

Verkündet

am 29. Mai 1958

Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

- 1) der offenen Handelsgesellschaft P. [redacted] und M. [redacted]-
fabrik Wilhelm te H. [redacted], R. [redacted], T. [redacted]
Straße, gesetzlich vertreten durch ihren alleinvertre-
tungsberechtigten Gesellschafter Helmut te H. [redacted], R. [redacted]
[redacted],
- 2) der offenen Handelsgesellschaft M. [redacted] Gebr. Hö. [redacted]
[redacted], B. [redacted], B. [redacted] Straße [redacted] gesetzlich
vertreten durch ihren alleinvertretungsberechtigten Gesell-
schafter Kaufmann Walter Hö. [redacted] in F. [redacted]

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsklägerinnen,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted]

gegen

das Land Schleswig-Holstein, vertreten durch die Oberfinanz-
direktion Kiel, diese wiederum vertreten durch das Finanzamt
Kiel-Nord in K. [redacted], H. [redacted] Straße [redacted]

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted]

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 29. Mai 1958 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Scheff-
ler, Rietschel, Dr. Winkelmann und Erbel

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen
Oberlandesgerichts in Schleswig vom 23. November
1956 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten sowie die Firma E [REDACTED] & Co GmbH in [REDACTED] waren Kommanditisten der Firma "Möbelhaus Horst Ka [REDACTED] KG" in K [REDACTED]. Am 3. Oktober 1953 wurde die Liquidation der KG beschlossen. Am 3. November 1953 fand wegen der Steuerschulden der KG und deren Vorgängerin, der Einzelfirma Ka [REDACTED] (darunter allein 10.062,60 DM rückständige Umsatzsteuern aus dem Jahre 1952) eine Besprechung in dem Finanzamt Kiel-Nord statt, bei der der Leiter der Vollstreckungsstelle des Finanzamts, Oberregierungsrat Ha [REDACTED], die Kaufleute Erich E [REDACTED] und Georg D [REDACTED] für die Firma E [REDACTED] & Co, D [REDACTED] zugleich als Prokurist der Firma Ka [REDACTED] KG, die Kaufleute te H [REDACTED] für die Beklagte zu 1) und Hö [REDACTED] für die Beklagte zu 2), sowie der Steuerberater Bu [REDACTED] teilnahmen. Nachdem die übrigen Besprechungsteilnehmer außer D [REDACTED] und Bu [REDACTED] das Dienstzimmer des Finanzamts verlassen hatten, wurde von Oberregierungsrat Ha [REDACTED] folgende Urkunde entworfen und von Ha [REDACTED] und D [REDACTED] unterzeichnet:

"An Amtsstelle erscheint Herr D [REDACTED] und erklärt:

Namens und im Auftrage sämtlicher Kommanditisten der Horst Ka [REDACTED] KG in K [REDACTED] wird mit dem Finanzamt Kiel-Nord folgendes vereinbart:

Die Kommanditisten geben sämtlich eine selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von zehntausend DM für alle Betriebssteuern der Firma Horst Ka [REDACTED] und Horst Ka [REDACTED] KG, die bisher entstanden sind, mit der zeitlichen Beschränkung des § 116 Abgabenordnung".

Die Urkunde enthält dann noch weiterhin Regelungen wegen der Bezahlung und Sicherung der Steuerschulden.

Oberregierungsrat Ha [REDACTED] gab sodann die Urschrift der Urkunde dem Kaufmann D [REDACTED] mit. Dieser traf noch an demselben Tag mit den anderen Beteiligten zu einer Be-

sprechung zusammen. Nachdem Oberregierungsrat Ha [REDACTED] noch am Abend mit dem Steuerberater Bu [REDACTED] telefonisch gesprochen hatte und am nächsten Tag von D [REDACTED] von dem Ergebnis der Besprechung unterrichtet worden war, brachte D [REDACTED] die Urkunde an das Finanzamt zurück.

Oberregierungsrat Ha [REDACTED] übersandte darauf den Kommanditisten den folgenden Entwurf einer Bürgschaftsurkunde zur Unterzeichnung:

"(Tag offen gelassen) November 1953

Der ... (es folgen die Namen der Kommanditisten) übernehmen hiermit gesamtschuldnerisch die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zur Höhe von DM 10.000 für alle gegenwärtigen und künftigen Steuerschulden an Betriebssteuern der früheren Einzelfirma Horst Ka [REDACTED] sowie der Firma Horst Ka [REDACTED] KG in K [REDACTED] mit der zeitlichen Beschränkung des § 116 AO."

