

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 126/68

VERSÄUMNIS URTEIL

Verkündet am
28. Januar 1970
Klett,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der P[REDACTED]-Kreditbank für Teilzahlung Gesellschaft
mit beschränkter Haftung & Co., Kommanditgesellschaft,
vertreten durch ihren Geschäftsführer Fritz H[REDACTED] in
K[REDACTED], M[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

den Gastwirt Heinz I. [REDACTED] in D[REDACTED],
B[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
II. Instanz: in D[REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Januar 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 2. Mai 1968 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagende Teilzahlungsbank in K [REDACTED] arbeitete im Jahre 1962 mit einer Firma B [REDACTED] ("Immobilien - Versicherungen - Finanzierungen") in O [REDACTED] zusammen. Der Beklagte war damals in D [REDACTED] als Kreditvermittler tätig und unterhielt als solcher geschäftliche Beziehungen zur Firma B [REDACTED]. Im Februar 1962 leitete der Beklagte der Firma B [REDACTED] auf Formularen der Klägerin zwei "Darlehensanträge" einer Frau

- 3 -

Lucie W. [REDACTED] aus D. [REDACTED] vom 22. Februar 1962 zu. Diese beantragte zwei Darlehen in Höhe von 26 417 DM und 23 643 DM zum Zwecke der Finanzierung der Einrichtung zweier Gaststätten in D. [REDACTED], S. [REDACTED]straße [REDACTED] ("Gemütliche Ecke") und J. [REDACTED]straße [REDACTED] ("Dschungel"). Von den Darlehensbeträgen sollten die bar auszufahrenden Beträge von 18 801 DM und 21 012 DM dazu dienen, den Restkaufpreis für das Inventar an die bisherige Inhaberin der beiden Gaststätten Frau Agnes K. [REDACTED] zu bezahlen. Nach dem Formular waren die Darlehensbeträge an die Firma B. [REDACTED] auszufahrend. Zur Sicherung übereignete Frau W. [REDACTED] das in zwei Inventarlisten aufgeführte Inventar der Gaststätten an die klagende Bank. Auf Verlangen der Firma B. [REDACTED], die weitere Sicherheiten verlangte, aber sich nicht mit einer Bürgschaft des Beklagten begnügen wollte, weil dieser schon aus Bürgschaften bei früheren Geschäften verpflichtet war, gab ihr der Beklagte am 22. Februar 1962 folgende schriftliche

"Bestätigung.

Ich (der Beklagte) bestätige hiermit, daß ich dafür Sorge tragen werde, daß Herr Hans M. [REDACTED], D. [REDACTED] für die Finanzierung Lucie W. [REDACTED] ... über die Finanzierungssummen

1. DM 25 417 ...
2. DM 23 641 ...

selbstschuldnerische Bürgschaften übernimmt und unterschreibt. Ich verpflichte mich, diese Bürgschaftsformulare bis spätestens zum 28.2.1962 der Firma B. [REDACTED] ... zur Weiterleitung einzureichen.



Für den Fall, daß ich diese Verpflichtung nicht termingerecht einhalte, übernehme ich hiermit unwiderruflich die selbstschuldnerische Bürgschaft für Frau W [REDACTED] ..."

Der als Bürge in Aussicht genommene Herr M [REDACTED] war als Automatenaufsteller an den Lokalen interessiert. Er übernahm durch schriftliche Erklärung vom 23. Februar 1962 die Bürgschaft für die der Frau W [REDACTED] gewährten Darlehen, befristete diese jedoch bis zum 30.4.1962 mit dem Zusatz "bis zur Eintragung einer Grundschuld". Die Klägerin zahlte die Darlehen an die Firma B [REDACTED] zur Weiterleitung aus. Diese gab die Darlehensvaluten weiter an den Beklagten. Wie dieser sie verwandt hat, ist streitig. Von den von Frau W [REDACTED] akzeptierten Ratenwechseln wurden nur die jeweils ersten Wechsel im März/April 1962 eingelöst. Weitere Zahlungen erhielt die Klägerin nicht. Frau W [REDACTED] war Mitglied einer Erbgemeinschaft, der ein Grundstück in Mönchen-Gladbach gehörte. Am 6. Juni 1963 wurde im Grundbuch die Abtretung einer auf diesem Grundstück lastenden Grundschuld von 2 000 DM an die Klägerin eingetragen, ferner, daß "der unabgeteilte Anteil" der Frau W [REDACTED] an den Nachlaß an die Klägerin verpfändet sei.

