

1/

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

GmbHG § 37 Abs. 2 S. 1 ; BGB § 242 Cd

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen sich eine GmbH gegenüber dem Vertragsgegner auf eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis ihres Geschäftsführers berufen kann.

BGH, Urt. v. 17. Oktober 1973 - VIII ZR 67/72 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 67/72

URTEIL

Verkündet am
17. Oktober 1973
S c h e i b l ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Industrierwerke L [REDACTED] & Co. Gesellschaft
mit beschränkter Haftung in T [REDACTED], K [REDACTED]-Straße,
gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Helmut L [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

L [REDACTED]-Bank Gesellschaft mit beschränkter Haftung,
Bank der AG für L [REDACTED]- und K [REDACTED] M [REDACTED]
in M [REDACTED], H [REDACTED] str. [REDACTED], gesetzlich vertreten
durch den Geschäftsführer Otto H [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Mormann, Braxmaier und Dr. Hiddemann

für R e c h t erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 24. November 1971 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

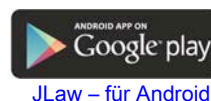
Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte betrieb früher unter der Firma August W. S. GmbH (im folgenden: Firma W.) eine Schuhfabrik in A. Ihr Stammkapital betrug 2 Mio DM. Davon hielten 1 Mio DM die Erben des 1952 verstorbenen August W. in ungeteilter Erbengemeinschaft und die restlichen 1 Mio DM der Kaufmann Walter H. Die Firma W. wurde nach § 10 der Satzung durch zwei Geschäftsführer vertreten, die je Einzelvertretungsbefugnis hatten. Nach § 11 der Satzung hatten die Geschäftsführer ihre Funktion "nach Maßgabe der im Geschäftsverteilungsplan ... aufgestellten Referatsaufteilung" auszuüben. In dem Geschäftsverteilungsplan war bestimmt, daß



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



dem von der Gesellschaftergruppe W [REDACTED] bestellten Geschäftsführer (R [REDACTED]) u.a. "die innere Verwaltung, bestehend aus Finanzwirtschaft ...", dem von der Gesellschaftergruppe H [REDACTED] bestellten Geschäftsführer (H [REDACTED] selbst) u.a. der gesamte Einkauf und Verkauf zustand; zum gemeinsamen Referat gehörte u.a. die "Zusammenarbeit mit anderen Gesellschaften", u.a. mit den L [REDACTED] R [REDACTED] (L [REDACTED] R [REDACTED] GmbH & Co. KG in R [REDACTED] bei L [REDACTED], im folgenden: R [REDACTED] KG).

Die R [REDACTED] KG war eine Lieferantin der Beklagten, die den größten Teil ihrer Produktion bei der Beklagten absetzte. An ihr war H [REDACTED] als Mehrheitsgesellschafter der Komplementärin (GmbH) und als Kommanditist zu 74 % beteiligt; Geschäftsführer der Komplementärin war der Dipl.-Kaufmann Be [REDACTED]. Weiterer Kommanditist war Egon K [REDACTED], der daneben einen Großhandel in Häuten und Fellen betrieb, mit denen er die R [REDACTED] KG belieferte. H [REDACTED] war außerdem noch an der Firma Norbert A [REDACTED] KG in O [REDACTED] zu deren Kommanditisten seine Ehefrau bereits seit längerer Zeit zählte und die die R [REDACTED] KG ebenfalls mit Häuten belieferte, als Gesellschafter beteiligt.

Im Jahre 1964 räumte die klagende Bank der R [REDACTED] KG einen Wechselkredit in Höhe von 500 000 DM ein, der im Januar 1966 auf 750 000 DM erhöht wurde. H [REDACTED] übernahm für den Kredit in dieser Höhe persönlich die Bürgschaft. Im Juni 1966 setzte die Klägerin das Kreditlimit auf 500 000 DM herab und vereinbarte mit der R [REDACTED] KG, daß der Kredit durch monatliche Teilzahlungen auf diese Kreditlinie zurückgeführt werden sollte. Am 27. September 1966 fand in R [REDACTED] ein Gespräch zwischen Vertretern der Klägerin

