

BUNDESGERICHTSHOF

IX ZR 90/97

BESCHLUSS

vom

4. Juni 1998

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch
den Vorsitzenden Richter Dr. Paulusch und die Richter
Stodolkowitz, Kirchhof, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

am 4. Juni 1998
beschlossen:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 20. November 1996 wird nicht angenommen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Der Streitwert für die Revisionsinstanz beträgt 193.043,17 DM.

G r ü n d e

Die Sache wirft keine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf; die Revision bietet im Ergebnis keine Aussicht auf Erfolg (§ 554 b ZPO).

Der beklagte Bürge kann gegenüber der Klägerin den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) geltend machen, der der Hauptschuldnerin aus dem Kontokorrentkreditvertrag (Konto-Nr. ...) mit der Klägerin zusteht (§§ 767 Abs. 1 Satz 1, 768 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB; vgl. BGH, Urt. v. 28. Mai 1991 - XI ZR 214/90, WM 1991, 1294, 1296). Aufgrund des Vorbringens

der Parteien in Verbindung mit den vorgelegten Unterlagen ist davon auszugehen, daß die Klägerin durch treuwidriges Verhalten den eingeklagten Schuldsaldo von 193.043,17 DM herbeigeführt hat, der bei vertragsgerechtem Handeln nicht bestünde. Am 6. August 1993 ist bei der Klägerin ein Scheck über 800.000 DM zugunsten des genannten Kontos eingegangen; dieser Betrag ist diesem Konto am 11. August 1993 gutgeschrieben worden. Noch am 6. August 1993 hatte ein Angestellter der Klägerin im Namen der Hauptschuldnerin von diesem Konto 800.000 DM auf ein privates Konto des Geschäftsführers und Gesellschafters der Hauptschuldnerin bei der Klägerin überwiesen; die entsprechende Sollstellung auf dem Konto der Hauptschuldnerin ist am 6. August 1993 erfolgt. Der Beklagte hat behauptet, diese Überweisung sei ohne Auftrag und Zustimmung der Hauptschuldnerin vorgenommen worden. Demgegenüber hat die Klägerin ein eigenmächtiges Vorgehen bestritten und in der Berufungsverhandlung vorgebracht, sie gehe davon aus, daß die Überweisung auf das Privatkonto auf einer Anweisung der Hauptschuldnerin beruhe, weil sie nicht eigenmächtig über Kundenkonten disponiere; die Frage, wer seitens der Hauptschuldnerin die Weisung erteilt habe, könne nur dahin beantwortet werden, daß entweder der Geschäftsführer und Gesellschafter der Hauptschuldnerin oder der Beklagte - dieser war damals nicht mehr Geschäftsführer der Hauptschuldnerin - die Weisung erteilt habe. Damit hat die Klägerin zum Vorbringen des Beklagten nicht gemäß § 138 ZPO ausreichend Stellung genommen. Ihre Einlassung läuft darauf hinaus, das Fehlen eines Überweisungsauftrags mit Nichtwissen zu bestreiten. Dies ist nicht zulässig, da es um ein Verhalten der Klägerin geht und ein Überweisungsauftrag der Hauptschuldnerin Gegenstand ihrer Wahrnehmung war (§ 138 Abs. 4 ZPO). Durch den nachfolgenden Rechnungsabschluß ist eine eigenmächtige Überweisung nicht genehmigt worden (vgl. BGH, Urt. v. 18. Oktober 1994 - XI ZR



194/93, WM 1994, 2273, 2274). Aus den vorgelegten Rechnungsabschlüssen ab 3. September 1993 ergibt sich, daß der Sollsaldo auf dem Konto der Hauptschuldnerin 361.000 DM nicht überschritten hat.

Paulusch

Stodolkowitz

Kirchhof

Zugehör

Ganter