

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

GenG §§ 24, 42; BGB §§ 167, 179

Zur Haftung der Beteiligten, wenn bei einem finanzierten Kauf Käufer und Verkäufer den dazu nicht bevollmächtigten Rechner einer Spar- und Darlehenskasse veranlassen, namens dieser die Bürgschaft gegenüber dem Finanzierungsinstitut zu übernehmen.

BGH, Urt.v. 19. März 1969 - VIII ZR 150/67 - OLG Nürnberg
 LG Regensburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII_ZR_150/67

URTEIL

und
Versäumnisurteil

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

19. März 1969

Klett,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

gegen

1.

a)

b)
c)
d)
e)

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter:

2.

-

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. März 1969 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Messner, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 24. April 1967 aufgehoben.

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

Das Urteil ist gegenüber dem Beklagten zu 2) vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Bautechniker H., ein Genosse der zu 1) beklagten Genossenschaft (im folgenden: Genossenschaft), bestellte im Oktober und im November 1961 bei der Firma K. GmbH in München (Alleingesellschafterin und Geschäftsführerin: Hildegard K.) je ein Hoes-Grabenziehgerät zum Preise von je 55 300 DM. Die Firma K. lieferte im Oktober/November 1961 die Geräte dem Besteller schon aus, bevor die Finanzierung geregelt war. Am 15. Dezember 1961 stellte H. bei dem klagenden Kreditinstitut, mit dem die Firma K. auch sonst schon zusammen gearbeitet hatte, zwei formular-



mäßige Darlehensanträge über je 46 880 DM (Kaufpreis abzüglich Anzahlung). Die Finanzierung sollte gegen 20 Monatswechsel und Bürgschaft der Genossenschaft erfolgen. Am 16. Dezember 1961 übersandte die Klägerin an H. [REDACTED] zwei von ihr entworfene und von der Genossenschaft zu unterzeichnende Bürgschaftserklärungen. Am 30. Dezember 1961 verhandelten H. [REDACTED] und Hildegard K. [REDACTED] mit dem Beklagten zu 2), einem Landwirt, der damals nebenberuflich als Rechner der Genossenschaft angestellt war, um die Bürgschaft der Genossenschaft zu erhalten. Das Ergebnis dieser Besprechung, deren Inhalt im einzelnen streitig ist, war, daß der Rechner die Bürgschaftserklärungen unter Beifügung eines Firmenstempels der Genossenschaft unterschrieb. Andererseits übergab Hildegard K. [REDACTED] dem Rechner zwei Schecks über je 40 000 DM zur Gutschrift auf dem Konto H. [REDACTED] im Austausch gegen Schecks bzw. Wechsel in gleicher Höhe, die Hagg der Hildegard K. [REDACTED] aushändigte. Hierdurch sollte dem Rechner die Möglichkeit gegeben werden, im Jahresabschluß zu verschleiern, daß H. [REDACTED] schon vorher unter Duldung des Rechners seinen Kredit bei der Genossenschaft beträchtlich überzogen hatte.

Die beiden Bürgschaften übersandte Hildegard K. [REDACTED] am 31. Dezember 1961 dem ihr persönlich bekannten Inhaber der Klägerin mit folgendem Anschreiben:

"Beifolgend 2 sehr angenehme Dinge, auf daß das Jahr 62 so weiter gehe!!"

Am 3. Januar 1962 schrieb die Firma K. [REDACTED] an die Klägerin:

"Wie Ihnen bekannt, haben wir am 30.12.1961 mit der Raiffeisenkasse (das ist die Genossenschaft) verhandelt und erreicht, daß die Kasse für die beiden zuletzt finanzierten Maschinen die Bürgschaft übernommen hat.

Die Raiffeisenkasse hätte nun gern die Abtretung des Eigentumsrechts als Gegenwert für die Bürgschaft und wir haben den Leuten zugesichert, mit ihnen diesbezüglich zu verhandeln.

Wir bitten Sie höflich, sich direkt mit der Raiffeisenkasse in Verbindung zu setzen, auf welcher Basis diese Abtretung geschehen kann."

Am 10. Januar 1962 schrieb die Klägerin an die Genossenschaft unter "Einschreiben" die folgenden zwei gleichlautenden Schreiben:

"Die Händlerfirma H. K. [REDACTED] tritt an uns mit dem Ersuchen heran, die Eigentumsrechte an den Hoos-Grabenziehgeräten, für die Sie Bürgschaft leisteten, als Gegenwert Ihnen abzutreten.

