

# BUNDESGERICHTSHOF<sup>2138 010</sup>

## IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 22/66

### URTEIL

Verkündet am  
27. März 1968  
Klett,  
Justizhaupt-  
sekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 1) der Frau Luitgard B [REDACTED] geb. Prinzessin zu  
Y [REDACTED] und Bü [REDACTED] in Di [REDACTED], Am So [REDACTED],
- 2) der Frau Heilweg J a [REDACTED] geb. Prinzessin zu  
Y [REDACTED] und Bü [REDACTED] in Kr [REDACTED] üb. La [REDACTED] (E [REDACTED]),
- 3) der Frau Jutta N e [REDACTED] geb. Prinzessin zu  
Y [REDACTED] und Bü [REDACTED] in Ro [REDACTED] üb. Da [REDACTED],  
Ol [REDACTED] weg [REDACTED],  
als gesetzliche Erben der Frau Sigrid Prinzessin zu  
Y [REDACTED] und Bü [REDACTED] geb. Gräfin von Bl [REDACTED],  
Bü [REDACTED], Hessen,

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. S. S. [REDACTED] -

gegen

die D [REDACTED] B a n k Aktiengesellschaft in  
K [REDACTED], vertreten durch ihre Vorstandsmitglieder Dr. Adolf  
Sch [REDACTED] und Fritz A [REDACTED] beide in Du [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. März 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 5. August 1965 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

-----

Die klagende Bank nimmt die Beklagten als Erben ihrer während des Berufungsrechtszuges verstorbenen Mutter, der Frau Sigrid Prinzessin zu Y■■■■ und BÜ■■■■ (Erblasserin) aus einer Bürgschaft vom 15. Februar 1961 in Anspruch. Die Bürgschaft hat folgende Vorgeschichte:

Die Klägerin hatte als Kunden den Rechtsanwalt Dr. Carl von H■■■ in K■■■. Dieser war seit 1946 Bevollmächtigter der Erblasserin für einen ihr zugefallenen Nachlaß und seit 1955 ihr Generalbevollmächtigter. Rechtsanwalt von H■■■ baute auf seinem Grundstück K■■■, Ap■■■■-■■■■platz und nahm dafür bei der Klägerin in steigendem Maße Zwischenkredit als "Überziehungs-Barkredit" in An-

spruch. Dieser Überziehungskredit wurde Anfang 1960 von 15 000 auf 40 000 DM erhöht. Zur Sicherung trat von H. eine drittstellige Eigentümergrundschuld auf dem Baugrundstück von 80 000 DM (mit Vorbelastungen von rd. 278 000 DM) an die Klägerin ab. Der zunächst nur bis Ende Mai 1960 in Aussicht genommene Kredit mußte mehrfach verlängert werden und wurde auch überschritten. Er betrug im Februar 1961 rd. 80 000 DM.

Am 14. Februar 1961 wurde ein Wechsel des Rechtsanwalts von H. über 50 000 DM (Gläubiger: J.) fällig. Für diese Schuld hatte die Erblasserin sich schon am 12. Dezember 1960 gegenüber dem Gläubiger J. verbürgt. Am 16. Februar 1961 löste die Klägerin auf Veranlassung des Rechtsanwalts von H. den Wechsel ein, nachdem sie weitere Sicherheiten erhalten hatte. Diese bestanden einmal in der hier streitigen Bürgschaft, die Rechtsanwalt von H. am 15. Februar 1961 namens der Erblasserin als ihr Generalbevollmächtigter übernahm, und zwar "für alle Forderungen der (Klägerin) gegen (Rechtsanwalt von H.) aus der Geschäftsverbindung ... bis zum Höchstbetrage von DM 60 000, zuzüglich der auflaufenden Zinsen, Provisionen, Spesen und Kosten ..."; die Annahme dieser Bürgschaft bestätigte die Klägerin am 20. Februar 1961 schriftlich auch der Erblasserin. Ferner ließ Rechtsanwalt von H. - wiederum als Generalbevollmächtigter der Erblasserin - auf deren Grundbesitz in Unkel zu seinen eigenen Gunsten eine nachstellige Grundschuld von 60 000 DM eintragen und trat diese Grundschuld am 15. Februar 1961 an die Klägerin ab. Am 3. März 1961 bestätigte die Klägerin ihm die Vereinbarungen wie folgt:

