

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juni 1999 durch den Vorsitzenden Richter Schimansky und die Richter Dr. Schramm, Dr. Siol, Dr. Bungeroth und Dr. Müller

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 1. Juli 1998 aufgehoben, soweit die Berufung der Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagende Bank macht Rückzahlungsansprüche aus Darlehensverträgen geltend.

Die Klägerin belastete am 17. März 1992 ein Kreditkonto des Beklagten in Höhe von 220.000 DM und schrieb den Betrag einem Geschäftskonto des Beklagten gut. Die Parteien streiten darüber, ob diesem Vorgang ein Darlehen der Klägerin an den Beklagten zugrunde liegt, welches den Beklagten zur Rückzahlung verpflichtet, oder ob nur zum Schein ein Darlehensverhältnis mit ihm begründet wurde, in Wirklichkeit aber ein Dritter, der Zeuge W., zur Rückzahlung verpflichtet sein sollte.

Der Beklagte hat eingewendet: Das angebliche Darlehen sei nur deshalb als solches bezeichnet worden, um der Klägerin die Fortsetzung der Geschäftsbeziehung mit dem Zeugen W. zu ermöglichen. Es sei ausdrücklich vereinbart worden, daß nicht der Beklagte, sondern allein der Zeuge W. die Rückzahlung aus den Gewinnen seiner Immobiliengeschäfte vornehmen sollte. Hintergrund der Vereinbarung sei gewesen, daß die von dem Zeugen W. geführte I. GmbH und dieser persönlich verpflichtet gewesen seien, ein zum 31. Dezember 1991 fällig gewordenes Darlehen von 220.000 DM an den Beklagten zurückzahlen. Dazu seien beide Schuldner aufgrund finanzieller Schwierigkeiten jedoch nicht in der Lage gewesen. Um Vollstreckungsmaßnahmen des Beklagten und den wirtschaftlichen Zusammenbruch des Zeugen W. und der I. GmbH zu vermeiden, habe das damalige Vorstandsmitglied der Klägerin, der Zeuge T., vorgeschlagen, die Rückzahlung des von dem Beklagten an den Zeugen W. gewährten Darlehens durch die Klägerin vorzunehmen, indem sie dem Beklagten zum Schein ein

- 4 -

Darlehen gewährte, zu dessen Rückzahlung allein der Zeuge W. verpflichtet sein sollte.

Das Landgericht hat die Klage auf Rückzahlung dieses Darlehens abgewiesen. Die Berufung der Klägerin wurde zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Rückzahlungsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Da der Beklagte in der mündlichen Verhandlung trotz rechtzeitiger Ladung zum Termin nicht vertreten war, war über die Revision der Klägerin antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil ist jedoch keine Folge der Säumnis, sondern beruht auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 81).

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit die Berufung der Klägerin zurückgewiesen worden ist, und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung im wesentlichen ausgeführt:

Die im Frühjahr 1992 von der Klägerin vorgenommene Auszahlung des Betrages von 220.000 DM auf das Geschäftskonto des Beklagten beruhe nicht auf einem verbindlich geschlossenen Darlehensvertrag der Parteien. Ein solcher sei nur zum Schein geschlossen wor-



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



den und habe eine in Wirklichkeit gewollte dreiseitige Abrede unter Einschluß des Zeugen W. verdeckt, nach der ausschließlich der Zeuge W. gegenüber der Klägerin zur Rückzahlung der Darlehenssumme verpflichtet sein sollte.

Daß dem äußeren Schein nach ein Darlehensvertrag geschlossen worden sei, habe der Beklagte nie in Abrede gestellt. Im übrigen ergebe sich dies aus den vorliegenden Unterlagen der Klägerin, insbesondere aus dem internen Kreditantrag vom 5. März 1992 und der darin niedergelegten Genehmigung des Vorstandes sowie aus den Kontounterlagen der Klägerin. Der Einwand des Beklagten, dieses Darlehen sei nur pro forma eingegangen worden, es handele sich insoweit um ein Scheingeschäft, sei aufgrund der Bekundungen der vom Landgericht vernommenen Zeugen als erwiesen anzusehen. Diese hätten als Teilnehmer an den maßgebenden Verhandlungen, die der Zeuge T., der Streithelfer der Klägerin, als damaliger Vorstand der Klägerin für diese führte, übereinstimmend die erörterte und schließlich mündlich vereinbarte Lösung geschildert. Danach habe im Ergebnis Einigkeit darüber bestanden, dem Zeugen W. die Fortführung seiner Geschäfte zu ermöglichen, weil man sich aus der Veräußerung der von ihm erworbenen Immobilien nicht nur eine Erfüllung der Kreditforderungen der Klägerin versprach, sondern allseits davon überzeugt gewesen sei, die Verkaufserlöse würden den Zeugen W. zu einem späteren Zeitpunkt auch in die Lage versetzen, zusätzlich den Betrag von 220.000 DM aufzubringen und an die Klägerin zurückzuzahlen. Deshalb sei vereinbart worden, daß die Klägerin den Betrag von 220.000 DM vorab an den Beklagten auszahlen sollte. Die Rückzahlung sollte ausschließlich von dem Zeugen W. aus den von ihm erzielten Verkaufserlösen bewirkt werden. Zum Schein sollte aber ein Darlehensvertrag mit dem Beklagten geschlossen werden. Soweit der Zeuge T. zum Kernpunkt der Be-

sprechung abweichende Angaben gemacht habe, seien diese nicht geeignet, die Aussagen der anderen Zeugen zu widerlegen.

Im Außenverhältnis sei der Zeuge T. als Vorstand bevollmächtigt gewesen, die Klägerin rechtsgeschäftlich zu vertreten. Das Risiko eines etwaigen Vollmachtsmißbrauches habe die Klägerin zu tragen. Ein Mißbrauch, insbesondere ein kollusives Zusammenwirken zum Nachteil der Klägerin, sei aber nicht erkennbar. Es liege vielmehr auf der Hand, daß der Zeuge T. in der konkreten für die Klägerin schwierigen Situation das im wirtschaftlichen Interesse der Klägerin Liegende unternommen habe, um das nicht unerhebliche Kreditengagement bei dem Zeugen W. nicht zu gefährden und letztlich eine Erfüllung der Forderungen der Klägerin zu erreichen.

II.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung teilweise nicht stand.

1. Nicht zu beanstanden ist, daß das Berufungsgericht zu der Annahme gelangt, die Vereinbarung eines Darlehens über 220.000 DM zwischen den Parteien habe nach dem übereinstimmenden Willen der handelnden Personen nur zum Schein vorgenommen werden sollen. Die diesbezügliche in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbare Beweiswürdigung des Berufungsgerichts läßt Rechtsfehler nicht erkennen. Sie enthält keine Widersprüche und berücksichtigt das Gesamtergebnis der mündlichen Verhandlung. Sie wird von der Revision auch nicht angegriffen.

2. Das Berufungsgericht ist zu Unrecht davon ausgegangen, der Streithelfer der Klägerin sei als Vorstand im Außenverhältnis ohne Einschränkung bevollmächtigt gewesen, die Klägerin zu vertreten. Bei der Klägerin handelt es sich um eine eingetragene Genossenschaft. Diese wird durch den Vorstand vertreten, der aus mindestens zwei Mitgliedern besteht (§ 24 Abs. 1 und 2 GenG). Die Mitglieder des Vorstandes sind grundsätzlich nur gemeinschaftlich zur Vertretung befugt, wobei das Statut Abweichendes bestimmen kann (§ 25 Abs. 1 GenG). Feststellungen über eine solche abweichende Bestimmung hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Die von der Klägerin in der Revisionsinstanz vorgelegte Satzung der Klägerin enthält in § 15 Abs. 1 eine der gesetzlichen Regelung entsprechende Bestimmung. Der Streithelfer der Klägerin war daher nicht allein vertretungsberechtigt.

Die Anwendung des § 117 BGB scheitert allerdings nicht bereits daran, daß der Darlehensvertrag vom Gesamtvorstand der Klägerin genehmigt wurde, während die Simulationsvereinbarung nur mit dem Streithelfer der Klägerin getroffen wurde. Das in § 117 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Einverständnis über den Widerspruch von Willen und Erklärung ist nicht rechtsgeschäftlicher Natur (vgl. RGZ 134, 33, 37; Erman-Brox, 9. Aufl., § 117 Rdn. 4; Staudinger-Dilcher, 11. Bearb., § 117 Rdn. 12). Bei der Simulationsabrede müssen sich nur beide Teile bewußt sein, daß ihren Erklärungen kein Wille entsprechen soll (RGZ 134, 33, 37). Bei Gesamtvertretung einer Vertragspartei genügt es für dieses Bewußtsein und damit für das Einverständnis im Sinne des § 117 BGB, wenn - wie hier - lediglich ein Gesamtvertreter wußte, daß der Vertragspartner seine Erklärung nur zum Schein abgeben wollte (Senatsurteil vom 28. November 1995 - XI ZR 37/95, NJW 1996, 663, 664 unter III. 1.).

3. Nicht berücksichtigt hat das Berufungsgericht jedoch, daß der zum Schein abgeschlossene Darlehensvertrag unter den hier gegebenen Umständen gegenüber der Klägerin ausnahmsweise als gültig zu behandeln sein kann.

Schließt ein Vertreter zur Täuschung des Vertretenen in Kollusion mit dem Geschäftsgegner ein Scheingeschäft ab, so ist das Geschäft gegenüber dem gutgläubigen Vertretenen wirksam. Denn der Geschäftsgegner müßte sich, um sich dem Vertretenen gegenüber mit dem Einwand des Scheingeschäfts durchzusetzen, auf seine eigene Täuschungsabsicht berufen. Er hat dem Vertretenen das Vorhandensein eines rechtsgeschäftlichen Willens in gleicher Weise vorgespiegelt, wie wenn er mit ihm ohne das Zwischenglied eines Vertreters verhandelt hätte. Bei der Kollusion zwischen dem Vertreter und dem Geschäftsgegner ist die Scheingeschäftsabrede daher gegenüber dem Vertretenen wie ein - unbeachtlicher - geheimer Vorbehalt des Geschäftsgegners zu werten (vgl. RGZ 134, 33, 37; Erman-Brox, 9. Aufl., § 117 Rdn. 10; MünchKomm/Kramer, 3. Aufl., § 117 Rdn. 17; MünchKomm/Schramm, 3. Aufl., § 166 Rdn. 6; Palandt-Heinrichs, 58. Aufl., § 117 Rdn. 7; Soergel-Hefermehl, 12. Aufl., § 117 Rdn. 15; Soergel-Leptien, 12. Aufl., § 166 Rdn. 18; Staudinger-Schilken, 12. Bearb., § 166 Rdn. 19; § 167 Rdn. 100). Der der vertretenen Klägerin gegenüber kollusiv geheim gehaltene Vorbehalt des Beklagten, den Darlehensvertrag nur zum Schein abzuschließen und eine Haftung in Wirklichkeit nicht übernehmen zu wollen, wäre daher der Klägerin gegenüber unbeachtlich (§ 116 BGB analog).

Das Berufungsgericht hat die Kollusion nur unter dem Gesichtspunkt des Vollmachtsmißbrauchs behandelt und sie verneint, da ein Zusammenwirken des Beklagten und des Vertreters zum Nachteil der

Klägerin nicht erkennbar sei. Darum geht es im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht. Wenn der Vertreter und der Geschäftsgegner bewußt zum Nachteil des Vertretenen zusammenwirken, ist das Rechtsgeschäft nach § 138 BGB nichtig (vgl. MünchKomm/Schramm aaO § 164 Rdn. 99; Staudinger-Schilken aaO § 167 Rdn. 100). Das macht auch die Klägerin nicht geltend. Sie stützt sich im Gegenteil auf die Verbindlichkeit des vom Beklagten ohne Rechtsbindungswillen abgeschlossenen Darlehensvertrages. Die Entscheidung, ob der Zeuge T. - wie das Berufungsgericht meint - mit der Simulationsabrede "das im wirtschaftlichen Interesse der Klägerin Liegende unternommen" hat, oblag dem Gesamtvorstand. Sollte diesem der fehlende Rechtsbindungswille nach den übereinstimmenden Absichten des Beklagten und des Zeugen verheimlicht werden, um eine negative Entscheidung zu vermeiden, könnte sich der Beklagte gegenüber dem Erfüllungsverlangen der Klägerin nicht auf die Scheinnatur des Darlehensvertrages berufen (Staudinger-Schilken aaO § 166 Rdn. 19 und § 164 Rdn. 93, 100).

III.

Zur Nachholung der zu diesem Punkt erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen war das Berufungsurteil im Umfang der Anfechtung aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Schimansky

Dr. Schramm

Dr. Siol

Dr. Bungeroth

Dr. Müller