Ihrem Ersuchen kann nur in Form einer Anschlußübereignung entsprochen werden. Wir haben deshalb beiliegende Anschlußübereignungen entsprechend für Sie gefertigt und nehmen gerne an, daß damit Ihr Ersuchen erfüllt ist."

Dem Schreiben lagen zwei mit "Anschlußübereignung" überschriebene Erklärungen der Klägerin bei, daß sie das ihr gegen H. K. [REDACTED] "zustehende Anwartschaftsrecht auf Eigentumsübertragung nach vollständiger Bezahlung des (Geräts) an die (Genossenschaft) abtrete". Die Klägerin hatte die Geräte ihrerseits an eine Refinanzierungsbank sicherungsübereignet.

Im Mai 1962 gingen von Hagg gegebene Finanzierungswechsel, die bei der Genossenschaft zahlbar gestellt waren, zu Protest. Die Klägerin hielt bei einer mündlichen Rücksprache dem Rechner vor, wie dies möglich sei, obschon die Genossenschaft sich doch für die Wechsel verbürgt habe. Der Rechner gestand, er sei nicht berechtigt gewesen, namens der Genossenschaft die Bürgschaft zu übernehmen. Im Juni 1962

holte die Firma K [REDACTED] die beiden Geräte von einer Baustelle des H [REDACTED] ab. Anlässlich einer Revision der Genossenschaft durch den Raiffeisenverband im Juni/Juli 1962 wurde aufgedeckt, daß der Rechner bereits im Dezember 1960 und April 1961 anlässlich der Finanzierung zweier weiterer Geräte namens der Genossenschaft zwei Wechsel-Einlösungsgarantien ("Banksicherheit") und eine Bürgschaft unterschrieben hatte, und zwar die "Banksicherheiten" zu Gunsten der Klägerin, die Bürgschaft zu Gunsten der Norddeutschen Finanzierungs AG in B [REDACTED]. Die Genossenschaft erlitt durch die Geschäfte mit H [REDACTED] einen Verlust von über 300 000 DM. Die Firma K [REDACTED] erstattete gegen den Rechner Strafanzeige wegen Betruges. Das Ermittlungsvorverfahren wurde mangels ausreichenden Tatverdachts eingestellt. Der Rechner hat für die Genossenschaft auf seinem Grundstück eine Sicherungsgrundschuld von 100 000 DM eintragen lassen.

Die Klägerin nimmt die Beklagten in Höhe ihrer restlichen Darlehensforderung nebst Zinsen gegen H [REDACTED], die sie zunächst mit 77 482,50, später mit 64 582,50 DM beziffert hat, aus Bürgschaft, hilfsweise aus unerlaubter Handlung und allen anderen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten in Anspruch. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Forderung in der angegebenen Höhe weiter. Die Beklagte zu 1 beantragt, die Revision zurückzuweisen, der Beklagte zu 2 war in der mündlichen Verhandlung nicht vertreten. Gegen ihn hat die Klägerin Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht führt aus:

Der Rechner sei nicht bevollmächtigt gewesen, namens der Genossenschaft eine Bürgschaft zu übernehmen. Hierauf habe

er bei der Unterredung am 30. Dezember 1961 seine Verhandlungspartner H. [REDACTED] und Hildegard K. [REDACTED] ausdrücklich hingewiesen. Deren Kenntnis müsse sich die Klägerin wie eine eigene zurechnen lassen. Denn H. [REDACTED] und Hildegard K. [REDACTED] seien, wenn auch nicht Vertreter, so doch Empfangsboten der Klägerin bei den Bürgschaftsverhandlungen gewesen. Der Rechner hafte deshalb weder als vollmachtloser Vertreter (§ 179 BGB) noch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen noch aus unerlaubter Handlung. Ihm könne auch nicht zum Verschulden angerechnet werden, daß er dem Schreiben der Klägerin an die Genossenschaft vom 10. Januar 1962 nicht widersprochen habe. Er habe nämlich annehmen dürfen, H. [REDACTED] und K. [REDACTED] hätten die Klägerin davon unterrichtet, daß die Bürgschaft ohne die Genehmigung des Vorstandes keinen Wert hatte. Es sei auch nicht anzunehmen, daß H. [REDACTED] und K. [REDACTED] dies der Klägerin absichtlich verschwiegen hätten. Dem Schreiben der Klägerin vom 10. Januar 1962 habe der Rechner entnehmen dürfen, daß die Klägerin in einem wesentlichen Punkte - der von ihm geforderten Übertragung des Sicherungseigentums auf die Genossenschaft - seinen Vertragsantrag nicht uneingeschränkt angenommen habe.