"Der Ordnung halber bestätigen wir Ihnen die bereits mündlich gemachte Zusage, daß wir Ihnen im Rahmen unserer Allgemeinen Geschäftsbedingungen und zu den je-



weils gültigen Konditionen

DM 80 000,-- -Überziehungs-Barkredit-

sowie

DM 50 000,-- -Zusatz-Überziehungs-Barkredit-

zur Verfügung stellen. Als Sicherheit für unsere Vorlagen besitzen wir

DM 80 000,-- an uns abgetretene Eigentümergrundschild a/Ap[REDACTED]platz [REDACTED], im Range nach rund insgesamt DM 279.000,-- Vorbelastung;

ferner

DM 60 000,-- zu Gunsten von Ihnen eingetragene und an uns abgetretene Grundschild a/Baugrundstück U[REDACTED] a/Rhein, im Range nach rund DM 200 000,-- Vorbelastung, Größe: 20.000,- qm, Eigentümerin: Sigrid Prinzessin zu Y[REDACTED] und Bü[REDACTED];

DM 60 000,-- selbstschuldnerische Bürgschaft von Sigrid Prinzessin zu Y[REDACTED] und Bü[REDACTED].

Aus den Unterredungen mit uns bemerkten wir uns, daß Sie den Kredit in den nächsten Tagen um DM 60 000,-- aus einer Zahlung der Deutschen I[REDACTED] In[REDACTED] AG., F[REDACTED] ermäßigen werden und der Rest ebenfalls aus einer Zahlung derselben Gesellschaft, die Sie bis Ende d.M. erwarten, abgedeckt wird.

Wir möchten in diesem Zusammenhang darauf hinweisen, daß wir größten Wert auf eine termingemäße Erledigung legen. ..."

Rechtsanwalt von H[REDACTED] erklärte sich am 17. März 1961 schriftlich mit dem Inhalt dieses Schreibens in allen Teilen einverstanden. Die Klägerin ließ sich am 30. März 1961 zu der Abtretung der Grundschild von Rechtsanwalt von H[REDACTED] noch folgende schriftliche Erklärung abgeben:

"Als Bevollmächtigter der (Erblasserin) habe ich Ihnen eine Grundschuld von DM 60 000,-- ... abgetreten.

In meiner vorgenannten Eigenschaft erkläre ich folgendes:

Für diese Grundschuld sollen folgende Bestimmungen gelten:

1. Die Grundschuld nebst Zinsen dient Ihnen als Sicherheit wegen aller Ihrer Ansprüche, die Ihnen ... gegen mich aus der Geschäftsverbindung ... oder aus einem sonstigen Rechtsgrunde gegenwärtig zustehen oder noch erwachsen werden.

2. - 6. ..."

Rechtsanwalt von H. gelang es nicht, den Bau fertigzustellen; die Bauarbeiten wurden eingestellt. Am 4. August 1961 erhielt die Klägerin von der Erblasserin, die Grundbesitz in U. veräußert hatte, rd. 62 700 DM zur Ablösung der Grundschuld von 60 000 DM. Am 7. August 1961 verstarb Rechtsanwalt von H. Es wurde Nachlaßverwaltung angeordnet. Sein Grundstück Ap. - platz mit dem nicht fertiggestellten Bau wurde am 12. Juli 1962 zwangsversteigert. Auf die Grundschuld der Klägerin von 80 000 DM entfielen rd. 19 000 DM. Nach deren Gutsschrift verblieb eine Forderung der Klägerin gegen den Nachlaß des Rechtsanwalts von H. von 61 189 DM (ohne Zinsen). Diesen Betrag verlangt die Klägerin von den Beklagten aus der Bürgschaft der Erblasserin vom 15. Februar 1961. Infolge weiterer Zahlungen aus dem Nachlaß von H. hat sich die Forderung auf 38 757,65 DM nebst Zinsen ermäßigt.