Die Kommanditisten lehnten eine Unterzeichnung ab.

Das Land Schleswig-Holstein hat gegen die Kommanditisten Klage erhoben und hat, nachdem die Firma E [REDACTED] & Co inzwischen in Konkurs geraten ist und der Konkursverwalter den dadurch unterbrochenen Rechtsstreit noch nicht aufgenommen hat, beantragt, die bei den zu Eingang dieses Urteils genannten Beklagten als Gesamtschuldner zur Bezahlung von 10.000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 5. September 1955 zu verurteilen.

Dazu hat das klagende Land vorgetragen; die Beteiligten hätten sich bereits am 3. November 1953 bei der Besprechung im Finanzamt dahin geeinigt, daß die Kommanditisten bis zum Betrag von 10.000 DM die selbstschuldnerische Bürgschaft für die Steuerschulden der Firma Ka [REDACTED] (KG) über-



nehmen. Sie hätten dem zurückgebliebenen Geschäftsführer D. [REDACTED] Vollmacht erteilt, mit Oberregierungsrat Ha. [REDACTED] noch die Einzelheiten zu formulieren und die Urkunde für sie zu unterzeichnen. Nach der Unterzeichnung habe sich D. [REDACTED] von den Kommanditisten nochmals eine Zustimmung zu dem Wortlaut der von ihnen abgegebenen Erklärung geben lassen. Dies sei Oberregierungsrat Ha. [REDACTED] noch an demselben Abend von Bu. [REDACTED] und am anderen Tag von D. [REDACTED] mitgeteilt worden. Die getroffene Vereinbarung sei, wenn nicht als Bürgschaftsübernahme, so jedenfalls als ein Vorvertrag mit der Verpflichtung hierzu anzusehen. Da die Beklagten die Unterzeichnung der übersandten Bürgschaftsurkunde abgelehnt hätten, seien sie im Verzug und deshalb zur Zahlung verpflichtet.

Die Beklagten haben Abweisung der Klage beantragt. Sie bestreiten, eine Bürgschaftsverpflichtung übernommen zu haben. Am 3. November 1953 sei keine Einigung zustande gekommen; D. [REDACTED] habe von ihnen auch keine Vollmacht zum Abschluß einer Vereinbarung erhalten. Es sei auch kein - nachträglich genehmigter - Vorvertrag geschlossen worden; denn es habe sich bei der Niederschrift vom 3. November 1953 nur um eine unverbindliche Fixierung der Besprechungspunkte gehandelt. Ein etwaiger Verzug der Beklagten sei schon deshalb nicht gegeben, weil die von Oberregierungsrat Ha. [REDACTED] übersandten Entwürfe nicht dem Inhalt der von dem Kläger behaupteten Vereinbarung entsprochen hätten, denn sie hätten auch eine in der Niederschrift vom 3. November 1953 nicht vorgesehene Bürgschaft für künftige Steuerschulden enthalten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Landes hat das Oberlandesgericht die Beklagten dem Antrag gemäß verurteilt.

Mit der Revision erstreben die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Das Land beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen, denn nach dem Geschäftsverteilungsplan sei nicht der erkennende 5. Zivilsenat, sondern es wäre der 1. Zivilsenat zuständig gewesen. Das Berufungsgericht habe, obwohl es noch vor der Urteilsfällung darauf hingewiesen worden sei, die Sache nicht an den 1. Zivilsenat verwiesen, sondern durch seinen 5. Zivilsenat entschieden.

Die Rüge der Revision ist nicht begründet. Die Verletzung der Zuständigkeitsregelung nach dem Geschäftsverteilungsplan gibt, wenn es sich um Kammern oder Senate handelt, die für Sachen gleicher Art zuständig sind, keine Rechtsrüge nach § 551 Ziff. 1 ZPO, da es sich insoweit nicht um die Frage der vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts handelt (so RGZ 1, 233 für Amtsgerichte; 47, 379; 48; 27, 30; RG in JW 1889, 83). Ebenso scheidet eine Rüge nach § 551 Ziff. 4 ZPO aus, weil die örtliche oder sachliche Zuständigkeit des Oberlandesgerichts Schleswig nicht in Frage steht. Nur davon handelt der § 551 Ziff. 4 ZPO.

Dagegen könnte möglicherweise die unrichtige Anwendung des Geschäftsverteilungsplanes unter dem Gesichtspunkt gerügt werden, daß die Beschwerdeführerinnen ihrem gesetzlichen Richter entzogen worden seien (Art. 101 Abs. 1

Satz 2 GG, § 16 Satz 2 GVG). Doch läge ein Fall der "Entziehung des gesetzlichen Richters" nur dann vor, wenn der mit der Sache befaßte Senat seine Zuständigkeit auf Grund des Geschäftsverteilungsplans willkürlich angenommen hätte (BGHSt 11, 106). Der 5. Zivilsenat des Berufungsgerichts hatte seine Zuständigkeit irrtümlich angenommen; ein solcher Verfahrensirrhum rechtfertigt aber nicht die Annahme, daß die Prozeßbeteiligten ihrem gesetzlichen Richter entzogen worden sind (Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 3, 359, 364; 4, 412, 416). Der 5. Zivilsenat hat seinen Irrtum allerdings später, noch vor Erlaß des Urteils, erkannt. Er war aber den Urteilsgründen zufolge der Auffassung, daß eine etwaige Rüge nunmehr nach § 295 ZPO ausgeschlossen sei, es also bei der Zuständigkeit des bisher mit der Sache befaßten Senats sein Bewenden haben müsse. Ob diese Auffassung richtig ist, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben; jedenfalls schließt sie die Annahme aus, daß das Gericht nunmehr "willkürlich" seine Zuständigkeit bejaht habe.

Die von der Revision behauptete rechtsirrigte Anwendung des § 295 ZPO durch das Berufungsgericht vermag auch für sich allein dem Rechtsmittel nicht zum Erfolge zu verhelfen. Es wäre, wenn die Revision recht hätte, nur ein Mangel ungeheilt geblieben, der mit der Revision nach dem oben Dargelegten nicht gerügt werden kann. Im übrigen dürfte die Ansicht des Berufungsgerichts insoweit in Einklang mit der Entscheidung BGHZ 6, 178, 182 stehen.

II.

Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß das Land zur Erhebung der Klage nicht legitimiert gewesen sei. Die Schuld der Firma Horst Ka[REDACTED] KG, deren Bezahlung von den Beklagten gefordert werde,

bestehe ganz überwiegend aus rückständiger Umsatzsteuer. Die Umsatzsteuer sei aber Sache des Bundes (Art. 106 Abs. 1 Ziffer 3 GG). Deshalb sei nicht das Land, sondern die Bundesrepublik Inhaber der geltend gemachten Forderung.

Auch diese Rüge ist nicht begründet. Es ist zwar richtig, daß die eingeklagte Forderung, jedenfalls soweit eine Verbürgung der Beklagten für rückständige Umsatzsteuer in Frage steht, der Bundesrepublik zusteht. Die erst in der Revisionsinstanz vorsorglich vorgenommene Abtretung an das Land kann in der Revisionsinstanz auch nicht mehr berücksichtigt werden. Es bedarf deshalb keiner Prüfung der von der Revision aufgeworfenen Frage, ob diese Abtretung überhaupt wirksam war.

Die Klagebefugnis des Landes ergibt sich aber unter dem Gesichtspunkt der Prozeßstandschaft, weil das Land von der Bundesrepublik zur Einziehung der Forderung ermächtigt worden ist. Dabei kann es auf sich beruhen, ob die ebenfalls erst in der Revisionsinstanz ausdrücklich für diesen Rechtsstreit ausgesprochene Einziehungsermächtigung noch berücksichtigt werden kann, denn die Prozeßstandschaft des Landes war auch ohne eine solche ausdrückliche Erklärung von Anfang an gegeben.

Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Eine Einziehungsermächtigung ist als Einwilligung zur Verfügung über ein fremdes, dem Einwilligenden gehöriges Recht (§ 185 BGB) grundsätzlich zulässig. Der Anspruch als solcher bleibt zwar Bestandteil des Vermögens des Ermächtigenden, der Ermächtigte erlangt aber

auf Grund der Einwilligung die Befugnis, die fremde Forderung im eigenen Namen einzuziehen (vgl. dazu auch GSZ in BGHZ 4, 153, 164 mit Nachweisen). Daraus ergibt sich, soweit ein Rechtsschutzinteresse zu bejahen ist, auch die Prozeßstandschaft des zur Einziehung Ermächtigten, d.h. das Recht eine fremde Forderung im eigenen Namen prozentual geltend zu machen

Die Voraussetzungen einer solchen Prozeßstandschaft sind hier gegeben. Die Umsatzsteuer steht zwar dem Bund zu (Art. 106 Abs. 1 Ziffer 3 GG). Nach § 9 Abs. 2 FVG kann der Bund aber "bei der Bearbeitung der Umsatzsteuer die Hilfe der Finanzämter in Anspruch nehmen". Davon hat er Gebrauch gemacht und die Festsetzung und Einziehung der Umsatzsteuer den Finanzämtern (also Behörden des Landes) übertragen. Die Tätigkeit der Finanzämter ist allerdings keine Auftragsverwaltung im Sinne des Art. 85 GG (vgl. Kühn RAO 4. Aufl. Anm. zu § 9 FVG). Aus der Bestimmung des § 9 FVG in Verbindung mit Ziffer 4 der 1. DV-FVG (vom 23. November 1950 (MinBlFin 1950, 642) ist aber zu entnehmen, daß den Finanzämtern (also den Ländern) allgemein die Erhebung der Umsatzsteuer übertragen worden ist. Hinzu kommt, daß die Beitreibung dieser (wie anderer Steuern) nach den §§ 325 ff RAbgO ohnehin Sache der Finanzämter ist. Diese allein verfügen über die entsprechenden Organe zur Festsetzung und Beitreibung der Umsatzsteuer; die Umsatzsteuer wird an die Finanzämter (also an Kassen der Länder) bezahlt und von diesen dann erst mit dem Bund verrechnet. Es begegnet daher keinen Bedenken, auf Grund dieser ~~generellen~~ Ermächtigung, die Umsatzsteuer für den Bund einzuziehen und beizutreiben, jedenfalls für den Fall, eines die Beitreibung betreffenden bürgerlichen Rechtsstreits auch die Prozeßstandschaft der Finanzämter, d.h. der Länder, zu bejahen.

Dem steht die Entscheidung in BGHZ 19, 163 nicht entgegen. Dort ist allerdings in einem Rechtsstreit über die Frage, ob eine Umsatzsteuerforderung im Konkurs bevorrechtigt ist, die Bundesrepublik selbst als Beklagte aufgetreten. Aber einmal handelt es sich dabei nicht um die Einziehung und Beitreibung einer Forderung, zum anderen schließt auch die grundsätzliche Bejahung einer Prozeßstandschaft der Länder nicht aus, daß die Bundesrepublik im Einzelfall den Rechtsstreit selbst führt.

III.

In der Sache selbst stellt das Berufungsgericht fest, daß bei der Besprechung auf dem Finanzamt am 3. November 1953 eine Bürgschaftsübernahme durch die Beklagten noch nicht stattgefunden hat. Die von Die-drich unterzeichnete Niederschrift sei vielmehr, so führt das Berufungsgericht aus, nur ein Vorvertrag gewesen, in dem die Kommanditisten verpflichtet wurden, die Bürgschaft zu übernehmen. D. [REDACTED] habe namens der Kommanditisten gehandelt, ohne Vertretungsmacht zu besitzen. Die Kommanditisten hätten dem D. [REDACTED] noch an demselben Abend ihre Genehmigung erklärt, und diese sei dem Oberregierungsrat Ha [REDACTED] durch Burchard und am anderen Tage auch noch durch D. [REDACTED] mitgeteilt worden. Damit seien die Beklagte verpflichtet gewesen, die Bürgschaft in der in dem Vorvertrag vorgesehenen Form zu übernehmen. Mit der Erfüllung dieser Verpflichtung seien sie in Verzug geraten. Sie könnten sich demgegenüber nicht darauf berufen, daß die ihnen übersandten Entwürfe auch

eine in dem Vorvertrag nicht vorgesehene Verbürgung für künftige Steuerschulden enthalten hätten, denn sie hätten diesen Teil der Urkunden ohne weiteres streichen können. Sie könnten sich auch nicht darauf berufen, daß das Finanzamt in der Folgezeit nicht mit seinen Vollstreckungsmaßnahmen stillegehalten habe. Selbst wenn es sich, wie die Beklagten dazu behaupten, hierzu verpflichtet hätte, so sei diese Verpflichtung durch den Verzug der vorleistungspflichtigen Beklagten entfallen.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, D [REDACTED] habe mit Oberregierungsrat Ha [REDACTED] am 3. Dezember 1953 einen noch genehmigungsbedürftigen Vorvertrag des Inhalts abgeschlossen, daß sich die Kommanditisten verpflichteten, die Bürgschaft zu übernehmen, begegnet keinen rechtlichen Bedenken; sie wird von der Revision auch nicht angegriffen. Die Revision bemängelt aber die Feststellung des Berufungsgerichts, daß dieser Vorvertrag von den Beklagten genehmigt worden sei.

Diese Rüge ist nicht begründet. Der von D [REDACTED] im Namen der Beklagten abgeschlossene Vorvertrag bedurfte nach § 177 Abs. 1 BGB noch deren Genehmigung. Oberregierungsrat Ha [REDACTED] hat, wie das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt (S. 17 d. U.), die Beklagten nicht zu einer Erklärung über die Genehmigung aufgefordert. Entgegen der Auffassung der Revision liegt deshalb nicht der Fall des § 177 Abs. 2 BGB vor. Deshalb konnte die Genehmigung auch dem Vertreter, also D [REDACTED] gegenüber, erteilt werden (§ 182 Abs. 1 BGB).

Das Berufungsgericht stellt dazu auf Grund der Bekundungen des Zeugen D [REDACTED] fest, daß die Vertreter

der beiden Beklagten sich abends im "Knorr-Bunker" ihm gegenüber bereit erklärt hätten, die vorgesehene Bürgschaft zu übernehmen, wenn sie künftig Ruhe vor dem Finanzamt hätten. Das Berufungsgericht zieht daraus den Schluß, daß damit die erforderliche Genehmigung erteilt worden sei; D. [REDACTED] habe die Bemerkung, "wenn sie künftig vor dem Finanzamt Ruhe hätten", nicht als Einschränkung oder Bedingung aufgefaßt.

Die Revision rügt hierzu, das Berufungsgericht habe insoweit nur auf die Auffassung von D. [REDACTED] abgehoben, es hätte aber eine eigene Feststellung treffen müssen. Diese Rüge geht fehl. Es ist zwar richtig, daß es auf den objektiven Inhalt der Erklärungen der Beklagten ankommt und nicht auf die Auslegung, die der Zeuge ihr gegeben hat. Der Hinweis des Berufungsgerichts auf die Auffassung des Zeugen D. [REDACTED] kann aber nicht anders verstanden werden, als daß das Berufungsgericht sich damit diese Auffassung selbst zu eigen machen und feststellen wollte, die Genehmigung sei ohne Einschränkung und Bedingung erteilt worden. Das ergibt sich aus der Schlußfolgerung des Berufungsgerichts, daß infolgedessen die Genehmigung als erteilt angesehen werden müsse. Daß das Berufungsgericht diese Schlußfolgerung gezogen hat, ohne sich über die Richtigkeit der Auffassung des D. [REDACTED] Gedanken zu machen und diese zu bejahen, kann nicht angenommen werden.

Ist somit ein wirksamer Vorvertrag zustande gekommen, so waren die Beklagten hieraus verpflichtet, die Bürgschaft zu übernehmen. Dieser Verpflichtung sind sie nicht nachgekommen; sie haben ihre Erfüllung ausdrücklich verweigert. Deshalb sind sie wegen positiver Vertragsverletzung zum Schadensersatz verpflichtet. Das be-

df

deutet, daß sie sich so behandeln lassen müssen, als ob sie eine wirksame selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen hätten (§ 249 BGB).

Dem können sie nicht entgegenhalten, daß die ihnen übersandten Entwürfe von Bürgschaftsurkunden abweichend von dem Vorvertrag eine Verbürgung auch für künftige Steuerschulden zum Inhalt hatten; denn die Beklagten haben sich in der Folgezeit auch geweigert, eine Bürgschaft in dem ursprünglich vorgesehenen Umfang zu übernehmen.

Ebenso können sich die Beklagten nicht darauf berufen, das Finanzamt habe sich verpflichtet, mit seinen Vollstreckungsmaßnahmen stille zu halten, und sei dieser Verpflichtung nicht nachgekommen. Diese Verpflichtung war davon abhängig, daß die Beklagten die Bürgschaftsurkunden unterzeichneten. Mit dieser Verpflichtung waren die Beklagten vorleistungspflichtig. Da sie ihre Leistung nicht erbracht haben, entfiel auch die von den Beklagten behauptete Verpflichtung des Finanzamts, stille zu halten.

Die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Höhe der Forderung werden von der Revision nicht angegriffen.

Die Revision der Beklagten ist infolgedessen
als unbegründet zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung
beruft auf § 97 ZPO.

Glanzmann

Scheffler

Rietschel

Dr. Winkelmann

Erbel