Die Genossenschaft hafte nicht aus Bürgschaft, weil der Rechner keine Vollmacht gehabt habe. Anscheinsvollmacht komme nicht in Frage. Denn die Klägerin müsse sich die Kenntnis des H. [REDACTED] und der Hildegard K. [REDACTED], daß der Beklagte als vollmachtloser Vertreter die Bürgschaftsurkunde unterschrieben habe, zurechnen lassen. Auch aus dem Schweigen der Genossenschaft auf den Einschreibebrief der Klägerin vom 10. Januar 1962 könne die Klägerin nichts herleiten. Der Rechner habe bei der Verhandlung vom 30. Dezember 1961 von seinen Verhandlungspartnern ausdrücklich verlangt, daß die Genossenschaft das volle Eigentum der zu finanzierenden Geräte erhalte. Dieses

Angebot habe die Klägerin durch ihr Schreiben vom 10. Januar 1962 nur mit Einschränkungen angenommen. Es gelte deshalb gemäß § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrag. Dieser weiche so sehr von dem früheren Antrag der beklagten Genossenschaft ab, daß die Klägerin aus deren Schweigen nicht auf eine Annahme habe schließen dürfen. Die Genossenschaft hafte schließlich auch nicht aus schuldhaftem Verhalten ihres Rechners, weil dieser keinen haftungsbe gründenden Tatbestand gesetzt habe.

Diese Begründung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

2. Vertretungsmacht des Rechners.

a) Der Rechner war nicht gesetzlicher Vertreter der Genossenschaft, die vielmehr gemäß §§ 24, 25 Genossenschaftsgesetz, § 18 des Statuts durch zwei Vorstandsmitglieder gesetzlich vertreten wurde, sondern lediglich Bevollmächtigter gemäß § 42 GenG (§ 23 des Statuts). Seine Vertretungsbefugnis bestimmte sich deshalb nach der ihm erteilten Vollmacht (§ 42 Abs. 1 Satz 1 GenG). Nach Nr. 1 des formularmäßigen Dienstvertrages hatte er "die Kassen- und Buchführung der Genossenschaft gewissenhaft zu besorgen". Durch eine weitere formularmäßige "Vereinbarung über teilweise Alleinzeichnung des Rechners" war er "zur Alleinzeichnung der Quittungen über die bei der Vereinskasse zur Einzahlung kommenden Beiträge" ermächtigt. Weiter reichte die ihm ausdrücklich erteilte Vollmacht nicht.

b) Im Ergebnis zu Recht verneint das Berufungsgericht auch die Voraussetzungen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht.

14

Allerdings ergibt sich dies entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht schon daraus, daß H. und Hildegard K. Verhandlungsgehilfen (Empfangsboten) der Klägerin gewesen seien und daß deshalb diese sich so behandeln lassen müsse, als habe der Rechner sie darauf hingewiesen, daß seine Unterschrift unter den Bürgschaftsurkunden ohne die Genehmigung des Vorstandes unwirksam war. Der Senat hat schon in dem Urteil VIII ZR 182/63 vom 5. April 1965 (LM BGB § 765 Nr. 31 = MDR 1965, 653 = BB 1965, 602 = Betrieb 1965, 968 = WM 1965, 473) ausgeführt, ein Schuldner, der sich auf Veranlassung des Gläubigers bei einem Dritten um eine Bürgschaft bemühe, werde nicht schon dadurch Verhandlungsgehilfe des Gläubigers, daß er dem Dritten einen vom Gläubiger formulierten Bürgschaftsentwurf vorlege; als Verhandlungsgehilfe des Gläubigers sei er nur anzusehen, wenn sich für den Dritten aus besonderen Umständen ergebe, daß der Schuldner als Vertrauensmann des Gläubigers in dessen Auftrag mit dem Dritten zu verhandeln berechtigt sei. Davon kann hier nicht die Rede sein.