4
(Geschäftsführer Ko[REDACTED] und Prokurist Kö[REDACTED]) und dem Geschäftsführer Be[REDACTED] der R[REDACTED] KG statt, bei dem die Klägerin weitere Sicherheiten für den Kredit verlangte. Am 13. Oktober 1966 übersandte die Klägerin dem Geschäftsführer der R[REDACTED] KG folgendes Schreiben:

"Unter höflicher Bezugnahme auf das Telefonat zwischen Ihnen und unserem Herrn Prok. Hö[REDACTED] erlauben wir uns Ihnen anliegend in 4-facher Ausfertigung eine

Höchstbürgschaft
bis zu DM 400 000,--
(i.W. Vierhunderttausend Deutsche Mark),

selbstschuldnerische Bürgschaft Firma AUGUST W[REDACTED]
Schuhfabrik GmbH., A[REDACTED] zu überreichen.

Wir bitten Sie höflich, um die rechtsverbindlichen Unterschriften besorgt zu sein und die erste und zweite Ausfertigung für unsere Akten zurückzureichen."

Beigefügt war ein ausgefülltes Bürgschaftsformular, nach dem die Beklagte für alle Ansprüche und Forderungen der klagenden Bank "aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung ... und aus Wechseln... gegen

Lederfabrik R[REDACTED] GmbH & Co. KG
Egon K[REDACTED], Großhandel in Häuten und
Fellen, R[REDACTED]
Norbert A[REDACTED] KG O[REDACTED] Obb."

die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Betrage von 400 000 DM übernahm. Das von H[REDACTED] allein und ohne Wissen seines Mitgeschäftsführers namens der Beklagten unterzeichnete Formular überbrachte der Geschäftsführer Be[REDACTED] der R[REDACTED] KG am 25. Oktober 1966 der Klägerin. Die Firma R[REDACTED] KG und H[REDACTED] persönlich fielen im Jahre 1967 in Konkurs.

Die Klägerin klagt die Bürgschaftsforderung in Höhe von 400 000 DM gegen die Beklagte ein. Zwischen den Parteien ist nicht streitig, daß nach dem Geschäftsverteilungsplan der Firma W■■■■ H■■■■ im Verhältnis zu dieser nicht berechtigt war, die Bürgschaft gegenüber der Klägerin zu übernehmen, daß aber eine solche Beschränkung nach § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG gegenüber der Klägerin grundsätzlich keine rechtliche Wirkung hatte. Die Beklagte behauptet aber, die Klägerin habe erkannt oder jedenfalls erkennen müssen, daß H■■■■ seine Vertretungsmacht zum Schaden der Firma W■■■■ mißbraucht habe; deshalb sei deren Inanspruchnahme aus der Bürgschaft rechtsmißbräuchlich.

Die Vorinstanzen haben die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Mit der Revision erstrebt die Beklagte Klagabweisung. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages

Erstmals die Revision hat - offensichtlich angeregt durch die Ausführungen des Berufungsurteils S. 23, 23 a - in Zweifel gezogen, daß ein Bürgschaftsvertrag zwischen den Parteien überhaupt zustande gekommen sei: Die Klägerin habe in ihrem Schreiben vom 13. Oktober 1966, mit dem sie die Bürgschaftsformulare an den Geschäftsführer Be■■■■ der Firma R■■■■ KG übersandt habe, ausdrücklich gebeten, "um die rechtsverbindlichen Unterschriften besorgt zu sein" (Unterstreichungen nicht im Original). Da aber gleichwohl