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus seiner Erklärung vom 22. Februar 1962, die sie als eine aufschiebend bedingte Bürgschaft ansieht, in Anspruch mit der Begründung, die Bedingung für die Bürgschaft sei eingetreten. Denn M [REDACTED] habe nur eine befristete Bürgschaft übernommen, während der Beklagte verpflichtet

gewesen sei, eine unefristete und auch im übrigen nicht beschränkte Bürgschaft des M. beizubringen.

Das Landgericht hat der im Kosteninteresse zunächst auf einen Teilbetrag von 1 500 DM beschränkten Klage stattgegeben. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin die Klage auf ihre gesamte Forderung von angeblich 57 112,02 DM erhöht und sie hilfsweise auf positive Vertragsverletzung und unerlaubte Handlung gestützt: Der Beklagte habe als ihr Vermittler nicht nur bei der Abwicklung des Geschäfts ihre Interessen nicht gewahrt, sondern selbst einen Teil der Darlehensvaluta veruntreut und im übrigen bei dem Kreditschwindel, dem sie zum Opfer gefallen sei, mitgewirkt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin die Klage weiter. Der Beklagte war nicht vertreten.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht verneint sowohl einen Anspruch aus Bürgschaft wie einen Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung oder unerlaubter Handlung. Ob ein Bürgschaftsanspruch zu Recht verneint worden ist, braucht hier nicht abschließend entschieden zu werden, weil auf jeden Fall die Abweisung auch eines Schadensersatzanspruches nicht rechtlich einwandfrei begründet worden ist.

II. Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, der Beklagte sei "auf Grund der mehrfachen geschäftlichen Zusammenarbeit der Parteien" vertraglich verpflichtet gewesen, wirtschaftliche Schädigungen der Klägerin aus dem von ihm vermittelten Kreditgeschäft abzuwenden. Es sei jedoch nicht bewiesen, daß der Beklagte insoweit seine Pflichten schuldhaft verletzt habe. Das gelte sowohl von der Verwendung der Darlehensvaluten durch den Beklagten, wie von der Sicherung der Klägerin durch die Übereignung des Inventars. Es sei nicht erwiesen, daß der Beklagte gewußt oder schuldhaft nicht gewußt habe, daß das Inventar - dies unterstellt - ganz oder teilweise Frau K. nicht gehört habe.

Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht insoweit den Sachverhalt, insbesondere auch den zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Inhalt der Ermittlungsakte 20 Js 935/64 StA Düsseldorf nicht erschöpfend gewürdigt hat (§ 286 ZPO).

2. Verwendung der Darlehensvaluta.

Unstreitig sind die Darlehensvaluten in Höhe von 18 801 DM für das Inventar des "Dschungel" und 21 012 DM für das Inventar der "Gemütlichen Ecke" dem Beklagten zur Weiterleitung ausgezahlt worden. Dieser hat unter Bezugnahme auf die vorprozessuale Korrespondenz behauptet, er habe die Beträge "bestimmungsgemäß" weitergeleitet, und zwar 18 801 DM an Frau W. und 21 012 DM

an die Verkäuferin, eine Frau L [REDACTED]. Wieso darin eine bestimmungsgemäße Verwendung des Geldes liegen soll, ist unerfindlich. Verkäuferin des Inventars, dessen Ankauf durch die Darlehen finanziert werden sollte, war Frau K [REDACTED]. Die 18 801 DM und 21 012 DM waren die Beträge, die Frau K [REDACTED] nach Abzug der angeblich an sie bereits geleisteten Anzahlungen (10 000 DM und 9 000 DM) - angeblich - noch zu erhalten hatte. Demnach wäre - geht man von den dem Geschäft zu Grunde liegenden Darlehensanträgen aus - die Darlehensvaluta an Frau K [REDACTED] weiterzuleiten gewesen. Diese hat als Zeugin bekundet, vom Beklagten 25 000 DM für das Inventar der "Gemütlichen Ecke" erhalten zu haben, während - nach der Aussage der Zeugin im Ermittlungsverfahren - der Sohn Georg der Frau W [REDACTED], der für diese die Verhandlungen führte, von dem Kauf des Lokals "Dschungel" zurückgetreten sei, weil er plötzlich kein Geld mehr gehabt habe. Frau W [REDACTED] selbst hat nach ihrer Aussage im Ermittlungsverfahren entgegen dem Vorbringen des Beklagten "von dem Darlehen keinen Pfennig gesehen". Das Berufungsgericht (BU S. 14) nimmt auf Grund der Aussage von Frau W [REDACTED] anscheinend an, diese habe nur ihren Namen für die Übernahme der Lokale zur Verfügung gestellt, während in Wirklichkeit Georg W [REDACTED], der schon damals wiederholt wegen Betruges bestraft war, der eigentliche Kreditnehmer gewesen sei. Wenn dieser - so das Berufungsgericht - nach der Aussage von Frau W [REDACTED] das Lokal "Dschungel" nicht eröffnet, sondern an andere Personen abgegeben habe, so ergebe sich daraus, daß Georg W [REDACTED] (auch) diese Gaststätte zunächst übernommen habe. Aus allem folge, daß die Darlehensvaluten ordnungsmäßig zur Übernahme der beiden Gast-