Hagg und Hildegard K. verhandelten am 30. Dezember 1961 mit dem Rechner im eigenen Interesse. Es lag nämlich in ihrem Interesse, daß die Genossenschaft die Bürgschaft übernahm, damit die Finanzierung der an H. bereits ausgelieferten Geräte zustandekam. Unter diesen Umständen verhandelten sie mit dem Rechner auch im eigenen Namen und nicht im Namen der Klägerin. Zwischen dieser und der Genossenschaft bedurfte es hinsichtlich der Bürgschaft keiner Verhandlungen. Die Genossenschaft hatte sich nur zu entscheiden, ob sie die Bürgschaft übernehmen wollte oder nicht. H. und K. waren lediglich ermächtigt, die von der Genossenschaft unterschriebene Bürgschaftsurkunde für die

Klägerin in Empfang zu nehmen. Eine darüber hinausgehende Verhandlungsvollmacht hatten sie, wie die Revision zutreffend geltend macht, dagegen nicht. Keinesfalls waren sie bevollmächtigt, eine rechtsunwirksame Bürgschaftserklärung oder sogar den ausdrücklichen Hinweis seitens des die Bürgschaft unterzeichnenden Rechners entgegenzunehmen, daß er nicht berechtigt sei, für die Genossenschaft zu zeichnen. Denn der Klägerin lag, was für alle Beteiligten selbstverständlich war, nur an einer rechtswirksamen Bürgschaft der Genossenschaft. Die Klägerin braucht sich deshalb entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts die Kenntnis des H. und der Hildegard K., daß ihr Verhandlungspartner nur Rechner der Genossenschaft und für eine Bürgschaft nicht zeichnungsberechtigt war, nicht als eigene zurechnen zu lassen. Jedenfalls für die Revisionsinstanz ist davon auszugehen, daß die Klägerin die Bürgschaftsurkunden für ordnungsgemäß hielt und insbesondere annahm, daß sie von einem dazu bevollmächtigten Vertreter der Genossenschaft unterschrieben seien.

Jedoch kann aus anderen Gründen hier eine Duldungs- oder eine Anscheinsvollmacht des Rechners nicht bejaht werden.

c) Duldungsvollmacht setzt voraus, daß der Geschäftsherr weiß und duldet, daß jemand unbefugt als sein Vertreter auftritt, und daß der Erklärungsgegner nach Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte aus der Duldung auf eine Bevollmächtigung des "Vertreters" schließen darf. Bei der Anscheinsvollmacht dagegen wird eine Bindung des Geschäftsherrn an die Erklärung des "Vertreters" angenommen, weil der Geschäftsherr schuldhaft den Rechtsschein einer Vollmacht des "Vertreters" veranlaßt hat. In beiden Fällen aber kann der Erklärungsgegner die Annahme einer Vollmacht nur auf solche

Umstände stützen, die er bei Abschluß des streitigen Geschäfts gekannt hat (BGH NJW 1956, 460; WM 1961, 598). Denn Umstände, die der Dritte nicht kannte, konnten ihn nicht veranlassen, an eine Vollmacht des "Vertreters" zu glauben und rechtfertigen deshalb nicht den Schutz des Dritten, worin die Rechtsprechung zur Duldungs- und Anscheinsvollmacht ihren Grund hat. Deshalb scheidet zur Begründung einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht hier der ganze für die Revisionsinstanz als richtig zu unterstellende Vortrag der Klägerin aus, der Vorstand der Beklagten habe den Rechner nach Belieben schalten und walten lassen und habe sich im wesentlichen darauf beschränkt, in den Vorstandssitzungen zu den Vorschlägen des Rechners Ja und Amen zu sagen. Die Klägerin hat nicht behauptet, diese (angeblichen) Umstände schon im Januar 1962 gekannt zu haben und durch sie mitbestimmt worden zu sein, an die Vollmacht des Rechners zu glauben. Ebenso hat auch die vom Rechner am 10. April 1961 namens der Genossenschaft unterzeichnete Bürgschaft für die N [REDACTED] F [REDACTED] AG außer Betracht zu bleiben, weil nicht davon ausgegangen werden kann, daß die Klägerin diese bereits im Januar 1962 gekannt hat. Als Grundlage für die Annahme einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht verbleiben die vom Rechner am 19. Dezember 1960 unterschriebenen zwei "Banksicherheiten" (Wechsel-Einlösungsgarantien). Diese kannte die Klägerin, weil sie ihr von der Firma Kögel anlässlich eines früheren Finanzierungsgeschäfts übersandt waren.