die von Be[REDACTED] überbrachte Bürgschaft nur die Unterschrift H[REDACTED] getragen habe, liege in der Entgegennahme dieser Urkunde durch die Klägerin keine stillschweigende Annahme des Bürgschaftsantrages der Beklagten, jedenfalls habe die Beklagte nicht auf die Erklärung einer solchen Annahme verzichtet. Die Bedenken der Revision in diesem Punkte sind, wenn sie überhaupt noch in der Revisionsinstanz vorgebracht werden können (§ 561 ZPO), unbegründet. Die Revision übersieht, daß nach der in den Tatsacheninstanzen von keiner Seite in Zweifel gezogenen Aussage des Zeugen Hö[REDACTED] (Prokuristen der Klägerin) dieser auf Weisung des Geschäftsführers Ko[REDACTED] der Klägerin am 25. Oktober 1966, als Be[REDACTED] die von H[REDACTED] unterschriebenen Bürgschaftsformulare überbrachte, die Bürgschaftsurkunde durch Einsetzung des Datums ergänzen ließ und daß Be[REDACTED] ein Exemplar mitgegeben wurde, während die anderen drei bei der Klägerin verblieben. Darin lag zweifelsfrei eine Annahme der Bürgschaft durch die Klägerin und die Erklärung der Annahme gegenüber Be[REDACTED], der, weil er die Bürgschaftsurkunde überbracht hatte, auch ermächtigt war, diese Annahmeerklärung für die Beklagte entgegenzunehmen.

II. Mißbrauch der Vertretungsmacht durch H[REDACTED]

1. Das Berufungsgericht geht unter Berufung auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (VII ZR 125/65 vom 28. Februar 1966 = NJW 1966, 1911 = WM 1966, 491; II ZR 208/64 vom 25. März 1968 = BGHZ 50, 112 m.w.Nachw.) von dem Grundsatz aus, daß sich der Vertragsgegner einer Handelsgesellschaft nicht auf die gesetzliche Unbeschränkbarkeit (§§ 50 Abs. 1, 126 Abs. 2 HGB; § 82 AktG; § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) der Vertretungsmacht des Organs einer Handels-

gesellschaft berufen kann, wenn der Vertreter bewußt zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt und von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht hat, so daß beim Vertragsgegner begründete Zweifel entstehen mußten, ob der Vertreter seine Vertretungsmacht nicht mißbrauchte. Gegen diesen Ausgangspunkt sind Bedenken nicht zu erheben.

a) Das Berufungsgericht bejaht - im Gegensatz zum Landgericht - die erste Voraussetzung, daß der Geschäftsführer H[REDACTED] der Firma W[REDACTED] durch die Übernahme der Bürgschaft für die R[REDACTED] KG seine Vertretungsmacht mißbraucht, d.h. von seiner Vertretungsmacht bewußt zum Nachteil der Firma W[REDACTED] Gebrauch gemacht hat:

H[REDACTED] habe für sich und seine anderen Firmen jahrelang aus der R[REDACTED] KG laufend größere Beträge abgezogen, so daß sich in deren Konkurs eine Forderung gegen H[REDACTED] persönlich in Höhe von über 3 Mio DM ergeben habe. Dieser ständige Abzug flüssiger Mittel in bedeutender Höhe über Jahre hinweg habe den Konkurs der R[REDACTED] KG herbeigeführt. H[REDACTED] habe auch die Gefährlichkeit der Situation gekannt, wie sich schon daraus ergebe, daß er die wirkliche Lage der R[REDACTED] KG durch Bilanz- und andere Manipulationen zu verschleiern versucht habe. Ferner sei seine persönliche wirtschaftliche Situation zunehmend schlechter geworden; er sei 1967 mit über 23 Mio DM ungedeckten Verbindlichkeiten in Konkurs gegangen. Außerdem habe H[REDACTED] unter Mißachtung der Geschäftsverteilung der Beklagten schon 1963 und 1964 gegenüber anderen Banken namens der Beklagten Bürgschaften in Höhe von weiteren 300 000 und 400 000 DM

übernommen. Das rechtfertige den Schluß, daß H. [REDACTED] die hier streitige Bürgschaft mindestens mit dem bedingten Vorsatz übernommen habe, die Firma W. [REDACTED] zu schädigen.

