

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 286/64

Verkündet am

28. Februar 1966
Horn,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der offenen Handelsgesellschaft N. [REDACTED] & v. M. [REDACTED],
vorm. G. [REDACTED] & Co. [REDACTED] Bank, B. [REDACTED], O. [REDACTED],
Platz [REDACTED], vertreten durch ihre Gesellschafter, die Bankiers
Ernst N. [REDACTED] und Wolfgang N. [REDACTED], B. [REDACTED], O. [REDACTED] Platz [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagter und Revisionsklägerin,

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

gegen

die August T. [REDACTED]-Bank AG, D. [REDACTED], Ma. [REDACTED] strasse
Ecke P. [REDACTED] Strasse [REDACTED], vertreten durch ihren Vor-
stand, die Bankdirektoren Albrecht Mü. [REDACTED], Paul H. [REDACTED] und
Dr. Werner Ti. [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Februar 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 9. Juli 1964 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 5. Zivilsenat des Kammergerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1961 standen beide Parteien in Geschäftsverbindung mit den Kaufleuten Ba[] und W[], diese wiederum mit den Kaufleuten D[] und Ha[]. W[] war Bankkunde der Klägerin seit dem 13. Juli 1961. Er und Ba[] hatten einen umfangreichen Geldbedarf. Deswegen gestattete ihnen die Klägerin Scheckziehungen auf ihre Konten bei ihr, auch soweit diese keine Deckung aufwiesen. Die Klägerin erhielt andererseits von W[] und Ba[] z.T. vordatierte Schecks auf deren Konten bei der Beklagten. Außerdem gaben die ungetreuen Angestellten der Berliner Niederlassung der Beklagten, die Prokuristen G[] und Mü[] sowie der Handlungsbevollmächtigte F[], jeweils zu zweien im Namen der Beklagten Verpflichtungserklärungen über hohe Summen zu Gunsten der Klägerin und anderer Banken ab.

- 3 -

Die Klägerin begehrt mit der Klage von der Beklagten Zahlung von 1.875.341,-- DM nebst Zinsen. Sie stützt sich dabei in erster Linie auf die drei letzten im Namen der Beklagten zu ihren Gunsten abgegebenen Verpflichtungserklärungen: zwei davon über je 1.000.000 DM mit Datum vom 13. Oktober 1961 und eine undatierte, aber unstreitig am selben Tage abgegebene über 200.000 DM. Alle drei sind von G [REDACTED] und F [REDACTED] unterzeichnet. Alle drei stehen auf der Rückseite von formularmäßigen Überweisungsaufträgen, die das Datum vom 31. Oktober 1961 tragen, und zwar auf der Rückseite der "Durchschrift für den Auftraggeber". Der Überweisungsauftrag über 200.000 DM trägt auf der Vorderseite die Unterschrift W [REDACTED] und nennt als Empfänger die Klägerin. Die beiden anderen Überweisungsaufträge über je 1.000.000 DM sind auf der Vorderseite nicht unterzeichnet. Als Empfänger ist auch auf ihnen die Klägerin genannt, als Auftraggeber im einen Fall W [REDACTED], im anderen Barg.

Aus der Verpflichtungserklärung über 1.000.000 DM auf der Rückseite des Auftrags W [REDACTED] fordert die Klägerin nur 675.341,-- DM.

Die beiden Verpflichtungserklärungen über je 1.000.000 DM haben den gleichen Wortlaut, nämlich:

"Wir verpflichten uns unwiderruflich, umstehenden Betrag in Höhe von DM 1.000.000,-- am 31. Oktober 1961 - unabhängig vom Kontostand - an Sie zu überweisen."

Die Verpflichtungserklärung über 200.000 DM lautet:

"Hiermit verpflichten wir uns unwiderruflich, umstehenden Überweisungsauftrag in Höhe von DM 200.000,-- unabhängig vom Kontostand am 31. Oktober 1961 zu übersenden."