Aus ihnen konnte aber die Klägerin nicht entnehmen, der Rechner sei auch im Dezember 1961 bevollmächtigt gewesen, für die Genossenschaft zwei weitere Bürgschaften zum Gesamtbetrage von rund 93 000 DM zu übernehmen. Die Klägerin behauptet nicht - und auch aus dem überreichten Schriftwechsel

ergibt sich nicht -, daß sie mit der Genossenschaft über d
"Banksicherheiten" korrespondiert hat und daraus entnehmen
konnte, sie seien vom Vorstand gebilligt worden. Einziger
Anhaltspunkt für eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht
konnte deshalb nur die Tatsache sein, daß die bis Dezem-
ber 1961 fälligen und bei der Genossenschaft zahlbar ge-
stellten Wechsel eingelöst waren. Daraus ergab sich aber
nicht einmal, daß die Genossenschaft die Wechsel auf Grund
ihrer Garantie eingelöst hatte. Ebensogut konnten sie auch
eingelöst sein, weil am Fälligkeitstag jeweils ein ent-
sprechender Gegenwert auf dem Konto des Hagg vorhanden war.
Aber auch wenn die Wechsel tatsächlich nur auf Grund der
Garantieerklärungen eingelöst worden sein sollten und die
Klägerin dies wußte, rechtfertigte das keine Rückschlüsse
auf eine Vollmacht des Rechners für die hier streitige Bür-
schaft.

Für eine ländliche Spar- und Darlehenskasse (§ 2 des
Statuts) ist die Übernahme einer Bürgschaft für einen Ge-
nossen, dazu noch in beträchtlicher Höhe, ein ungewöhnlich
Geschäft, das der Vorstand nicht einem nebenberuflich be-
schäftigten Rechner zu überlassen pflegt. Wer sich von ein
Genossenschaft eine Bürgschaft geben läßt, kann deshalb
nicht erwarten, daß dazu der Rechner befugt ist, auch wenn
dieser früher schon einmal namens der Genossenschaft eine
Einlösungsgarantie für Wechsel gegeben hat. Die Klägerin
hat nicht einmal vorgetragen, sie habe gewußt, daß die Unt-
schrift unter den Bürgschaften vom Rechner der Spar- und D-
lehenskasse stammte und sie habe sich überhaupt über desse:
Zeichnungsbefugnis Gedanken gemacht. Als Finanzierungs-
institut, das selbst Bankgeschäfte tätigt, hätte sie aber

wissen müssen, daß nach Gesetz und Statut grundsätzlich nur zwei Vorstandsmitglieder die Genossenschaft vertreten konnten. Sie hätte sich deshalb bei der Firma K., die ihr die Bürgschaft der Genossenschaft übersandt hatte, nach der Vollmacht dessen, der unterzeichnet hatte, erkundigen müssen. Dabei hätte sie erfahren, daß die Unterschrift vom Rechner stammte. Da dieser nach § 42 Abs. 2 GenG nicht "Handlungsbevollmächtigter zum gesamten Geschäftsbetrieb" sein, also nicht generell Vollmacht für die Unterzeichnung von Bürgschaftsurkunden haben konnte, bestand für die Klägerin hinreichender Anlaß, sich über das Bestehen einer Einzelvollmacht des Rechners für dieses Geschäft zu erkundigen. Da die Klägerin dieses alles unterlassen hat, verstößt die Beklagte nicht - was allein die Annahme einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht rechtfertigen könnte - gegen Treu und Glauben, wenn sie sich auf das Fehlen einer Vollmacht ihres Rechners beruft, auch wenn sie der Beaufsichtigung seiner Geschäftsführung nicht die gebotene Aufmerksamkeit geschenkt haben sollte.