Die Beklagte als Revisionsklägerin greift diese ihr günstigen Feststellungen nicht an. Aber auch die Klägerin als Revisionsbeklagte erhebt gegen sie keine Einwendungen. Sie sind deshalb auch der Beurteilung in der Revisionsinstanz zugrunde zu legen.

b) Zu der zweiten Frage, ob die Klägerin erkannt hat oder bei Anwendung der im Bankverkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen mußte, daß H. [REDACTED] durch die Übernahme der Bürgschaft die Interessen der Firma W. [REDACTED] bewußt schädigte, hat das Berufungsgericht Zeugen- und Sachverständigenbeweis erhoben. Aufgrund umfangreicher Beweismwürdigung kommt es zu dem Ergebnis, die Beklagte habe den ihr obliegenden Beweis für eine Kenntnis oder ein Kennenmüssen der Klägerin nicht erbracht:

aa) Der Anlaß für die Rückführung des Kredits der R. [REDACTED] KG auf eine Kreditlinie von 500 000 DM im Juni 1966 seien nicht Zweifel an der Solvenz der Schuldnerin, sondern die allgemeinen Kreditrestriktionen im Jahre 1966 gewesen. Das Verlangen der Klägerin nach zusätzlichen Sicherheiten im Herbst 1966 beruhe darauf, daß in einer Aufsichtsratsitzung der Klägerin vom 31. Mai 1966 das Kreditengagement der R. [REDACTED] KG beanstandet worden sei, weil die vorliegenden Unterlagen nicht die Feststellung der Prüfungsgesellschaft der Firma W. [REDACTED] (B. [REDACTED] T. [REDACTED] AG) gerechtfertigt hätten, das Engagement erscheine unbedenklich. Die Klägerin habe aber die Lage der R. [REDACTED] KG

keineswegs als alarmierend betrachtet. Deshalb habe sie sich auch vom 31. Mai 1966 bis zum 27. September 1966 Zeit gelassen, ehe sie bei der Besprechung in R [REDACTED] an diesem Tage zusätzliche Sicherheiten verlangt habe. Aus Bilanzen der R [REDACTED] KG für die Geschäftsjahre 1964 und 1965 - nur diese lagen bis dahin der Klägerin vor - habe sich zwar eine angespannte Liquiditätslage der KG ergeben, nicht aber deren wirkliche katastrophale Lage; auch die Wechsel- und Bilanzmanipulationen H [REDACTED] seien aus den vorliegenden Unterlagen nicht zu erkennen gewesen. Im ganzen habe sich im Herbst 1966 der Klägerin die wirtschaftliche Lage der R [REDACTED] KG - und der anderen zu der Firmangruppe H [REDACTED] gehörenden Unternehmen - nicht so ungünstig dargestellt, daß die Klägerin daraus bei Anwendung der banküblichen Sorgfalt auf einen Vertretungs- mißbrauch H [REDACTED] zum Nachteil der Firma W [REDACTED] hätte schließen müssen. Entgegen der Auffassung des gerichtlichen Sachverständigen Hanel habe die Klägerin aus dem Umstand, daß die R [REDACTED] KG ein Hauptlieferant der Firma W [REDACTED] für Oberleder war und die Firma W [REDACTED] insoweit auf Jahre hinaus an die R [REDACTED] KG sich gebunden hatte, den Schluß ziehen dürfen, daß diese geschäftliche Verbindung die Firma W [REDACTED] zur Übernahme der Bürgschaft veranlaßte.

bb) Der Klägerin seien auch im Laufe der Bürgschaftsverhandlungen keine Umstände bekannt geworden, aus denen sie habe schließen müssen, daß H [REDACTED] durch Übernahme der Bürgschaft bewußt zum Nachteil der Firma W [REDACTED] handelte. Zwar habe die Klägerin aufgrund von Äußerungen Be [REDACTED] mindestens mit der Möglichkeit gerechnet, daß H [REDACTED] aufgrund interner Beschränkungen die Bürgschaft