Die Klägerin hat hilfsweise ihren Anspruch auch auf Auskunftsvertrag, Verschulden bei Vertragsverhandlungen und unerlaubte Handlung gestützt.

Die Beklagte hat geltend gemacht, die Verpflichtungserklärungen seien nicht wirksam zustande gekommen, da bei ihr nur ein Gesamtvertretungsrecht je zweier Zeichnungsberechtigter bestanden habe und die Abgabe solcher Verpflichtungserklärungen über die Befugnisse eines Handlungsbevollmächtigten (hier F[REDACTED]) hinausgehe. Im übrigen habe die Klägerin mit den ungetreuen Angestellten der Beklagten arglistig zu deren Nachteil zusammengewirkt, wie sich insbesondere daraus ergebe, daß sie sich von W[REDACTED] und Ba[REDACTED] laufend hohe "Schwarzprovisionen" habe zahlen lassen. Unter diesen Umständen seien die Verpflichtungserklärungen auch nach § 138 BGB nichtig.

Die Klägerin hat demgegenüber vorgetragen, ihr seien die Hintergründe der Geschäfte W[REDACTED] und Ba[REDACTED] damals ohne Verschulden unbekannt geblieben, der Vorstand der Beklagten dagegen hätte die Handlungen G[REDACTED] und F[REDACTED] erkannt oder bei gebotener Sorgfalt erkennen müssen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Kammergericht hat sie abgewiesen. Nach Aufhebung dieses Urteils in der Revisionsinstanz und Zurückverweisung der Sache (vgl. das Urteil des Senats VII ZR 168/63 vom 30. Dezember 1963 = WM 1964, 224) hat das Kammergericht die Klage wiederum abgewiesen.

Mit der erneuten Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1.) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß G [REDACTED] und F [REDACTED] die Verpflichtungserklärungen im Namen der Beklagten nicht wirksam abgeben konnten. Es stützt sich dabei darauf, daß nach der der Klägerin bekannten Zeichnungsliste der Beklagten von Juli 1961 G [REDACTED] und M [REDACTED] nur Gesamtprokura hatten und F [REDACTED] nur Gesamt-Handlungsvollmacht, allerdings mit Befugnis zur Wechselzeichnung. Die Handlungsvollmacht F [REDACTED] sei durch gemeinsames Zeichnen mit G [REDACTED] nicht erweitert worden. Die Abgabe so ungewöhnlicher Verpflichtungserklärungen habe die Vertretungsmacht F [REDACTED] überstiegen.

a) Die Revision meint, die an Forner erteilte Ermächtigung, Wechsel für die Beklagte zu zeichnen (§ 54 Abs. 2 HGB), habe auch die Vollmacht zur Abgabe derartiger Verpflichtungserklärungen, wie sie hier im Streit sind, begründet.

Das ist nicht der Fall. Wie der Senat bereits im ersten Revisionsurteil (II 1 e aaO) ausgesprochen hat, läßt sich die eng auszulegende Vollmacht zur Zeichnung von Wechseln nicht auf Verpflichtungserklärungen der hier vorliegenden ganz ungewöhnlichen Art und Form ausdehnen.

b) Die Revision bezweifelt die Unüblichkeit der Scheckziehungen.

Das geht fehl. Unstreitig waren vordatierte Schecks dieser Größenordnung bei der Berliner Niederlassung der Beklagten und bei der Klägerin bis dahin nicht vorgekommen.

Das gleiche gilt von den Verpflichtungserklärungen der Beklagten. Auch sie waren nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts unüblich und fielen daher aus dem Rahmen der Handlungsvollmacht F[REDACTED].

2.) Das Berufungsgericht verneint eine von der Zeichnungsliste der Beklagten abweichende Duldungsvollmacht oder Anscheinsvollmacht F[REDACTED]. Das greift die Revision an.

Es ist zuzugeben, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts in diesem Punkte nicht erschöpfend sind. Es hätte einerseits prüfen müssen, ob die Beklagte nach Versendung der Zeichnungsliste im Juli 1961 durch ihr Verhalten, insbesondere die von der Klägerin behauptete Einlösung einer am 20. Juli 1961 fälligen Verpflichtungserklärung über 600.000 DM, in der Klägerin das Vertrauen erweckt hat, die Beklagte werde sich auch weiterhin an von Gericke und Forner gemeinsam unterzeichnete Verpflichtungserklärungen gebunden halten. Andererseits scheidet ein Vertrauensschutz der Klägerin aus, wenn dieser der Verdacht sich aufdrängen mußte, daß G[REDACTED] und F[REDACTED] ihre Befugnisse mißbrauchten, und wenn sie gleichwohl keine Rückfrage beim Vorstand der Beklagten hielt (vgl. dazu das heutige Urteil des Senats in der Parallelsache VII ZR 125/65 zu A.). Wer selbst fahrlässig handelt, verdient nämlich keinen Vertrauensschutz und kann sich nicht auf einen Rechtsschein berufen.

Hierauf kann, soweit noch erforderlich, in der ohnehin notwendigen neuen Berufungsverhandlung eingegangen werden.

3.) Das Berufungsgericht verneint eine nachträgliche Genehmigung der Erklärungen F[REDACTED] durch Mü[REDACTED]. Dieser habe keinen Genehmigungswillen gehabt, weil er sich nicht der Möglichkeit bewußt gewesen sei, von F[REDACTED] mitunter-

zeichnete Verpflichtungserklärungen könnten unwirksam sein. Am Fehlen seines Zustimmungswillens scheitere auch die Annahme einer im voraus erteilten Einwilligung Mü[REDACTED]. Ein Vertrauensschutz der Klägerin unabhängig von einem Zustimmungswillen Mü[REDACTED] komme nicht in Betracht. Die Klägerin habe nämlich nicht auf eine Zustimmung Mü[REDACTED] vertraut, sondern sei ebenfalls von der Gültigkeit der von F[REDACTED] mitunterzeichneten Verpflichtungserklärungen überzeugt gewesen.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Sie stehen im Einklang mit dem, was der Senat zu diesem Punkte in seinem ersten Revisionsurteil zu Ziff. II 2 ausgeführt hat.

Was die Revision hiergegen vorbringt, greift nicht durch.

a) Sie behauptet jetzt erstmals, Mü[REDACTED] habe den Willen gehabt, seine Zustimmung dazu zu erteilen, daß F[REDACTED] Weisungen des Vorstands der Beklagten übertrat, die ihn nach der irrigen Ansicht Mü[REDACTED] nur intern banden.

Darin ist die vom Berufungsgericht vermißte Zustimmung zu einer Vollmachtsüberschreitung nach außen nicht zu sehen. Das Handeln außerhalb der Vollmacht wiegt erheblich schwerer als die bloße Abweichung von internen Weisungen. Wer dem letzten zustimmt, braucht das erste noch nicht zu billigen.

b) Auf die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, eine etwaige Zustimmung Mü[REDACTED] wäre sittenwidrig und nichtig gewesen, kommt es unter diesen Umständen nicht mehr an.

c) Daß Mü[] selbst Verpflichtungserklärungen mitunterschrieben und vom Vorhandensein weiterer derartiger Erklärungen gewußt hat, zwang das Berufungsgericht nicht zu dem Schluß, Mü[] habe den Erklärungen F[] zugestimmt. Auch das hat der Senat bereits in seinem ersten Revisionsurteil zu II 2 c ausgeführt.

d) Schließlich ist auch die in diesem Zusammenhang erhobene Verfahrensrüge aus § 139 ZPO nicht begründet. Die durch einen Anwalt vertretene Klägerin hätte die von ihr jetzt vorgelegte Aktennotiz vom 11. August 1961 schon früher in den Prozeß einführen können und müssen. Eines Hinweises des Gerichts bedurfte es dafür nicht.

II.

Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus einem außerhalb der Verpflichtungserklärungen zustande gekommenen Vertrag oder aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen.

1.) Die Klägerin hatte hierzu behauptet, G[] habe ihr am 23. Oktober 1961 fernmündlich zugesagt, die auf den 27. und 30. Oktober 1961 vordatierten drei Schecks über insgesamt 2.076.000 DM seien gedeckt und würden von der Beklagten ohne weiteres honoriert werden.

Das Berufungsgericht unterstellt, daß die Beklagte für Handlungen G[] nach §§ 30, 31 BGB einzustehen habe (58 BU), wovon daher für die Revisionsinstanz auszugehen ist.

Es meint aber, die Auskunft über die "Deckung" der Schecks sei für die letzte Darlehensgewährung der Klägerin an W [REDACTED] und Ba [REDACTED] nicht ursächlich gewesen, da die am 23. Oktober 1961 gegebene Auskunft für die Klägerin keinen zuverlässigen Schluß auf den künftigen Kontenstand am 27. oder 30. Oktober 1961 ermöglicht habe. Auf die "Einzahlungszusage" G [REDACTED] habe die Klägerin nicht vertrauen dürfen, weil sie auf Grund der Zeichnungsliste der Beklagten gewußt habe, daß G [REDACTED] zu solchen Zusagen für sich allein nicht befugt gewesen sei. Das Vorbringen der Klägerin über "Sperrungszusagen" G [REDACTED] beziehe sich nur auf Vorgänge vor dem 23. Oktober 1961. *

a) Das letztere beanstandet die Revision mit Recht. Die Klägerin hatte vorgetragen (vgl. ihre Schriftsätze vom 4. Dezember 1961 S. 4 - 5 und vom 1. Juni 1964 S. 8-9), sie habe jeden einzelnen Scheck bei der Beklagten "abgefragt", worauf ihr jedesmal von einem der Berliner Angestellten der Beklagten geantwortet worden sei, die aus den Schecks ersichtlichen Beträge seien bei der Beklagten zu ihren, der Klägerin, Gunsten gesperrt. Dieses Verfahren habe sie "auch bei den hier interessierenden Zahlungsversprechen und den auf sie zurückzuführenden Schecks geübt."

Das Berufungsgericht hat die von der Klägerin zu diesem Punkte beantragte Tatbestandsberichtigung mit der Begründung abgelehnt, es habe keine tatbestandliche Feststellung getroffen, sondern eine rechtliche Würdigung vorgenommen, indem es dieses Vorbringen der Klägerin nicht auf die Schecks per 27. und 30. Oktober 1961 bezogen habe, welche den hier streitigen Verpflichtungserklärungen zu Grunde liegen.

Damit ist der Weg frei für eine revisionsgerichtliche Nachprüfung dieser Ausführungen des Berufungsgerichts. Dessen Würdigung ist nicht möglich. Der schriftsätzliche Vortrag der Klägerin vom 1. Juni 1964 umfaßte eindeutig auch die hier interessierenden, von der Klägerin am 23. Oktober 1961 gutgeschriebenen Schecks. Die Klägerin hat dieses Vorbringen auch nicht in der mündlichen Verhandlung fallen gelassen, wie die Ausführungen des Berufungsgerichts in seinem die Tatbestandsberichtigung ablehnenden Beschluß vom 7. Dezember 1964 ergeben.

b) Der Umstand, daß G [REDACTED] bei der Einlösungs- und Sperrungszusage außerhalb seiner Vollmacht gehandelt hat, schließt zwar einen Erfüllungsanspruch der Klägerin aus, braucht aber einem Anspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen nicht entgegenzustehen. Darauf hat der Senat bereits am Schluß seines ersten Revisionsurteils hingewiesen.

c) Das Berufungsgericht hätte somit über die von der Klägerin behauptete fernmündliche Zusage G [REDACTED] vom 23. Oktober 1961 Beweis erheben müssen. Es muß das nachholen. Erst auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird sich beurteilen lassen, ob die Klägerin einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte hat.

2.) Das Berufungsgericht lehnt eine Haftung der Beklagten aus Auskunftsvertrag ab, welche die Klägerin daraus herleitet, daß nach ihrer Behauptung die Berliner Angestellten der Beklagten ihr falsche Auskünfte gegeben haben. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sollen sich die betreffenden Vorgänge im Juli oder August 1961 abgespielt haben.

Es meint, diese etwaigen Auskünfte seien für den Schaden nicht ursächlich, weil sie sich erkennbar nur auf die Zeit bezogen hätten, in der sie gegeben worden, und nur auf die Geschäfte, die damals gerade gelaufen seien. Am 23. Oktober 1961 hätten diese Auskünfte bereits so weit zurückgelegen, daß ihre Wirkung "verbraucht" gewesen sei. Am 19. Oktober 1961 sei die Schuld W [REDACTED] bei der Klägerin unstreitig bis auf 771,50 DM abgedeckt gewesen. Auch das Konto Ba [REDACTED] bei der Klägerin sei am 23. Oktober 1961 ausgeglichen gewesen. Die im Hinblick auf frühere Geschäfte gegebenen Auskünfte seien mit der Erledigung dieser Geschäfte gegenstandslos geworden. Die Klägerin habe sich bei der letzten Kreditgewährung vom 23. Oktober 1961 nicht auf diese Auskünfte verlassen, sondern allein auf die Verpflichtungserklärungen der Beklagten, möglicherweise auch noch auf die oben zu II 1 erörterte fernmündliche Zusage G [REDACTED] vom 23. Oktober 1961.

a) Mit Recht wendet sich die Revision gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts. Sie können seine Auffassung nicht rechtfertigen, die Wirkung der früheren Auskünfte sei bei der letzten Kreditgewährung "verbraucht" gewesen. Läßt sich nämlich feststellen, daß die Klägerin ohne die ihr von G [REDACTED] im Sommer 1961 erteilten Auskünfte mit W [REDACTED] und Barg gar nicht in Geschäftsverbindung getreten wäre oder jedenfalls keine Geschäfte dieses Umfangs abgeschlossen hätte, so liegt es nahe, daß die Klägerin dann auch im Oktober 1961 den genannten Personen keinen Kredit gewährt haben würde. Das hat das Berufungsgericht bisher nicht beachtet und wird es noch prüfen müssen.

b) Die Ursächlichkeit der Auskünfte für den der Klägerin entstandenen Schaden ist somit nicht auszuschließen. Das Berufungsgericht hätte daher den von der Klägerin für die

Auskünfte angebotenen Beweis erheben müssen. Erst nachdem geklärt war, ob und welche Auskünfte G [REDACTED] erteilt hatte, hätte das Berufungsgericht beurteilen können, ob sie für die letzte Darlehensgewährung der Klägerin an W [REDACTED] und Barg ursächlich waren oder nicht. Diese Prüfung muß das Berufungsgericht nachholen. Falls ein Auskunftsvertrag mangels genügender Vollmacht des für die Beklagte Handelnden nicht zustandegekommen ist, ist immer noch eine Haftung der Beklagten aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen, gegebenenfalls auch aus positiver Vertragsverletzung, denkbar.

3.) Das Berufungsgericht ist weiter der Auffassung, die Klägerin habe auch sonst keinen Anspruch gegen die Beklagte aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen.

a) Es erörtert nicht, ob, was nahe liegt, die Beklagte der Klägerin gegenüber verpflichtet war, diese über die Persönlichkeit W [REDACTED] und Ba [REDACTED] sowie deren Vermögensverhältnisse aufzuklären, wenn sie die Klägerin zu derart gewagten Geschäften mit diesen Personen veranlaßte. Doch mag das auf sich beruhen.

In jedem Fall muß die Beklagte dafür einstehen, daß G [REDACTED] und F [REDACTED] bei den Geschäften vorsätzlich ihre Befugnisse mißbrauchten, sofern sie mit Hilfe dieses Mißbrauchs die Klägerin veranlaßten, mit W [REDACTED] und Ba [REDACTED] Geschäfte zu machen, aus denen der Klägerin Schaden erwachsen konnte. Mindestens insoweit ist eine Aufklärungspflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin verletzt.

b) Das Berufungsgericht meint allerdings, dadurch, daß G[REDACTED] der Klägerin die näheren Umstände nicht offenbart habe, sei dieser kein Schaden entstanden. Die Schadensursache liege allein in der Vollmachtsüberschreitung F[REDACTED].

Das trifft nicht zu. Die Betrachtungsweise des Berufungsgerichts ist zu eng. Als weitere mitwirkende Schadensursache kommt auch die von der Beklagten zu vertretende Unterlassung G[REDACTED] und F[REDACTED] in Betracht, die Klägerin über die Person W[REDACTED] und Ba[REDACTED] sowie über deren Vermögensverhältnisse von Anfang an wahrheitsgemäß zu unterrichten und aufzuklären, sowie darüber, daß sie selbst, G[REDACTED] und F[REDACTED], ihre Vollmacht mißbrauchten. Wäre der Klägerin das bekannt gewesen, so ist kaum anzunehmen, daß sie sich auf eine Darlehensgewährung an W[REDACTED] und Ba[REDACTED] eingelassen hätte. Hätte sie das aber nicht getan, so wäre ihr kein Schaden entstanden.

c) Das Berufungsgericht hat bei seiner Würdigung der Ursächlichkeit in fehlerhafter Weise nur den zeitlich letzten Abschnitt der Geschehnisse ins Auge gefaßt. Sein Urteil läßt eine Gesamtwürdigung der Vorgänge in ihrem Zusammenhang vermissen.

d) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war am 23. Oktober 1961 die Schuld Ba[REDACTED] bei der Klägerin ganz und die Schuld W[REDACTED] fast ganz abgedeckt. Auch das braucht aber nicht dazu zu führen, daß die Ursächlichkeit einer unterlassenen Aufklärung der Klägerin für die am 23. Oktober 1961 von dieser an Ba[REDACTED] und W[REDACTED] gewährten Kredite verneint werden müßte. Die oben zu II 2 gemachten Ausführungen gelten hier entsprechend.

e) Ein Verschulden G [REDACTED] und F [REDACTED] kann schon deshalb nicht verneint werden, weil sie ihre Befugnisse vorsätzlich mißbraucht haben; vgl. dazu auch unten III 2.

Im übrigen ist es widerspruchsvoll, wenn das Berufungsgericht einerseits meint, die Klägerin hätte die Vollmachtsbeschränkung F [REDACTED] kennen müssen, andererseits aber der Auffassung ist, G [REDACTED] und F [REDACTED] hätten die von ihnen gemeinsam unterzeichneten Verpflichtungserklärungen ohne Verschulden für wirksam halten dürfen.

4.) Ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen kann gerechtfertigt sein, wenn der Vorstand der Beklagten bei der Auswahl oder bei der Überwachung G [REDACTED] und F [REDACTED] fahrlässig gehandelt hat.

Auch das kommt nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt hier in Betracht. Dem Vorstand der Beklagten war Anfang Juni 1961 unstreitig bekannt, daß G [REDACTED] seine Befugnisse zur Kreditgewährung im Namen der Beklagten bei W [REDACTED] eigenmächtig überschritten hatte. Unstreitig hat der Vorstand der Beklagten in den folgenden Monaten trotz dieses ihm bekannten Verdachtsgrundes nichts Wirksames unternommen, um die Berliner Niederlassung zu kontrollieren und etwaige Pflichtwidrigkeiten G [REDACTED] zu verhindern oder aufzudecken. Der Vorstand hat bis Ende Oktober 1961 in dieser Hinsicht praktisch nichts getan. Es liegt auf der Hand, daß eine frühere Aufdeckung der Veruntreuungen G [REDACTED] durch den Vorstand der Beklagten den Schaden der Klägerin, wenn nicht verhindert, so doch wesentlich verringert haben würde. Das Berufungsgericht wird zu diesem Punkte noch nähere Feststellungen treffen müssen.

5.) Es meint hilfsweise, der Schaden sei, soweit die unzureichende Vertretungsmacht in Betracht kommt, durch das Verhalten der Vertreter der Klägerin in so hohem Maße mitverursacht und mitverschuldet worden, daß daneben eine schuldhaft Mitverursachung G [REDACTED] und F [REDACTED] nicht ins Gewicht falle (§ 254 BGB).

a) Für diese Annahme fehlt jede Rechtfertigung. G [REDACTED] und F [REDACTED] haben nicht nur ihre Vertretungsmacht überschritten. Sie haben sie außerdem auch vorsätzlich mißbraucht, wie das Berufungsgericht feststellt. Dagegen hat die Klägerin nach den bisherigen Feststellungen den Vollmachtsmißbrauch nicht gekannt, sondern hätte ihn nur kennen müssen. Bei solcher Sachlage kann eine Abwägung nach § 254 BGB keinesfalls zu dem Ergebnis führen, die Klägerin müsse den gesamten Schaden allein tragen.

b) Andererseits braucht die Abwägung nach § 254 BGB aber auch nicht notwendigerweise dahin zu führen, daß die Beklagte wegen des vorsätzlichen Handelns G [REDACTED] trotz des fahrlässigen Verhaltens der Klägerin dieser den vollen Schaden ersetzen müßte.

Allerdings wird dann, wenn bei der einen Partei Vorsatz, bei der anderen aber nur Fahrlässigkeit gegeben ist, die Abwägung nach § 254 BGB meist das Ergebnis haben, daß die vorsätzlich handelnde Partei den Schaden allein zu tragen hat. Das gilt aber nur, soweit eigener Vorsatz der Partei gegeben ist.

Handelt dagegen ein Verrichtungsgehilfe (§ 831 BGB) oder ein Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) vorsätzlich, so muß das noch nicht dazu führen, daß der hinter ihm stehenden Partei der ganze Schaden aufgebürdet wird (RGZ 157, 228, 233; BGH VII ZR 203/63 vom 18. Oktober 1965 = WM 1966, 64). Bei juristischen Personen wird zwar vorsätzliches Handeln des Vorstandes dem eigenen Vorsatz der Partei gleichzusetzen sein. Der Senat ist jedoch der Meinung, daß dies bei den "besonderen Vertretern" des § 30 BGB, zu denen hier Gericke gehört, nicht in gleicher Weise gilt, daß vielmehr hier auch bei vorsätzlichem Handeln eine Schadensteilung nicht ausgeschlossen ist (ebenso wohl RG Seuff A 84 Nr. 174).

III.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Klägerin stehe gegen die Beklagte auch kein Schadensersatz aus unerlaubter Handlung zu.

1.) Es verneint die Ursächlichkeit der früheren Verpflichtungserklärungen und aller vor dem 23. Oktober 1961 liegenden Auskünfte und Einlösungszusagen. Es verneint weiter auch eine Haftung aus der fernmündlichen Zusage Gerickes vom 23. Oktober 1961.

Das ist nicht frei von Rechtsirrtum, wie bereits oben zu II 1 - 2 ausgeführt ist.

2.) Soweit es sich um die drei hier streitigen Verpflichtungserklärungen handelt, meint das Berufungsgericht, es fehle am Vorsatz G [REDACTED] und F [REDACTED]. Diese hätten nur gegenüber der Beklagten unerlaubte Handlungen begangen.

Eine hier allein in Betracht kommende Haftung aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung gegenüber der Klägerin scheide deswegen aus, weil G [REDACTED] und F [REDACTED] auf die Gültigkeit der von ihnen abgegebenen Verpflichtungserklärungen vertraut hätten. Sie hätten sich nur einen Schaden der Beklagten, nicht einen Schaden der Klägerin vorgestellt.

a) Die von der Revision dagegen erhobene Verfahrensrüge greift durch.

In Betracht kommt hier ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus § 31 BGB (für G [REDACTED]) oder § 831 BGB (für F [REDACTED]), jeweils in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB, § 263 StGB oder § 826 BGB.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß G [REDACTED] und F [REDACTED] eine Vielzahl von Verpflichtungserklärungen unter vorsätzlichem Mißbrauch ihrer Befugnisse geschaffen haben. Es meint, G [REDACTED] und F [REDACTED] hätten diese Verpflichtungserklärungen für gültig gehalten. Das schließt aber nicht aus, daß diese Personen doch auch damit gerechnet haben, ihre Verfehlungen würden von der Beklagten entdeckt werden und diese werde sich dann gegen die Verpflichtungserklärungen wehren und deren Erfüllung verweigern, wie es dann ja auch geschehen ist.

Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt ist es ausgeschlossen, daß G [REDACTED] und F [REDACTED] nicht mit einem solchen Gang der Ereignisse gerechnet haben. Es ist nicht denkbar, daß sie sich vorgestellt haben, die Beklagte werde all die hohen, von ihnen eingegangenen Verpflichtungen ohne weiteres alsbald begleichen. Der Beklagten

Dann aber ergibt sich weiter zwingend, daß sie auch damit rechneten, die Vermögenslage der Klägerin könne durch eine Weigerung der Beklagten zumindest gefährdet sein. Da sich dieser Erfolg zwangsläufig ergeben mußte, müssen sie ihn auch in Kauf genommen haben. Der bedingte Vorsatz G [REDACTED] und F [REDACTED] erstreckte sich dann auch auf eine Schädigung der Klägerin, die schon in deren Vermögensgefährdung zu sehen ist. G [REDACTED] und F [REDACTED] haben nicht nur Untreue gegenüber der Beklagten, sondern auch Betrug gegenüber der Klägerin begangen. Es kommt dabei nicht darauf an, ob sie etwa geglaubt haben, die Klägerin werde im Prozeß gegen die Beklagte letztlich doch obsiegen und Befriedigung aus den Verpflichtungserklärungen erlangen.

b) Unter diesen Umständen ist es hier unerheblich, ob der Klägerin ein Anspruch aus unerlaubter Handlung gegen die Beklagte selbst dann zustehen würde, wenn das Berufungsgericht mit seiner Annahme recht hätte, G [REDACTED] und F [REDACTED] hätten mit einem Schaden der Klägerin nicht gerechnet.

3.) Das Berufungsgericht verneint eine Haftung der Beklagten für unerlaubte Handlungen ihres Vorstandes aus § 823 Abs. 2 BGB mit § 263 StGB sowie § 826 BGB. Es tut das mit der Begründung, vorsätzliches Handeln des Vorstands der Beklagten zum Nachteil der Klägerin sei nicht dargetan.

Die Revision sucht aus dem Schriftwechsel nachzuweisen, der Vorstand der Beklagten habe beabsichtigt, den Schaden von der Beklagten auf andere Banken, darunter die Klägerin, abzuwälzen.

Diese Schlußfolgerung brauchte das Berufungsgericht aus dem Schriftwechsel jedoch nicht zu ziehen.

4.) Zur Abwägung gemäß § 254 BGB kann auf das oben zu II 5 Gesagte verwiesen werden. Es gilt hier entsprechend, jedoch kommt für F. eine Haftung der Beklagten nicht nach § 278 BGB, sondern nach § 831 BGB in Betracht.

IV.

Nach alledem muß das Berufungsurteil aufgehoben werden. Die Sache bedarf weiterer Aufklärung und ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei hat der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Vogt

Finke