht entgegen. Denn das Revisionsgericht kann nachprüfen, ob das Berufungsgericht ein Vorbringen, das es entsprechend der Regelung des ausländischen Rechts für wesentlich gehalten hat, unbeachtet gelassen hat (BGHZ 3, 342, 347; 24, 159, 164; Urt. v. 27. April 1977 - VII ZR 184/75, WM 1977, 793, 794; RGZ 78, 155, 156; 159, 33, 51/52;

Zöllner/Schneider, ZPO, 15. Aufl., § 562 Rdnr. 3; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 46. Aufl., § 549 Anm. 2 B).

Die nach der Behauptung der Klägerin von dem Beklagten gemachten Angaben trafen nicht zu. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen gibt es keine Gesellschaft mit der Firma "C[REDACTED] & Cl[REDACTED]". Vielmehr hat der Bekannte des Beklagten, Kuhnke, diese im Geschäftsverkehr, insbesondere bei der Begebung der Schecks durch das Bankhaus Otto M. S[REDACTED], nur als Scheinfirma benutzt. Die Firma "C[REDACTED] & Cl[REDACTED]" kam daher weder als Schecknehmer in Betracht noch konnte sie ein Indossament ausstellen und den Orderscheck wirksam durch Indossament übertragen (vgl. Art. 14 Abs. 3, 17, 18 ScheckG). Der Beklagte war daher nicht in der Lage, den Nachweis über seine formelle Berechtigung zu erbringen.

Er war auch zu keinem Zeitpunkt materiell berechtigter Inhaber der Schecks. Er konnte somit diesen Nachweis nicht erbringen, der die Klägerin in die Lage versetzt hätte, ihre Inkassoberechtigung gegenüber der "Verwaltungs- und Privatbank AG" nachzuweisen. Zwar meint der Beklagte, sein Bekannter Kuhnke habe lediglich unter der Firma "C[REDACTED] & Cl[REDACTED]" gehandelt und sei demnach der wahre Scheckbegünstigte gewesen, von dem er die Schecks wirksam erworben habe. Das trifft jedoch nicht zu. Ob beim Handeln unter fremdem Namen ein Geschäft des Namensträgers oder ein Eigengeschäft des Handelnden vorliegt, hängt davon ab, wie die andere Partei das Verhalten des Handelnden auffassen durfte (BGHZ 45, 193, 195/196). Ein Eigengeschäft des Handelnden ist dann gegeben, wenn die Benutzung des fremden Namens bei der anderen

Vertragspartei keine Fehlvorstellung über die Identität des Handelnden hervorgerufen hat, diese den Vertrag also nur mit dem Handelnden abschließen will. Ein Geschäft des Namensträgers ist anzunehmen, wenn das Auftreten des Handelnden auf eine bestimmte andere Person hinweist und die andere Partei der Ansicht sein durfte, der Vertrag komme mit dieser Person zustande (Thiele in MK, BGB, 2. Aufl., § 164 Rdnr. 39; Soergel/Schultze v. Lasaulx, BGB, 11. Aufl., § 164 Rdnr. 18 a; Palandt/Heinrichs, BGB, 46. Aufl., § 164 Anm. 1 d). Die Bezeichnung "C. & Cl." erweckte bei dem Bankhaus Otto M. S. den Eindruck, daß K. als berechtigter Vertreter einer Gesellschaft mit der Firma "C. & Cl." handelte. Sie hielt diese Gesellschaft für ihren Vertragspartner, nicht jedoch Kuhnke. Demgemäß wurde auch die Firma "C. & Cl." als Begünstigte in den Schecks vermerkt. Da diese Gesellschaft nicht besteht und demgemäß eine Vertragsgenehmigung ausscheidet, ist auch kein wirksamer Begebungsvertrag zustande gekommen. Das hat weiter zur Folge, daß der Beklagte die Schecks nicht vom Berechtigten erworben hat.

Auch ein Erwerb nach Art. 21 ScheckG scheidet aus, weil der Beklagte sein Recht aus Art. 19 ScheckG nicht nachweisen kann (vgl. dazu Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 15. Aufl., Art. 21 ScheckG Rdnr. 21 und Art. 16 WechselG Rdnr. 8).

3. Für die weitergehenden mit der Klage geltend gemachten Ansprüche gelten die unter 2) gemachten Ausführungen.

4. Der Rechtsstreit war zurückzuverweisen, damit das Berufungsgericht - gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag durch die Parteien - die weiterhin erforderlichen Feststellungen treffen kann.

Dr. Kellermann

Bundschuh

Brandes

Röhricht

Dr. Henze