nicht ohne Einschaltung seines Mitgeschäftsführers oder der Gesellschaftergruppe W[REDACTED] übernehmen dürfe. Eben deshalb habe sie in dem Schreiben vom 13. Oktober 1966 auch "die rechtsverbindlichen Unterschriften" für die Bürgschaftserklärung gefordert. Daß gleichwohl die Bürgschaftsurkunde vom 25. Oktober 1966 nur von H[REDACTED] unterschrieben war, habe für die Klägerin noch nicht den Schluß auf einen Vertretungsmißbrauch H[REDACTED] nahegelegt; Be[REDACTED] habe nämlich, als bei den Verhandlungen vom 27. September 1966 die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis H[REDACTED] zur Sprache gekommen sei, erklärt, das werde in Ordnung gebracht, H[REDACTED] werde mit seinen Gesellschaftern sprechen oder habe dies schon getan. Darauf habe die Klägerin vertrauen dürfen. Auch die Bitte Be[REDACTED], den Schriftverkehr bezüglich der Bürgschaft nicht an die Firma W[REDACTED], sondern an die Privatadresse H[REDACTED] zu richten, deute nicht ohne weiteres auf eine Absicht H[REDACTED] hin, seine Befugnisse zu überschreiten. Denn im Zeitpunkt dieser Äußerung Be[REDACTED] (Ende September/Anfang Oktober 1966) sei die Frage einer Übernahme der Bürgschaft durch die Firma W[REDACTED] noch nicht geklärt gewesen. Allerdings habe dann Be[REDACTED] bei der Übergabe der Bürgschaftsurkunde am 13. Oktober 1966 die Bitte ausgesprochen, eine eventuelle Bestätigung der Bürgschaft an H[REDACTED] persönlich - und nicht an die Firma W[REDACTED] - zu senden. Aber auch dies habe der Klägerin noch nicht den Verdacht eines Vertretungsmißbrauchs seitens H[REDACTED] aufdrängen müssen. Zwar habe diese Bitte darauf hingedeutet, daß H[REDACTED] die Übernahme der Bürgschaft für die Firma W[REDACTED] noch nicht mit seinem Mitgeschäftsführer bzw. der Gesellschaftergruppe W[REDACTED] abgesprochen habe.

Das habe aber nicht ausgeschlossen, daß H. [REDACTED] entsprechend der Zusage Be. [REDACTED] noch nachträglich die Genehmigung des Mitgeschäftsführers herbeiführen werde. Darauf habe die Klägerin um so mehr vertrauen dürfen, als im April 1965 Be. [REDACTED] schon einmal, anlässlich der Hereingabe von Wechseln, die H. [REDACTED] namens der Firma W. [REDACTED] unterzeichnet hatte, die entsprechende Bitte ausgesprochen habe, die Wechsel nicht der Firma W. [REDACTED], sondern H. [REDACTED] zu avisieren; trotzdem seien die Wechsel anstandslos eingelöst worden. Unter diesen Umständen könne es der Klägerin auch nicht zum Verschulden angerechnet werden, daß sie nach Annahme der Bürgschaft weder bei der Firma W. [REDACTED] wegen der Unterschrift H. [REDACTED] rückgefragt, noch die Bürgschaft gegenüber der Firma W. [REDACTED] bestätigt habe. Eine solche Bestätigung sei nach der Aussage eines Prokuristen der Klägerin trotz eines darauf hindeutenden Vermerks auf dem verwendeten Formular bei der Klägerin nicht üblich gewesen. Ob dies der banküblichen Sorgfalt entsprochen habe, könne offen bleiben. Durch eine Bestätigung der Bürgschaft seitens der Klägerin hätte die Firma W. [REDACTED] nur einige Monate früher von dem Vertretungsmißbrauch ihres Geschäftsführers H. [REDACTED] erfahren, ohne daß sich dadurch an ihrer Bürgenhaftung gegenüber der Klägerin etwas geändert hätte.

Diese Ausführungen halten in mehrfacher Hinsicht nicht den Revisionsrügen, insbesondere aus § 286 ZPO, stand.