stättten verwendet worden seien. Der Senat vermag dem nicht zu folgen. Wer wirklich das Geld erhalten hat, steht nicht fest. Nimmt man an, daß 25 000 DM an Frau K. ausgezahlt worden sind, so bleibt offen, wo die restlichen rund 15 000 DM geblieben sind. Mindestens insoweit muß für die Revisionsinstanz davon ausgegangen werden, daß der Beklagte sie fehlgeleitet hat. Wieso das ohne dessen Verschulden möglich gewesen sein soll, ist nicht ersichtlich.

Es trifft nicht zu, wie das Berufungsgericht in erster Linie annimmt, daß durch eine Fehlleitung der Darlehensvaluta der Klägerin kein Schaden entstanden sei. Wenn der Beklagte - die Fehlleitung unterstellt - die Darlehensvaluta als mit der Weiterleitung beauftragter Vermittler der Klägerin veruntreut hätte, müßte die Klägerin dies im Verhältnis zur Darlehensnehmerin (Frau W.) vertreten. Die Darlehensnehmerin wäre also hinsichtlich des etwa veruntreuten Betrages gegenüber der Klägerin gar nicht verpflichtet worden. Schon darin läge der Schaden der Klägerin. Demgegenüber könnte der Beklagte nicht einwenden, die Klägerin würde ohnehin ihr Geld von Frau W. nicht zurückerhalten haben.

3. Sicherung der Klägerin durch Sicherungsübergabe.

Das Berufungsgericht stellt nicht fest, ob das Inventar der beiden Lokale der Zeugin K. gehört hat oder nicht. Es meint, auf jeden Fall sei dem Beklagten nicht nachgewiesen, daß er "eine Fälschung der

Inventarlisten" gekannt oder nur infolge Verschuldens nicht gekannt habe.

Auch das erschöpft den Sachverhalt nicht (§ 286 ZPO). Geht man mit dem Berufungsgericht davon aus, daß der Beklagte als Vermittler der Klägerin bei dem Geschäft tätig geworden ist, so mußte er in deren Interesse darüber wachen, daß die Klägerin Sicherungseigentümerin des Inventars wurde. Nach den von den Parteien überreichten Unterlagen (Darlehensanträge und Sicherungsübereignungsvortrag der Frau W. [REDACTED] vom 22. Februar 1962) hat lediglich Frau W. [REDACTED] - und nicht etwa Frau K. [REDACTED] - das Inventar an die Klägerin übereignet. Der Beklagte mußte demnach prüfen, ob die Klägerin hierdurch das Sicherungseigentum erhielt. Das hing in erster Linie davon ab, ob überhaupt Frau K. [REDACTED] Eigentümerin war und ob sie dieses Eigentum an Frau W. [REDACTED] übertragen hatte. Insoweit finden sich zwar entsprechende Vermerke auf den Inventarlisten, die aber Frau K. [REDACTED] - nach ihrer Aussage im Ermittlungsverfahren - nicht unterschrieben haben will. Unklar bleibt auch, wieso Frau K. [REDACTED] nach diesen Vermerken den ganzen Kaufpreis für das Inventar beider Lokale quittiert, während der Beklagte nach seinen Angaben 18 801 DM an Frau W. [REDACTED] und 21 012 DM an eine Frau I. [REDACTED] weitergeleitet haben will, und Frau K. [REDACTED] selbst nach ihrer Aussage lediglich 25 000 DM für das Inventar der "Gemütlichen Ecke" erhalten haben will. Des weiteren ist unstreitig, daß Frau W. [REDACTED] - oder Georg W. [REDACTED] - das Lokal "Dschungel" nie betrieben haben. Wenn das Berufungsgericht aus der Aussage, die Frau Windeck im Ermittlungsverfahren gemacht hat, ihr Sohn habe das Lokal "Dschungel" nicht eröffnet, sondern