Demnach ist die Genossenschaft durch die von ihrem Rechner abgegebenen Bürgschaftserklärungen (zunächst) nicht verpflichtet worden.

d) Hier gewinnen aber die Schreiben der Klägerin an die Genossenschaft vom 10. Januar 1962 ihre Bedeutung. Das Berufungsgericht hält sie mit Recht nicht für Bestätigungsschreiben: Die Klägerin bestätigte in ihnen nicht die Bürgschaftsvereinbarungen. Es ergab sich aber aus ihnen für den Leser, und damit für die Genossenschaft, daß diese - nach der Meinung der Klägerin rechtswirksam - die Bürgschaften für die Finanzierung der beiden Geräte übernommen hatte. Da die Genossenschaft auf die beiden Einschreibebriefe schwieg, durfte die Klägerin annehmen, daß die vom Rechner

unterzeichneten Bürgschaften in Ordnung gingen, und ferner, daß mit den "Anschlußübereignungen" auch die Sicherungswünsche der Genossenschaft befriedigt waren. Danach stellte sich die vom Berufungsgericht nicht beantwortete Frage, ob die Genossenschaft das Fehlen einer Vollmacht ihres Rechners trotz ihres Schweigens überhaupt noch einwenden durfte, sei es, daß die Klägerin das Schweigen der Genossenschaft als Genehmigung der Bürgschaftsübernahme nach § 177 BG auffassen durfte oder daß das Vorbringen der Beklagten insoweit als widersprüchliches und deshalb nach § 242 BGB unzulässiges Verhalten anzusehen war.

Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob der Genossenschaft ihr Schweigen zuzurechnen ist. Das wäre sicher dann zu bejahen, wenn, wie die Klägerin unter Beweis gestellt hat (Schriftsatz vom 24. Januar 1966 S. 4), ein Vorstandsmitglied der Genossenschaft die Einschreibebriefe erhalten hat. Denn wenn es darauf ankommt, ob eine Genossenschaft Kenntnis einer Tatsache erhalten hat, genügt grundsätzlich, daß ein Mitglied des Vorstandes von ihr Kenntnis erlangt hatte (Parisius/Crüger Genossenschaftsgesetz 10. Aufl. § 25 Anm. 11; Meyer/Meulenbergh Genossenschaftsgesetz 10. Aufl. § 25 Anm. 3). Aber auch wenn der Rechner die Schreiben absichtlich dem Vorstand vorenthalten haben sollte, um seine Eigenmächtigkeiten in den Geschäften mit H. zu verdecken, würde der Genossenschaft ihr Schweigen mindestens dann zuzurechnen sein, wenn ihr Vorstand, wie die Klägerin ebenfalls unter Beweis gestellt hat, seine Aufsichtspflicht gegenüber dem Rechner vernachlässigt haben sollte und damit selbst dafür verantwortlich wäre, daß die Schreiben vom 10. Januar 1962 ihm nicht zur Kenntnis gekommen sind. Das gleiche würde gelten, wenn der Vorstand nicht durch ent-

sprechende Anweisungen an den Rechner sichergestellt haben sollte, daß wenigstens wichtige Posteingänge dem Vorstand vorgelegt wurden. Dagegen kann der von der Rechtsprechung für Bestätigungsschreiben entwickelte Grundsatz, daß der Zugang des Schreibens im Sinne des § 130 BGB genügt, um den nicht widersprechenden Empfänger als zustimmend zu behandeln (BGHZ 20, 149, 152; NJW 1964, 1951), nicht ohne weiteres auch hier angewandt werden. Es kommt vielmehr nach §§ 157, 242 BGB auf eine Würdigung der gesamten Umstände an.

e) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts braucht ein Bürgschaftsvertrag auch nicht daran gescheitert zu sein, daß die Parteien auf jeden Fall in der Sicherungsfrage nicht einig geworden seien. Wollte das Berufungsgericht annehmen, der Rechner habe die Bürgschaften nur unter der Bedingung übernommen, daß die Genossenschaft das volle Sicherungseigentum an den Geräten erhalte, so bedurfte es, wie die Revision mit Recht rügt, einer Auseinandersetzung mit dem Wortlaut der Urkunden, die die Vermutung der Vollständigkeit für sich haben. Unstreitig hat ferner (s. das Anschreiben der Hildegard K. vom 31. Dezember 1961) die Klägerin zunächst nur die keine Bedingung enthaltenden Urkunden erhalten. Erst mit Schreiben vom 3. Januar 1962 an die Klägerin hat die Firma K. den Wunsch nach einer "Abtretung des Eigentumsrechts" an die Genossenschaft nachgeschoben. Die Genossenschaft hätte, wenn ihr das Schweigen auf die Schreiben der Klägerin vom 10. Januar 1962 zuzurechnen ist, sich stillschweigend damit einverstanden erklärt, anstelle des vollen Sicherungseigentums nur die Anwartschaft auf das Eigentum zu erhalten. Die Ansicht des Berufungsgerichts, beides sei so verschieden, daß die