2. a) Bei dem Rechtsgeschäft, das hier Heuking als Geschäftsführer der Firma W. [REDACTED] unter Überschreitung seiner Geschäftsführungsbefugnis gegenüber der Klägerin

vornahm, handelte es sich nicht um ein Austauschgeschäft, das schon als solches auch der Firma W[REDACTED] Vorteile gebracht hätte, sondern um die Übernahme einer Bürgschaft, die der Firma W[REDACTED] lediglich rechtliche Nachteile, nämlich die einseitige Verpflichtung einbrachte, für die Kreditschuld der R[REDACTED]KG einzustehen. An der Übernahme einer solchen einseitigen Verpflichtung konnte die Firma W[REDACTED] nur insoweit ein Interesse haben, als sich ein solches aus der Geschäftsverbindung zwischen den beiden Firmen, also aus der Tatsache ergab, daß die Firma R[REDACTED] ein Hauptlieferant der Firma W[REDACTED] für Oberleder war und daß diese sich bis 1975 an ihre LieferantIn gebunden hatte. Der gerichtliche Sachverständige Hanel ist in seinem Gutachten vom 12. November 1970 (Teilziffer 17, 18) - das er insoweit auch bei der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens vor dem Berufungsgericht nicht eingeschränkt hat - zu dem Ergebnis gekommen, daß im Hinblick auf die angespannte Liquiditätslage der Firma R[REDACTED] dieses Abnehmer/Lieferantenverhältnis hier die Übernahme einer Bürgschaft durch den Abnehmer nicht rechtfertigen konnte: Zwar sei es immer denkbar, daß ein Lieferant Interesse an der Erhaltung eines guten Abnehmers habe und unter überschaubaren Erfolgsaussichten an dessen Erhaltung tätig mitwirke; im umgekehrten Falle müßte es sich z.B. um einen spezialisierten Lieferanten handeln, dessen Lieferungen oder Leistungen nicht ohne weiteres durch einen anderen Lieferanten erbracht werden könnten. Das Berufungsurteil (S. 33) lehnt es ab, dieser Beurteilung des Sachverständigen zu folgen. Dafür fehlt es aber an einer ausreichenden Auseinandersetzung mit dem Gutachten, wie die Revision mit Recht rügt (§ 286 ZPO). Das Berufungsurteil geht insbesondere nicht darauf ein, ob für die Firma W[REDACTED]

die Belieferung seitens der Firma R [REDACTED] mit besonderen Vorteilen verbunden war, die die Firma W [REDACTED] bei einem anderen Lieferanten nicht gefunden hätte. Daß, worauf das Berufungsurteil in diesem Zusammenhang hinweist, der maßgebliche Gesellschafter der R [REDACTED] KG (H [REDACTED]) bei der Firma W [REDACTED] die Hälfte des Stammkapitals hielt, konnte einen Verdacht, daß H [REDACTED] durch die Übernahme der Bürgschaft im eigenen Interesse bewußt zum Nachteil der Firma W [REDACTED] handelte, nicht ausräumen, wenn das Berufungsgericht in Betracht zog, daß H [REDACTED] bei der Firma R [REDACTED] - anders als bei der Firma W [REDACTED] - der beherrschende Mehrheitsgesellschafter war. Das sprach dafür, daß die Übernahme einer Bürgschaft durch die Firma W [REDACTED] für die Firma R [REDACTED] vor allem im eigenen persönlichen Interesse H [REDACTED] lag.

Für die Revisionsinstanz ist deshalb - entgegen dem Berufungsgericht - mit dem Sachverständigen (Teilziffer 18 des Gutachtens) davon auszugehen, daß nach den der Klägerin vorliegenden Unterlagen ein gewissenhafter Kaufmann - an der Stelle H [REDACTED] - mit einer Inanspruchnahme der Firma W [REDACTED] aus der Bürgschaft rechnen mußte und daß für die Firma W [REDACTED] kein hinreichender Anlaß bestand, als Abnehmer der Firma R [REDACTED] ein Bürgschaftsrisiko in Höhe von 400 000 DM für sie einzugehen.