an andere Personen abgegeben, folgert, daß Georg W. auch das Lokal "Dschungel" zunächst von Frau K. übernommen habe, so ist, wie die Revision mit Recht rügt, dieser Schluß nicht ausreichend begründet. Es ist ebensogut möglich, daß - wie Frau K. im Ermittlungsverfahren angegeben hat - das Lokal "Dschungel", nachdem Georg W. insoweit von dem Vertrag zurückgetreten war, unmittelbar von Frau K. an andere Interessenten übergegangen ist, so daß also Frau W. (oder ihr Sohn Georg) überhaupt nie den Besitz an diesem, der Klägerin sicherungsübereigneten Inventar erlangt haben. Jedenfalls bleibt offen, in welcher Weise der Beklagte bei diesen unklaren Verhältnissen und widerspruchsvollen Angaben der Beteiligten seiner Pflicht nachgekommen sein will, dafür zu sorgen, daß die Klägerin bei diesem Geschäft nicht zu Schaden kam. Insoweit war er bei den vielen Anzeichen, die hier für ein irreguläres Geschäft zum Nachteil der Klägerin sprachen, gehalten, selbst darzulegen, was er im Sicherheitsinteresse der Klägerin getan hat, bevor er die Darlehensanträge an sie weiterleitete. Erst dann ließ sich in umfassender Würdigung aller Umstände entscheiden, ob der Beklagte schuldhaft seine - vom Berufungsgericht angenommenen - Vertragspflichten gegenüber der Klägerin verletzt hat.

III. Das angefochtene Urteil war deshalb, weil die Abweisung der Klage nicht ausreichend begründet ist, gemäß § 564 ZPO aufzuheben. Für die nach § 565 ZPO zu erneuernde Verhandlung vor dem Berufungsgericht wird auf folgendes hingewiesen:

a) Für eine Schadensersatzpflicht des Beklagten kann es von entscheidender Bedeutung sein, ob er der Klägerin nur aus unerlaubter Handlung wegen Vorsatzes (§§ 826, 823 Abs. 2 BGB, 266, 263, 49 StGB) oder auch aus Vertragsverletzung wegen Fahrlässigkeit haftet. Daß den Beklagten gegenüber der Klägerin eine vertragliche Sorgfaltspflicht traf, bedarf gegebenenfalls der Begründung. Sie folgt nicht ohne weiteres daraus, daß der Beklagte schon wiederholt über die Firma B [REDACTED] Kreditanträge seiner Auftraggeber an die Klägerin weitergegeben hatte. Der Beklagte müßte vielmehr besondere Bindungen gegenüber der Klägerin eingegangen sein, indem er als Vermittler auch deren Vertragspartner wurde. Ein Indiz dafür könnte die Provisionsregelung abgeben, über die aber nichts festgestellt ist. Es kann auch nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden, daß der Beklagte nur Untervermittler der Firma B [REDACTED] war und nur zu dieser vertragliche Beziehungen unterhielt. Im übrigen bedarf es einer umfassenden Gesamtwürdigung insbesondere der aus den Ermittlungsakten sich ergebenden Umstände, die für ein irreguläres Geschäft zum Nachteil der Klägerin sprechen könnten.

b) Für eine Verpflichtung des Beklagten aus der Bürgschaft kommt es darauf an, ob die Klägerin die Bürgschaft des M [REDACTED] als Erfüllung der vom Beklagten durch die "Bestätigung" vom 22. Februar 1962 übernommenen Verpflichtung angenommen hat. Dazu bedarf es der Begründung, daß B [REDACTED] zu einer solchen Annahme an Erfüllungs Statt Vollmacht seitens der Klägerin hatte. Ferner ist klarzustellen, welchen Sinn die der Bürgschaft beigefügten Einschränkungen "bis zum 30. 4. 1962" und

"bis zur Eintragung einer Grundschild" einzeln und in ihrer Gesamtheit hatten. Denn nur wenn dies feststeht, läßt sich entscheiden, ob in der Annahme der Bürgschaft durch B [REDACTED] bzw. die Klägerin eine Annahme an Erfüllung Statt zu sehen ist. Die Klägerin hat in der erneuten Verhandlung vor dem Berufungsgericht Gelegenheit, die insoweit von der Revision erhobenen Bedenken geltend zu machen.

Da von der neuen Entscheidung des Berufungsgerichts auch abhängt, welche Partei die Kosten der Revision zu tragen hat, war auch diese Kostenentscheidung dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann