

106

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 252/73

URTEIL

Verkündet am

14. Mai 1975

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers Johann S. in V.,
Haus Nr. ,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

g e g e n

den Rentner Karl M. in I., I.straße,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Mai 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Dr. Hiddemann, Hoffmann und Merz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird unter Aufhebung des Urteils des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 30. Oktober 1973 das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Aurich vom 7. März 1973 geändert und wie folgt neu gefaßt:

Der Beklagte wird verurteilt, in die Auszahlung des bei dem Amtsgericht Leer zu HL 8/72 hinterlegten Betrags von 2 023,20 DM an den Kläger einzuwilligen.

Der Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger 388,92 DM nebst 10 % Zinsen aus 2 412,12 DM seit dem 11. November 1970 zu bezahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des ersten Rechtszugs haben der Kläger 19/20 und der Beklagte 1/20 zu tragen. Die Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens treffen den Kläger.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Der Vater des Beklagten, Georg S., war Bauunternehmer. Nach seinem Tode wurde das zum Nachlaß gehörende, in der Form des Handwerksbetriebs organisierte Baugeschäft weitergeführt, wobei der Beklagte Johann S. das Unternehmen faktisch leitete, wenn auch ein sogenannter Witwenbetrieb nach § 4 der Handwerksordnung vorlag. Das Geschäftskonto bei der Oldenburgischen Landesbank AG, Zweigstelle Leer, (Bank) wurde auf den Namen der Mutter des Beklagten, Therese S. geb. B., umgeschrieben. Der Beklagte hatte von seiner Mutter für dieses Konto Bankvollmacht. Im Zuge seiner Tätigkeit u. a. bei der Akzeptierung von Wechseln verwendete der Beklagte teilweise folgenden Firmenstempel:

"Johann S.
Bauunternehmung
V. Nr.
Postfach, Telefon

Weiter benutzte er Geschäftsbriefbogen mit dem gleichen Aufdruck und mit der Angabe von Bankverbindungen, darunter auch des Kontos, das auf seine Mutter lautete.

Im Jahre 1969 verhandelte der Beklagte mit dem Kläger über dessen Beteiligung an dem Bauunternehmen. Im Hinblick auf die angestrebte Teilhaberschaft gab der Kläger am 24. April 1969 der Bank eine schriftliche Bürgschaftserklärung, in der es u. a. heißt:



"Für alle Ansprüche und Forderungen, welche die Oldenburgische Landesbank AG in Oldenburg (Oldb) durch die Hauptniederlassung oder durch ihre Zweigniederlassungen gegen Herrn Johann S., Bauunternehmer, V., und Frau Therese S. geb. B., Ho. oder dessen - deren - Rechtsnachfolger aus der Geschäftsverbindung mit ihm - ihr - erworben hat oder künftig erwerben wird, insbesondere ..., übernehme (n) - ich - wir - hiermit zugunsten der genannten Bank die Bürgschaft als Selbstschuldner bis zum Betrage von 100 000 DM ..."

Weiter übergab der Kläger dem Beklagten am 5. Mai 1969 einen Scheck über 50 000 DM, der auf das Geschäftskonto bei der Bank gutgebracht wurde.

Am 25. September 1970 beantragte der Beklagte die Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen wegen Zahlungsunfähigkeit mit dem Hinweis, "daß er seine Zahlungen am 26. September 1970 eingestellt habe". Die Bank nahm daraufhin am 16. Oktober 1970 den Kläger aus seiner Bürgschaft wegen eines Betrages von 87 102,08 DM in Anspruch. Aus einer ihm dafür von der Bank zusammen mit der Kontokorrentforderung abgetretenen, auf dem Grundbesitz des Beklagten (nicht seiner Mutter, wie das Berufungsgericht aktenwidrig festgestellt hat, vgl. Bl. 21, 24, 33 und 35 GA) eingetragenen Grundschuld, konnte der Kläger in Höhe von 20 000 DM Befriedigung erlangen. Er mußte also insgesamt für seine Bürgschaft 67 102,08 DM aufwenden.

- 5 -

Am 22. Oktober 1970 ließ der Beklagte seinen Konkursantrag durch einen Anwalt zurücknehmen und führte dazu aus:

"Es besteht ein Baugeschäft in Ho[REDACTED] und jetzt in V[REDACTED] unter dem Namen Georg S[REDACTED]. Dieses war der Vater des Herrn Johann S[REDACTED]. Dieses Geschäft ist von der Mutter des Herrn S[REDACTED], Frau Therese S[REDACTED], geb. B[REDACTED], in Ho[REDACTED], als sogen. Witwengeschäft im Sinne der Handwerksordnung weitergeführt worden. Herr Johann S[REDACTED] war Angestellter seiner Mutter."

Am 30. Oktober 1970 beantragte die Mutter des Beklagten die Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen. Die Konkurseröffnung erfolgte am 13. November 1970.

Der Kläger erwirkte am 5. November 1970 gegen den Beklagten und seine Mutter als Gesamtschuldner den Erlaß eines Zahlungsbefehls über 50 000 DM nebst 10 % Zinsen hieraus seit dem 2. November 1970. Noch bevor auf den Widerspruch des Beklagten gegen den Zahlungsbefehl ein Verhandlungstermin stattgefunden hatte, wurde aufgrund eines Arrests am 20. November 1970 für den Kläger auf dem ideellen Hälfteanteil des Beklagten an einem Grundstück eine Sicherungshypothek zum Höchstbetrag von 53 000 DM eingetragen. Nachdem das Grundstück auf Betreiben des Klägers versteigert worden war, wurde wegen der Sicherungshypothek ein Betrag von 49 611,08 DM hinterlegt.

Der Kläger verlangt die Einwilligung des Beklagten in die Auszahlung des hinterlegten Geldbetrags und verfolgt im übrigen seinen Zahlungsanspruch weiter, der dem Zahlungsbefehl zugrunde lag.

Er hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen,

1. in die Auszahlung des bei dem Amtsgericht Leer zu HL 8/72 hinterlegten Betrages von 49 611,08 DM an den Kläger einzuwilligen,
2. an den Kläger 388,92 DM nebst 10 % Zinsen aus 50 000 DM seit dem 11. November 1970 zu bezahlen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Die Berufung des Beklagten, mit der er eine Abweisung der Klage anstrebte, soweit er über einen Betrag von 2 023,20 DM hinaus zur Einwilligung in die Auszahlung und zur Zahlung von Zinsen für mehr als 2 412,12 DM verurteilt worden war, ist erfolglos geblieben.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine Anträge aus der Berufungsinstanz weiter.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. 1.a) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es könne dahingestellt bleiben, ob der Beklagte tatsächlich Mitinhaber des Baugeschäfts gewesen sei. Er habe auf jeden Fall nach Treu und Glauben für die Verbindlichkeiten des Baugeschäfts gegenüber der Bank einstehen müssen, weil er sich dieser gegenüber als Inhaber, mindestens aber als Mitinhaber des Geschäfts geriert habe. Diese Forderung der Bank gegen den Beklagten sei nach § 774 BGB auf den Kläger als in Anspruch genommenen Bürgen übergegangen.

b) Hiergegen wendet sich die Revision mit dem Hinweis, die Bank habe nach dem Tode des Vaters des Beklagten dessen Konto, über das die Geschäftsvorfälle des Baugeschäfts abgewickelt worden seien, auf die Mutter des Beklagten umgeschrieben. Nur mit ihr als Kundin habe die Bank hinsichtlich dieses Kontos in Geschäftsverbindung gestanden. Daß die Kontoinhaberin ihrem Sohn, dem Beklagten, eine Bankvollmacht für ihre Konten erteilt und dieser im wesentlichen allein die Kontobewegungen veranlaßt habe, habe nicht dessen Mithaftung für einen etwaigen Debetsaldo begründet. Ein Guthaben auf dem Konto habe nach dem Bankvertrag allein der Kontoinhaberin zugestanden, ein Debetsaldo nur sie belastet.

2. Das Berufungsurteil kann gegenüber den Angriffen der Revision keinen Bestand haben.

a) Nach § 774 Abs. 1 BGB geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner mangels entgegensehender, anderweiter Abrede (RGZ 148, 65/66) kraft Gesetzes insoweit auf den Bürgen über, als dieser den Gläubiger befriedigt. Hier konnte also ein Anspruch gegen den Beklagten nur dann auf den Kläger übergehen, wenn der Bank ein solcher zustand. Das hat das Berufungsgericht jedoch zu Unrecht bejaht.

b) Für die Bank stand als Kundin und Inhaberin des hier streitigen Kontos die Mutter des Beklagten fest. Mit Recht verweist die Revision darauf, daß der Bank auch klar war, daß der Beklagte seine Tätigkeit die zu Bewegungen auf dem Konto seiner Mutter führte, nur aufgrund der ihm erteilten Bankvollmacht ausüben konnte. Wie der Beklagte sich sonst in der Öffentlichkeit gegenüber dem Kläger oder Dritten gerierte, ob er diesen gegenüber als Alleininhaber oder Mitinhaber des Baugeschäfts erscheinen mußte, war gegenüber der Bank belanglos; denn diese konnte ihn nicht kraft Rechtscheins als Kontoinhaber und damit als Geschäftspartner des Bankvertrags und damit auch nicht als Kreditnehmer ansehen. Ihr war bekannt, daß seine Verfügungen ihr gegenüber nur und ausschließlich auf der Vollmacht der Kontoinhaberin beruhten. Soweit das Berufungsgericht hier Treu und Glauben (§ 242 BGB) herangezogen hat, um zu einer Haftung des Beklagten kraft Rechtscheins gegenüber der Bank zu kommen, beruhen seine Ausführungen auf Rechtsirrtum; denn der Bank gegenüber konnte weder die Verwendung eines den Tatsachen nicht entsprechenden Firmenstempels oder Briefkopfs, noch das Verhalten des Beklagten nach außen, noch seine

später wieder zurückgenommene Konkursanmeldung den Rechtsschein erzeugen, er sei nicht nur Bevollmächtigter der Kontoinhaberin, sondern Inhaber oder mindestens Mitinhaber des fraglichen Kontos seiner Mutter, über das die Bank in vertraglichen Beziehungen zu dieser stand. Dabei kommt es auch nicht darauf an, daß der Beklagte fast ausschließlich die Verhandlungen mit der Bank, die den Bankvertrag seiner Mutter und die Bewegungen von deren Konto betrafen, geführt hat, wie das Berufungsgericht festgestellt hat; denn dazu war er aufgrund seiner Vollmacht ermächtigt. Daß der Beklagte der Bank gegenüber seine Vollmacht in irgendeiner Weise überschritten hätte, ist nicht vortragen. Andere vertragliche Ansprüche zwischen der Bank und dem Beklagten sind aus dem Sachverhalt nicht erkennbar. Daß Ansprüche der Bank aufgrund unerlaubter Handlung gegen den Beklagten bestünden, ist von keiner Seite behauptet.

c) Die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte sei in der Bürgschaftserklärung des Klägers vom 24. April 1969 unwidersprochen als Mithaftender des auf den Namen seiner Mutter lautenden Geschäftskontos aufgeführt worden, ist aktenwidrig. Eine solche Feststellung ist dem Text der Urkunde, der im Berufungsurteil auszugsweise wiedergegeben ist, nicht zu entnehmen. Der Kläger hatte sich der Bank gegenüber verbürgt für alle Ansprüche und Forderungen, die die Bank aus der Geschäftsverbindung mit dem Beklagten und mit seiner Mutter erworben hatte oder erwerben würde. Für diese beiden

Forderungsgruppen mußte der Kläger als Bürge ein-
stehen und diese Forderungen gingen im Falle sei-
ner Inanspruchnahme als Bürge auf ihn nach § 774
BGB über; denn die Forderung des Gläubigers geht
so auf den Bürgen über, wie sie im Zeitpunkt der
Befriedigung des Gläubigers besteht (RGR-Komm.
BGB 12. Aufl. Rdn. 2 zu § 774).

Fehl geht allerdings in diesem Zusammenhang
der Hinweis der Revision, der Kläger habe selbst
vorgetragen, daß der Beklagte bei der Bank kein
eigenes Konto unterhalten habe (S. 4 des Schrift-
satzes vom 5. September 1973 - Bl. 104 GA); denn
der Beklagte hat eingeräumt, daß er bei der Bank
ein eigenes Konto unterhielt (S. 3 des Schrift-
satzes vom 2. Oktober 1973 - Bl. 111 GA). Auch
auf Forderungen der Bank, die sich aus dieser
Geschäftsverbindung zum Beklagten ergeben konnten,
erstreckte sich die Bürgschaft des Klägers nach
ihrem Wortlaut, Überdies bestand auch unstreitig
eine Forderung der Bank gegen den Beklagten un-
mittelbar wegen eines auf ihn gezogenen Wechsels,
die die Bank der Bürgschaft unterstellte, wie sich
aus ihrem Schreiben an den Kläger vom 16. Oktober
1970 ergibt.

II. Bestand aber keine Forderung der Bank gegen
den Beklagten mit Ausnahme des geringfügigen Betrags,
den der Beklagte selbst einräumt, dann kann auch auf
den Kläger eine Forderung insoweit nicht nach § 774
BGB übergegangen sein. Der Senat kann aufgrund der

Feststellungen des Berufungsgerichts hier in der Sache selbst entscheiden, da weitere aufklärungsbedürftige oder der tatrichterlichen Beurteilung unterliegende Umstände nicht erkennbar sind. Insbesondere sind Anhaltspunkte dafür, daß der Bank etwa Forderungen aus unerlaubter Handlung gegen den Beklagten hätten zustehen können, die auf den Kläger übergegangen sein könnten, nicht vorgetragen. Bei dieser Sachlage war das Berufungsurteil aufzuheben und die Entscheidung des Landgerichts in dem Umfange abzuändern, in dem dies der Beklagte mit seinem Rechtsmittel begehrt hat.

III. Die Kostenverteilung ergibt sich für den ersten Rechtszug aufgrund des anteilsmäßigen Obsiegens und Unterliegens der Parteien (§ 92 Abs. 1 ZPO). Die Kosten der Rechtsmittelinstanzen dagegen hat der Kläger zu tragen, da der Beklagte insoweit voll obsiegt hat (§ 91 ZPO).

Dr. Haidinger

Claßen

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Merz