b) Von diesem Ausgangspunkt aus mußte für die Klägerin ferner das Verhalten der R [REDACTED] KG verdächtig sein, das diese gegenüber der Klägerin schon 1 Jahr zuvor, im Jahre 1965, anläßlich der Zeichnung von Wechseln durch H [REDACTED] gegenüber der Klägerin an den Tag gelegt

hatte. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte Be [REDACTED] damals (im April 1965) anlässlich der Hereingabe von Wechseln, die H [REDACTED] (unberechtigterweise) namens der Firma W [REDACTED] unterzeichnet hatte, die Klägerin gebeten, die Wechsel nicht, wie üblich, der Firma W [REDACTED], sondern H [REDACTED] persönlich zu avisieren. Das Berufungsurteil (S. 38) hatte in seiner ursprünglichen Fassung festgestellt, daß die Wechsel dann von der Firma W [REDACTED] anstandslos eingelöst worden seien und hatte daraus einen Schluß auf die Gutgläubigkeit der Klägerin in der hier streitigen Bürgschaftsangelegenheit gezogen, weil die Klägerin habe darauf vertrauen können, daß es auch mit der Bürgschaft, wie seinerzeit mit den Wechseln, seine Ordnung haben werde. Dieser die Klägerin entlastende Gesichtspunkt ist aber, wie die Revision zutreffend geltend macht, entfallen, nachdem das Berufungsgericht auf den Antrag der Beklagten im Urteil berichtigenderweise die Feststellung gestrichen hat, daß die Wechsel von der Beklagten eingelöst worden seien. Es ist deshalb für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß die Wechsel nicht von der Beklagten, sondern von anderen Wechselverpflichteten eingelöst worden sind, womit jeder Schluß darauf entfällt, daß H [REDACTED] die Wechselangelegenheit gegenüber der anderen Gesellschaftergruppe der Firma W [REDACTED] in Ordnung gebracht hatte. Es blieb vielmehr allein der ungewöhnliche Umstand, daß H [REDACTED] schon im Jahre 1965 die sonst übliche Avisierung der Wechsel an den Wechselschuldner unterbunden hatte, was darauf schließen lassen konnte, daß er auch schon hier die von ihm unter Überschreitung seiner Geschäftsführungsbefugnis vorgenommenen Geschäfte gegenüber der gleichberechtigten Gruppe W [REDACTED] geheimhalten wollte.

c) Die Verdachtsgründe für einen Mißbrauch der Vertretungsmacht durch H[REDACTED] häuften sich im Laufe der Bürgschaftsverhandlungen. Die Klägerin war durch Be[REDACTED], jedenfalls im wesentlichen, darüber informiert, daß H[REDACTED] die Bürgschaft nicht ohne Zustimmung der Gesellschaftergruppe W[REDACTED] übernehmen durfte. Für die Klägerin mußte es deshalb auffällig sein, daß Be[REDACTED] bat (BU S. 37), den Schriftverkehr bezüglich der Bürgschaft nicht an die Beklagte, sondern an die Privatadresse H[REDACTED] zu richten. In ihrem Schreiben vom 13. Oktober 1966 an Be[REDACTED] verlangte die Klägerin unter die beigelegten Bürgschaftsformulare "die rechtsverbindlichen Unterschriften" (der Firma W[REDACTED]), wodurch zum Ausdruck kam, daß sie sich nicht mit der Unterschrift H[REDACTED] begnügen wollte. Gleichwohl überbrachte Berger am 25. Oktober 1966 die Bürgschaft nur mit der Unterschrift H[REDACTED]. Mangels entgegenstehender Feststellungen des Berufungsurteils ist davon auszugehen, daß die Klägerin trotz ihres Schreibens vom 13. Oktober 1966 sich nunmehr widerspruchslos mit der Unterschrift H[REDACTED] begnügte, und zwar, obwohl Be[REDACTED] (BU S. 38) noch bei der Übergabe der Bürgschaft bat, eine eventuelle Bestätigung der Bürgschaft (nicht an die Firma W[REDACTED], sondern) an H[REDACTED] persönlich zu richten, und obwohl das bankeigene Bürgschaftsformular eine Bestätigung gegenüber dem Bürgen "durch Einschreibebrief (eigenhändig, gegen Rückschein)" vorsah, und obwohl schließlich, wie nach dem Berufungsurteil (S. 40) zu unterstellen ist, die Bestätigung einer Bankbürgschaft gegenüber dem Bürgen aus naheliegenden Gründen verkehrsüblich ist. Das Berufungsurteil hat sich mit diesen zahlreichen Verdachtsgründen nur unzureichend auseinander gesetzt (§ 286 ZPO).

Wieso sich die Klägerin, wie das Berufungsgericht meint, auf eine zu Beginn der Verhandlungen von Be [REDACTED] abgegebene beruhigende Zusicherung Be [REDACTED], "das werde in Ordnung gebracht", auch noch verlassen konnte, nachdem die Bürgschaft entgegen der Forderung der Klägerin in ihrem Schreiben vom 13. Oktober 1966 nur die Unterschrift H [REDACTED] aufwies und nachdem Be [REDACTED] noch bei der Übergabe der Bürgschaft bat, eine Bestätigung der Bürgschaft (nicht an die Firma W [REDACTED], sondern) an H [REDACTED] persönlich zu richten, ist unerfindlich. Ob bei der Klägerin, wie das Berufungsgericht anscheinend für bewiesen hält, die Bestätigung von Bürgschaften gegenüber den Bürgen nicht üblich ist, ist unerheblich. Daraus mag zwar geschlossen werden können, daß aus dem Unterbleiben der Bestätigung im vorliegenden Falle nicht gefolgert werden könnte, "daß die Klägerin den Mißbrauch der Vertretungsmacht erkannt hat". Für die Eihrede des Rechtsmißbrauchs genügte es aber, wenn die Klägerin bei verkehrsüblicher Sorgfalt einen Mißbrauch der Vertretungsmacht durch H [REDACTED] d.h. erkennen mußte, daß H [REDACTED] durch die Übernahme der Bürgschaft vorsätzlich zum Nachteil der Firma W [REDACTED] handelte. Dafür spielt es keine Rolle, ob die Klägerin auch sonst Kreditbürgschaften nicht gegenüber dem Bürgen zu bestätigen pflegte.

Schließlich ist es auch unrichtig (BU S. 40), daß die Beklagte durch eine Bestätigung der Bürgschaft seitens der Klägerin "nur einige Monate früher von dem Vertretungsmißbrauch ihres Geschäftsführers erfahren hätte, ohne daß sich dadurch etwas an ihrer Haftung aus der ... Bürgschaft geändert hätte." Hier verkennt das Berufungsgericht, daß die Beklagte hier nicht einen Schadensersatz-

anspruch wegen Unterlassens der Bestätigung der Bürgschaft geltend macht, sondern daß das Verlangen Be [REDACTED], die Bürgschaft nicht gegenüber der Firma W [REDACTED] zu bestätigen, ein zusätzliches Indiz dafür sein konnte, daß die Klägerin gegenüber einem erkennbaren Vertretungsmissbrauch H [REDACTED] geflissentlich die Augen verschloß.

Im ganzen leidet die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts, wie die Revision mit Recht rügt (§ 286 ZPO), außerdem daran, daß das Berufungsgericht zwar sich mit dem Verhalten H [REDACTED] in den einzelnen Punkten beschäftigt, die den Verdacht auf einen Mißbrauch der Vertretungsmacht begründen könnten, und hierfür im einzelnen eine unverfängliche Erklärung sucht, aber eine Gesamtwürdigung dieses Verhaltens vermissen läßt.

3. Gemäß §§ 564, 565 ZPO war deshalb unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das - gegebenenfalls unter Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen - den komplexen Sachverhalt zusammenfassend unter dem Gesichtspunkt zu würdigen haben wird, ob der Sachverhalt insgesamt, insbesondere das Verhalten der R [REDACTED] KG bzw. H [REDACTED] bei den Bürgschaftsverhandlungen, für die Klägerin den Verdacht nahelegten, daß H [REDACTED] bei Übernahme der Bürgschaft für die Firma W [REDACTED] bewußt zum Nachteil dieser Firma handelte.

4f

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

Dr. Haidinger

Claßen

Mormann

Braxmaier

Dr.Hiddemann