Genossenschaft insoweit nicht habe zu widersprechen brauchen begegnet rechtlichen Bedenken. Wenn das Sicherungseigentum der Refinanzierungsbank bzw. der Klägerin im Zeitpunkt der Rückzahlung des Finanzierungsdarlehens erlosch und damit das Anwartschaftsrecht der Genossenschaft zum Vollrecht erstarkte, waren - wirtschaftlich gesehen - volles Sicherungseigentum und Anwartschaftsrecht nicht von so unterschiedlichem Wert, daß für die Genossenschaft sich ein Widerspruch erübrigte, wenn ihr statt des einen das andere geboten wurde. Abschließend läßt sich diese Frage überhaupt nur beantworten, nachdem zunächst im Wege der Auslegung geklärt ist, welchen Inhalt die in der Formulierung offenbar mißglückte "Anschlußübereignung" hatte, und festgestellt ist, welche Vereinbarungen in der Sicherungsfrage zwischen der Klägerin, H. [REDACTED] und K. [REDACTED] einerseits, und zwischen der Klägerin und der Refinanzierungsbank andererseits bestanden.

Nach dem jetzigen Sach- und Streitstand läßt sich jedenfalls nicht ausschließen, daß die Genossenschaft, nachdem sie die Schreiben der Klägerin vom 10. Januar 1962 unbeantwortet gelassen hat, aus den Bürgschaften haftet. Das angefochtene Urteil war deshalb gemäß § 564 ZPO aufzuheben, soweit es die Klage gegen die Genossenschaft abgewiesen hat.

f) Nur wenn im Ergebnis zu verneinen ist, daß die Genossenschaft aus Bürgschaft haftet, hat der Rechner die Bürgschaftsurkunden als Vertreter ohne Vertretungsmacht unterschrieben. Er selbst haftet gleichwohl nicht aus § 179 Abs. 1 BGB, weil - wie ausgeführt - die Klägerin bei Anwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt (vgl. RG HRR 1935 Nr. 104) den Mangel seiner Vertretungsmacht kennen mußte (§ 179 Abs. 3 Satz 1 BGB).

3. Haftung der Beklagten aus Verschulden
bei Vertragsverhandlungen.

Diese Frage stellt sich ebenfalls nur, wenn die Genossenschaft nicht schon aus Bürgschaft haftet. Das Berufungsgericht verneint sie im Ergebnis zu Recht.

Wer in Vertragsverhandlungen eintritt, übernimmt nach gefestigter Rechtsprechung damit die Verpflichtung, fair zu verhandeln. Enttäuscht er insoweit schuldhaft das Vertrauen des Verhandlungsgegners, so kann dieser Schadensersatz verlangen. Die Verhandlungen brauchen die Interessenten nicht selbst zu führen, sie können sich dabei Verhandlungsgehilfen bedienen, für deren Verschulden der Verhandlungspartner entsprechend § 278 BGB einzustehen hat. In einem solchen Fall bedarf es der Klarstellung, wer mit wem als Verhandlungspartner oder als Verhandlungsgehilfe verhandelt hat.

Hier haben einerseits Hagg und Kögel mit der Klägerin über die Finanzierung verhandelt mit dem Ergebnis, daß die Klägerin die Finanzierung übernehmen wollte, falls ihre Verhandlungspartner eine Bürgschaft der Genossenschaft beibrachten. Andererseits haben am 30. Dezember 1961 H. und K. mit dem Rechner über eine Bürgschaftsübernahme seitens der Genossenschaft verhandelt. Da sie dabei aber (s. oben zu 2. b) nicht Verhandlungsgehilfen der Klägerin waren, haben Verhandlungen zwischen der Klägerin und den Beklagten über die Übernahme der Bürgschaft nicht stattgefunden. Hat die Klägerin, wie anzunehmen ist, geglaubt, von ihren Verhandlungspartnern eine rechtswirksame Bürgschaft der Genossenschaft zu erhalten, und ist sie in diesem

Vertrauen enttäuscht worden, so mag sie sich an ihre Verhandlungspartner halten. H. und Hildegard K. könnten sich ihrerseits, wenn der Rechner sie getäuscht haben sollte, möglicherweise an diesen halten. Die Klägerin aber kann aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen Ansprüche nicht gegen die Beklagten herleiten, weil sie mit diesen nicht verhandelt hat und deshalb nicht durch sie in ihrem Vertrauen auf faires Verhandeln enttäuscht worden ist. Im Verhältnis zur Genossenschaft kommt hinzu, daß diese insoweit für ihren Rechner nicht entsprechend § 278 BGB einzustehen hätte, weil dieser ohne ihr Wissen und gegen ihren Willen tätig geworden ist, wodurch eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB ausgeschlossen wird (BGHZ 13, 111, 113; - VIII ZR 266/56 - vom 22. Oktober 1957 = LM BGB § 177 Nr. 5 = BB 1957, 1196).