Die Vorinstanzen haben die Beklagten verurteilt. Ihre Revision erstrebt Klagabweisung. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. In den Vorinstanzen haben die Parteien in erster Linie darum gestritten, ob die Bürgschaft der Erblasserin und die Grundschuld über je 60 000 DM 2 voneinander unabhängige Sicherheiten von zusammen 120 000 DM waren und in dieser Höhe alle Forderungen der Klägerin aus der Geschäftsverbindung mit Rechtsanwalt von H. sicherten (so: die Klägerin), oder ob die beiden Sicherheiten nur den durch die Einlösung des Wechsels gewährten "Zusatz-Überziehungskredit" von 50 000 DM sichern sollten (so: die Beklagten) und deshalb durch die Bezahlung der Grundschuld auch die Bürgschaftsforderung getilgt war. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß nach der Bürgschaftsurkunde und dem Schreiben des Generalbevollmächtigten der Erblasserin vom 30. März 1961 an die Klägerin das erstere der Fall sei und daß demgegenüber die Beklagten eine vom Wortlaut der Urkunden abweichende Vereinbarung nachweisen müßten, aber nicht nachgewiesen hätten. Die Revision hat insoweit keinen Rechtsfehler des Berufungsgerichts aufgedeckt.

Daß nach § 19 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und nach dem Wortlaut der Bürgschaftsurkunde die klagende Bank von der Bürgin Sicherheiten verlangen konnte, besagt nichts dafür, daß hier die Grundschuld von 60 000 DM nur als Sicherung für die Bürgschaftsforderung und nicht als weitere Sicherheit für alle Forderungen der Bank gegen Rechtsanwalt von H. bestellt worden ist. Ebenso wenig ist von Bedeutung, daß die Urkunde vom 15. Februar 1961 über die Abtretung der Grundschuld an die Klägerin nicht angibt, welche Forderungen diese Grundschuld sichern sollte. Eben dies ist in der Formular-

erklärung vom 30. März 1961 nachgeholt worden. Ferner können die Beklagten für ihren Standpunkt auch nichts aus einem Schreiben des Notars vom 28. Juni 1961 herleiten, in dem dieser der Klägerin mitteilt, "Ihre Forderung aus diener Grundschuld (von 60 000 DM) soll abgelöst und diese im Grundbuch gelöscht werden." Es ist eindeutig, daß mit der Ablösung der Grundschuld die Forderung getilgt werden sollte, zu deren Sicherung sie bestellt war. Das aber war ihre Forderung gegen den Kunden und nicht ihre Forderung gegen die Bürgin.

2. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe übersehen, daß bei dem von ihm eingenommenen Standpunkt die Übernahme der Bürgschaft durch die Erblasserin deren ganzes Vermögen erschöpft und deshalb der Zustimmung ihres Ehemannes bedurft habe (§ 1365 BGB); denn nach einer Angabe der Erblasserin in der notariellen Vollmachtsurkunde vom 4. März 1955 habe ihr gesamtes Vermögen nur 80 000 DM betragen, sie habe aber durch die Bürgschaft von 60 000 DM und die Grundschuld von nochmals 60 000 DM Sicherheiten in Höhe von insgesamt 120 000 DM geleistet. Auf diese Einwendung braucht schon deshalb nicht eingegangen zu werden, weil ihre tatsächlichen Voraussetzungen erst in der Revisionsinstanz vorgetragen worden sind (§ 561 ZPO). Wenn die von der Klägerin vorgelegte Vollmachtsurkunde aus dem Jahre 1955 die Angabe enthält, das Vermögen der Erblasserin betrage (nur) 80 000 DM, so konnte das Berufungsgericht daraus unmöglich eine Behauptung der Beklagten finden, die Erblasserin habe sich im Jahre 1961 durch die Übernahme der Bürgschaft zu einer Verfügung über ihr Vermögen im ganzen verpflichtet. Die Kombinationen tat-

sächlicher Art, aus denen die Revision dies folgern will, hätten in den Tatsacheninstanzen vorgetragen werden müssen.

3. a) In der Berufungsinstanz haben die Beklagten gegenüber der Klageforderung die Einrede der Arglist erhoben:

Die Erblasserin habe zwar nichts dagegen einzuwenden gehabt, daß Rechtsanwalt von H. aufgrund der Generalvollmacht für sie die Bürgschaft übernommen habe, soweit dies erforderlich gewesen sei, um die Klägerin zur Einlösung des Wechsels J. zu veranlassen. Denn insoweit habe es sich für die Erblasserin nur um eine Umschuldung gehandelt. Rechtsanwalt von H. habe aber als ihr Vermögensverwalter seine Vollmacht gröblich mißbraucht, als er die Bürgschaft der Erblasserin auf sein Gesamtengagement bei der Klägerin erstreckt habe, und erst recht, als er durch die zusätzliche Bestellung der Grundschuld auf dem Grundbesitz der Erblasserin zu deren Lasten für seine eigenen Bankschulden der Klägerin Sicherheiten in einer Höhe von insgesamt 120 000 DM gestellt habe. Die Klägerin habe auch erkennen müssen, daß Rechtsanwalt von H. gegenüber der Erblasserin ungetreu handelte. Denn sie habe schon Mitte Februar 1961 gewußt, daß Rechtsanwalt von H. in zerrütteten Vermögensverhältnissen lebte. Sie habe sich aber der Erkenntnis, daß Rechtsanwalt von H. als Vermögensverwalter der Erblasserin offensichtlich strafbare Untreue beging, geflissentlich verschlossen, um nicht in der Wahrung ihrer eigenen Interessen behindert zu sein.

b) Das Berufungsgericht hält den Einwand der Beklagten für unbegründet:

Zwar habe die hohe Verschuldung des Hauptschuldners Dr. von H. eine Inanspruchnahme der Bürgin erwarten lassen, weil die Sicherung durch die Grundschild von 80 000 DM angesichts der erheblichen Vorbelastungen unzureichend gewesen sei. Die Klägerin habe aber davon ausgehen dürfen, daß die Bürgin sich selbst über die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners unterrichtete. Die Beklagten hätten auch ihre Behauptung, Dr. von H. habe trotz formeller Legitimation gegen den erklärten Willen der Erblasserin gehandelt und die Klägerin habe dies gewußt, nicht unter Beweis gestellt. Das eigene Verhalten der Erblasserin spreche nicht dafür, daß von H. gegen ihren Willen gehandelt habe, zumal sie dem Schreiben der Klägerin vom 20. Februar 1961 über die Annahme der Bürgschaft nicht widersprochen habe. Abgesehen davon, daß die Übernahme der Bürgschaft für Verbindlichkeiten des Dr. von H. im persönlichen oder geschäftlichen Interesse der Erblasserin gelegen haben könne, sei es nicht Sache der Klägerin gewesen, den Beziehungen zwischen Dr. von Hobe und der Erblasserin nachzugehen.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe sich nicht an die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze gehalten, nach denen der Vertretene bei Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den Vertreter unter bestimmten Voraussetzungen das Rechtsgeschäft mit dem Dritten nicht gegen sich gelten zu lassen brauche. Sie erhebt außerdem zahlreiche Verfahrensrügen nach § 286 ZPO. Die Rügen haben Erfolg.

c) Soweit das Berufungsgericht überhaupt einen Mißbrauch der Vertretungsmacht seitens des Rechtsanwalts von H. nicht für erwiesen hält, schöpft es das Vorbringen der Beklagten nicht aus (§ 286 ZPO). Die Beklagten hatten geltend gemacht, die Erblasserin habe das Schreiben der Klägerin vom 20. Februar 1961 mit Rücksicht auf ihre frühere Bürgschaft vom 20. Dezember 1960 dahin verstanden, daß es sich nur um eine Umschuldung handelte. Dies war nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Denn aus dem Schreiben war nicht zu entnehmen, für welche Schuld Dr. von H. namens der Erblasserin die Bürgschaft übernommen hatte. Das Schreiben lautet insoweit:

"Der Ordnung halber bestätigen wir den Empfang der von Herrn Rechtsanwalt Dr. Carl von H. aufgrund seiner erweiterten Generalvollmacht für Sie unterzeichneten Urkunde, gemäß welcher Sie uns gegenüber zu Gunsten des Herrn

Rechtsanwalt Dr. Carl von H.,  
K., Ka. str. ,

die selbstschuldnerische, auf eine bestimmte Zeit nicht befristete Bürgschaft in Höhe von

DM 60.000,--

zuzüglich der auflaufenden Zinsen, Provisionen, Spesen und Kosten jeder Art übernommen haben. ..."

Die Erblasserin konnte demnach, unterstellt man das Vorbringen der Beklagten als richtig, davon ausgehen, daß sich durch die von ihrem Generalbevollmächtigten abgegebene Bürgschaftserklärung lediglich insofern etwas geändert hatte, daß sie nunmehr für 60 000 DM statt - wie bisher aufgrund der von ihr selbst übernommenen Bürgschaft - für 50 000 DM als

Bürgin haftete. In Wirklichkeit aber hatte Rechtsanwalt von H■■■■ ihr Vermögen in Höhe von 120 000 DM zur Sicherung eigener Verbindlichkeiten gegenüber der Klägerin eingesetzt, ihre Haftung also nicht nur auf mehr als das Doppelte erhöht, sondern sie auch vom ursprünglichen Schuldgrund (Forderung J■■■■) völlig gelöst und sie in weitest möglichem Umfang an sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen eigenen Verbindlichkeiten aus der Geschäftsverbindung mit der Klägerin geknüpft.

Unter diesen Umständen durfte das Berufungsgericht nicht, ohne sich mit dem Vorbringen der Beklagten auseinanderzusetzen, in dem Umstand, daß die Erblasserin dem Schreiben der Klägerin vom 20. Februar nicht widersprochen hatte, einen Anhalt dafür finden, daß diese in Wirklichkeit mit dem Gebrauch, den Dr. von H■■■■ von der Generalvollmacht machte, einverstanden war.

Andererseits hatten die Beklagten Beweis dafür angeboten, daß Dr. von H■■■■ schon im Februar 1961 sich in völliger Vermögenszerrüttung befand, daß er den Bau hatte stillegen müssen, daß Bauhandwerker aufgrund einstweiliger Verfügung auf dem Baugrundstück sich eine Sicherungshypothek von 29 000 DM hatten eintragen lassen, daß auf Anderkonten des Rechtsanwalts Dr. von H■■■■ sich verdächtige Geldbewegungen zeigten und daß bereits die Anwaltskammer mit den Schwierigkeiten des Rechtsanwalts Dr. von H■■■■ befaßt gewesen sei. Da das Berufungsgericht diese Beweise nicht erhoben hat, ist für die Revisionsinstanz der Vortrag der Beklagten als richtig zu unterstellen. Das Berufungsgericht hätte sich damit auseinandersetzen müssen, ob es für möglich hielt, daß auch

bei einer solchen Sachlage die Erblasserin damit einverstanden war, daß Dr. von H. ihr Vermögen in Höhe von 120 000 DM zur Sicherung eigener Schulden bei der Klägerin in Anspruch nahm.

Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts, es sei nicht erwiesen, daß Dr. von H. im Verhältnis zur Erblasserin seine Vertretungsmacht mißbraucht habe, ist deshalb rechtlich nicht einwandfrei.

d) Zur Frage, welche subjektiven Voraussetzungen auf seiten des Vertragsgegners gegeben sein müssen, um bei einem Mißbrauch der Vertretungsmacht für den Vertretenen gegenüber dem Vertragsgegner die Einrede der Arglist zu begründen, hat der Bundesgerichtshof in dem Urteil VII ZR 125/65 vom 28. Februar 1966 (NJW 1966, 1911) als gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes folgende Grundsätze aufgestellt:

Der Vertretene hat grundsätzlich das Risiko eines Vollmachtsmißbrauchs zu tragen. Dem Vertragsgegner obliegt im allgemeinen keine besondere Prüfungspflicht, ob und inwieweit der Vertreter im Innenverhältnis gebunden ist, von einer nach außen unbeschränkten Vertretungsmacht nur begrenzten Gebrauch zu machen. Der Vertretene ist aber, abgesehen von den Fällen vorsätzlichen Zusammenwirkens zwischen Vertreter und Vertragsgegner, gegen einen erkennbaren Mißbrauch der Vertretungsmacht im Verhältnis zum Vertragsgegner dann geschützt, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch macht, so daß beim Vertragsgegner be-

gründete Zweifel entstehen mußten, ob nicht ein Treueverstoß des Vertreters gegenüber dem Vertretenen vorliege.

An diesen Grundsätzen hatte das Berufungsgericht das Verhalten der Klägerin zu messen. Auch insoweit erschöpft das Berufungsurteil das Vorbringen der Beklagten nicht.

Es geht lediglich davon aus, mit Rücksicht auf die hohen Schulden des Rechtsanwalts von H. und die ungenügende Sicherung sei zu erwarten gewesen, daß die Erblasserin aus ihrer Bürgschaft in Anspruch genommen wurde. Die Beklagten hatten aber sehr viel weitergehende Behauptungen über die damalige wirtschaftliche Lage des Rechtsanwalts von H. und die Kenntnis der Klägerin aufgestellt: Völliger Vermögensverfall des Rechtsanwalts von H., verdächtige Bewegungen auf seinen Anderkonten und standesrechtliche Schwierigkeiten. Mit diesen unter Beweis gestellten Behauptungen hätte sich das Berufungsgericht auseinandersetzen müssen unter dem Gesichtspunkt, ob solche Umstände der Klägerin den Verdacht hätten nahelegen müssen, daß Rechtsanwalt von H. als ungetreuer Verwalter handelte, wenn er das Vermögen seiner Auftraggeberin zu seinem eigenen Nutzen in Höhe von 120 000 DM in Anspruch nahm. Dabei war auch zu berücksichtigen, daß der Klägerin nach ihrem eigenen Vorbringen "die internen Vorgänge auf der Gegenseite, insbesondere diejenigen um den Zeugen J.", demnach auch die Bürgschaft der Erblasserin gegenüber J. vom 20. Dezember 1960, unbekannt waren. Für die Klägerin war demnach - unterstellt man die Be-

hauptungen der Beklagten als richtig - die Situation so, daß Rechtsanwalt von H. im Februar 1961, als er sich bereits in größten Schwierigkeiten befand, aus dem Vermögen seiner Auftraggeberin Sicherheiten in Höhe von 120 000 DM anbot. Ob dies für die Klägerin ein Anlaß sein mußte, Verdacht zu schöpfen, läßt sich nicht hypothetisch, sondern erst nach durchgeführter Beweis- aufnahme unter umfassender Würdigung aller Umstände abschließend beurteilen. Dabei ist auch der vorliegende Schriftwechsel zwischen der federführenden Filiale K. R. platz der Klägerin und ihrer K. Zentra- le auszuwerten, auf den beide Parteien sich für ihre entgegengesetzten Standpunkte berufen.

Unter Aufhebung des angefochtenen Urteils war des- halb die Sache zur anderweiten Verhandlung und Ent- scheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§§ 764, 765 ZPO), dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen war.

Dr. Haidinger    Artl    Dr. Mezger    Dr. Messner    Mormann