4. Haftung der Beklagten aus unerlaubter Handlung.

a) Auch eine solche Haftung kommt nur in Betracht, wenn die Genossenschaft nicht schon aus Bürgschaft haftet. Dann reicht aber die Begründung des Berufungsurteils nicht aus, die Abweisung der Klage aus unerlaubter Handlung gegen den Rechner zu rechtfertigen. Hat der Rechner mindestens damit gerechnet, daß seine Verhandlungspartner die Klägerin mittels der von ihm unterschriebenen Bürgschaftserklärungen täuschen und zum Abschluß des Finanzierungsgeschäftes veranlassen würden, so können die Voraussetzungen der §§ 826, 823 Abs. 2 BGB, § 263 StGB nicht ohne weiteres verneint werden, auch wenn der Rechner selbst von seinen Verhandlungspartnern unter Druck gesetzt sein sollte, wie er behauptet. Das angefochtene Urteil war deshalb auch

insoweit aufzuheben, wie die Klage gegen den Rechner abgewiesen worden ist; insoweit ergeht das Urteil als Versäumnisurteil.

b) Für die unerlaubte Handlung ihres Rechners - diese unterstellt - braucht die Genossenschaft nicht nach § 31 BGB einzustehen. Denn der Rechner war weder Mitglied ihres Vorstandes noch ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter der Genossenschaft. Diese haftet auch nicht nach § 831 BGB. Denn der Rechner, dem nur die Kassen- und Buchführung oblag, der aber nicht befugt war, für die Bürgschaften zu übernehmen, hat dabei nicht in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtung gehandelt (vgl. RG JW 1929, 1002). Die Voraussetzungen für eine unerlaubte Handlung des Vorstandes selbst - als solche käme nur ein Verstoß gegen § 826 BGB in Frage - hat die Klägerin nicht vorgebracht. Dafür reicht insbesondere die Behauptung nicht aus, einzelne Vorstandsmitglieder hätten von den Kompetenzüberschreitungen des Rechners erfahren, gleichwohl aber habe der Vorstand nicht eingegriffen, und auch nicht die weitere Behauptung, ein Vorstandsmitglied habe den Einschreibebrief vom 10. Januar 1962 erhalten, aus dem die Bürgschaftsübernahme ersichtlich war.

5. Für die erneute Verhandlung vor dem Berufungsgericht (§ 565 ZPO) wird auf folgendes hingewiesen: Es wird unter den zu 2. d) erörterten Gesichtspunkten zunächst zu klären sein, ob die Genossenschaft sich noch auf das Fehlen der Vollmacht des Rechners berufen kann, obgleich sie das Schreiben der Klägerin vom 10. Januar 1961 nicht beantwortet hat. Ist das zu verneinen, so würde - nach dem jetzigen Sach- und Streitstand - die Genossenschaft aus Bürgschaft haften; es entfielen damit eine Haftung des

Rechners. Haftet aber die Genossenschaft nicht aus Bürgschaft, so sind die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung des Rechners erneut zu prüfen. Dazu bedarf es einer umfassenden Würdigung der Beweisaufnahme. Insbesondere ist zu klären, welche Vorbehalte der Rechner bei der Besprechung vom 30. Dezember 1961 gegenüber seinen Verhandlungspartnern gemacht hat, welche Vorstellungen ihn dazu bestimmt haben, unter Überschreitung seiner Befugnisse die Bürgschaften zu unterschreiben und warum er - anscheinend - auch nachträglich den Vorstand nicht mit diesen Bürgschaften befaßt hat.

6. Da von der Entscheidung des Berufungsgerichts auch abhängt, wer die Kosten der Revision zu tragen hat, war auch diese Entscheidung dem Berufungsgericht zu übertragen.

Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten zu 2 war gemäß § 708 Nr. 3 ZPO für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier