
Datum: 08.07.1993
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 U 161/92
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1993:0708.7U161.92.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 5 O 34/92
Schlagworte: Stellvertretung Vertreter Vollmacht
Normen: BNotO § 19; BGB §§ 177, 179, 276, 278
Leitsätze:

Wenn das Zustandekommen eines Vertrags am Fehlen der Vertretungsmacht scheitert, so ist die Haftung des Vertretenen auf Ersatz des negativen Interesses aus dem Gesichtspunkt der c.i.c. zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, da die vertretungsrechtlichen Regelungen der §§ 177, 179 BGB nur das Erfüllungsinteresse betreffen. Diese Vorschriften werden aber dann unterlaufen, wenn die Haftung des Vertretenen nach § 278 BGB auf dasselbe Ergebnis hinausläuft wie die Wirksamkeit des ohne Vertretungsmacht vorgenommenen Rechtsgeschäfts. In diesen Fällen muß folglich eine Anwendung des § 278 BGB ausscheiden.

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 30. Juni 1992 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Köln abgeändert und wie folgt neu gefaßt: Die Klage wird abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen werden der Klägerin auferlegt. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 8.000,00 DM abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Revision wird zugelassen.

T a t b e s t a n d Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Schadensersatz wegen
Ampflichtverletzung in Anspruch.

Die Klägerin war Eigentümerin zahlreicher im west- deutschen Raum gelegener Grundstücke, 2
die sie in den 80iger Jahren nach und nach unter Einschaltung verschiedener Notare
veräußerte. Ihre Interessen nahm dabei ihr damaliger Anwalt E. wahr, dem es gegen Zahlung
einer Provision in Höhe von jeweils 2% des Kaufpreises oblag, die Verhandlungen mit den
Käufern zu führen, die notarielle Beurkundung vorzubereiten und mit den Notaren den bei der
Ab- wicklung der Verträge anfallenden Schriftverkehr zu führen. Bei der Beurkundung selbst
trat er für die Klägerin jeweils als Vertreter ohne Vertretungs- macht auf. Den Kaufpreis
zahlten die Käufer regel- mäßig auf ein Konto des beurkundenden Notars, der davon
zunächst die nicht übernommenen Belastungen ablöste und die zu Gunsten der Klägerin
verbleiben- den Restbeträge auf ein von E. bei der Volksbank B. eingerichtetes "Anderkonto
H." überwies. E. leitete davon nur einen geringen Teil an die Klägerin wei- ter. Er veruntreute
rund 2,3 Millionen DM. Die Klä- gerin hat gegen ihn erfolglos die Zwangsvollstrek- kung
betrieben.

Der Beklagte beurkundete für die Klägerin am 29. November 1985 einen Kaufvertrag mit dem 3
Foto- grafen V.P. aus K.. Nach § 3 des Kaufvertrages war der Kaufpreis, der 185.000,00
DM betrug, auf ein Anderkonto des Beklagten zu zahlen, der den nach Ablösung
verschiedener Verbindlichkeiten ver- bleibenden Kaufpreisrest auf ein Konto der Klägerin bei
der Volksbank R. zu überweisen hatte. Die Ablösung nahm mehrere Jahre in Anspruch, da
ein verloren gegangener Grundschuldbrief im Aufgebots- verfahren für kraftlos erklärt werden
mußte. Mit Schreiben vom 2. August 1988 bat E. den Beklagten, den verbliebenen Betrag auf
das "Anderkonto H." bei der Volksbank B. zu überweisen. Der Beklagte über- wies daraufhin
am 15. Oktober 1988 auf dieses Konto 31.390,96 DM.

Die Klägerin hat dem Beklagten vorgeworfen, seine Ampflichten verletzt zu haben, indem er 4
Zahlungen an E. geleistet habe, ohne sich eine entsprechende Geldempfangsvollmacht
vorlegen zu lassen. Tatsäch- lich habe sie E. keinerlei Vollmachten erteilt.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 31.390,76 DM nebst 7,5% 5
Zinsen seit dem 14. Januar 1986 zu zahlen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat geltend gemacht, E. sei von der Klägerin 6
bevoll- mächtigt gewesen, die Grundstücke zu veräußern. Dies habe auch die Vollmacht
eingeschlossen, die für die Klägerin bestimmten Zahlungen in Empfang zu nehmen.
Jedenfalls müsse sich die Klägerin das Han- deln E.s unter dem Gesichtspunkt der
Duldungs- oder Anscheinsvollmacht zurechnen lassen.

Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 30. Juni 1992 bis auf einen Teil der Zinsen 7
stattgegeben. Es hat gemeint, der Beklagte habe ampflichtwidrig gehandelt, weil er an E.
gezahlt habe, ohne sich eine Vollmacht vorlegen zu lassen. Tatsächlich sei E. nicht
bevollmächtigt gewesen. Bei der Beurkundung des Kaufvertrages sei er aus- drücklich als
Vertreter ohne Vertretungsmacht auf- getreten. Für eine spätere Vollmachtserteilung und für
das Vorliegen einer Duldungs- oder Anscheins- vollmacht habe der Beklagte keine
ausreichenden Tatsachen vorgetragen. Ein Mitverschulden falle der Klägerin nicht zur Last,
da sie jedenfalls bis Oktober 1988 keinen Anlaß zu Mißtrauen gegenüber E. gehabt habe.
Dieser sei auch nicht ihr Erfüllungs- gehilfe gewesen, sondern habe seine Manipulationen nur
"bei Gelegenheit" seiner Tätigkeit für die Klä- gerin vorgenommen.

Mit der Berufung verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Berufung.

Wegen der näheren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das angefochtene Urteil und auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze sowie auf das Protokoll der Senatssitzung vom 25. März 1993 Bezug genommen. 9

Entscheidungsgründe 10

Die Berufung ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Sie führt im Ergebnis zur Klageabweisung. 11

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung gemäß § 19 BNotO nicht zu. Soweit dem Beklagten eine Pflichtverletzung zur Last fällt, ist hierdurch nicht die Klägerin, sondern der Käufer geschädigt, der trotz der von ihm geleisteten Zahlung nicht von seiner Kaufpreisverbindlichkeit gegenüber der Klägerin freigeworden ist. Ein Schadensersatzanspruch steht daher nur dem Käufer zu. Ob sich dieser Anspruch gegen den Beklagten, die Klägerin oder beide Parteien richtet, kann im Ergebnis dahinstehen, da die Klägerin eine sie treffende Haftung nicht als eigenen Vermögensschaden auf den Beklagten abwälzen kann. Im einzelnen gilt folgendes: 12

I. 13

Der durch den Kaufvertrag vom 29. November 1985 begründete Kaufpreisanspruch ist in Höhe des von E. veruntreuten Betrags noch nicht erloschen. 14

1. Durch die Zahlung des Kaufpreises auf das Notar-Anderkonto ist eine Erfüllung nicht eingetreten. Die treuhänderische Verwahrung von Geldern durch den Notar hat regelmäßig nicht die in §§ 378, 379 BGB für die Hinterlegung festgelegten Wirkungen (BGHZ 87, 156, 160). Dafür, daß zwischen der Klägerin und dem Käufer ausnahmsweise vereinbart wurde, die "Hinterlegung" des Kaufpreises bei dem Beklagten als Erfüllung gelten zu lassen, ergeben sich weder aus dem Wortlaut des notariellen Vertrags noch aus dem sonstigen Vorbringen der Parteien irgendwelche Anhaltspunkte. 15

2. Erfüllt ist der Anspruch nur in Höhe des Teils des Kaufpreises, der vereinbarungsgemäß dazu verwendet wurde, die nicht übernommenen Grundpfandrechte abzulösen. Der restliche Anspruch in Höhe von 31.390,96 DM wäre durch die Überweisung auf das "Anderkonto H." bei der Volksbank B. nur dann erloschen, wenn E. entweder von der Klägerin bevollmächtigt gewesen wäre, das Geld für sie in Empfang zu nehmen, oder wenn die Voraussetzungen für eine entsprechende Duldungs- oder Anscheinsvollmacht vorgelegen hätten. Beides war nicht der Fall. 16

Daß E. von der Klägerin weder ausdrücklich noch stillschweigend zum Geldempfang bevollmächtigt war, hat das Landgericht im einzelnen zutreffend ausgeführt. Insoweit wird auf die zutreffenden Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Seiten 7 bis 9, GA Bl. 52 bis 54) Bezug genommen. In diesem Punkt wird das Urteil von den Parteien auch nicht angegriffen. Neue Tatsachen haben sie dazu in der Berufungsinstanz nicht vorgetragen. Auch die vom Senat durchgeführte persönliche Anhörung des Verwaltungsrats der Klägerin, Dr. G., hat dazu keine von den Feststellungen des Landgerichts abweichenden Erkenntnisse erbracht. Vielmehr entspricht seine Darstellung im wesentlichen dem Parteivortrag der Klägerin, wonach E. nicht nur bei den Grundstückskaufverträgen, sondern auch in sonstigen Angelegenheiten nicht bevollmächtigt war, für sie Geschäfte abzuschließen. Das 17

galt auch für die Entgegennahme von Zahlungen, die nach Darstellung Dr. G.s ausschließlich auf Konten der Klägerin zu erfolgen hatten.

Zutreffend hat das Landgericht auch das Vorliegen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht verneint. Allerdings ist der Sachverhalt in diesem Punkt nicht bei allen Verträgen gleich gelagert. Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung ist im vorliegenden Fall der 15. Oktober 1988. Zu dieser Zeit hatte E. für die Klägerin bereits mehrfach Verträge beurkunden lassen, in denen er unter Abkehr von der früheren Praxis nicht mehr das Konto der Klägerin bei der Volksbank R. und auch nicht ein "noch anzugebendes Konto", sondern sein Konto bei der Volksbank B. als Zahlstelle angegeben hatte. Aus dem gegen E. ergangenen Strafurteil des Landgerichts Bonn vom 29. November 1991 (27 E 4/91) folgt, daß bereits bis Mitte 1988 drei derartige Verträge abgeschlossen worden waren (Strafurteil Seiten 50 bis 53: UR Nr. 404/88 und 750/88 Dr. Jackschath in St. Augustin und UR Nr. 407/88 Notarin Ilges in Königswinter). Da die Kaufpreiszahlungen in allen drei Fällen bereits bis Ende August 1988 geleistet waren, ist davon auszugehen, daß die Klägerin die drei Verträge bis dahin auch genehmigt hatte. Daß solche Verträge genehmigt wurden, hat ihr Verwaltungsrat Dr. G. bei seiner Anhörung durch den Senat auch nicht in Abrede gestellt. Er zog daraus nach seiner Darstellung nur nicht die richtige Schlussfolgerung, weil er annahm, das in den Verträgen angegebene "Anderkonto H." sei ein Konto, über das nicht E., sondern die Klägerin verfügungsberechtigt sei. Bei dieser Sachlage spricht viel dafür, daß der Klägerin jedenfalls für den Zeitraum ab Ende August 1988 Fahrlässigkeit zur Last fällt. Einer abschließenden Stellungnahme bedarf es dazu nicht. Die Anscheinsvollmacht setzt nämlich neben dem schuldhaft gesetzten Rechtsschein einer Vollmacht weiter voraus, daß der Geschäftsgegner auf den Rechtsschein vertraut hat (Palandt-Heinrichs, BGB, 52. Auflage, § 173 Rdn. 16). An dieser Voraussetzung fehlt es, da der Beklagte von dem Inhalt der fraglichen Verträge keine Kenntnis hatte. Darauf beruft er sich auch nicht.

Die Klägerin ist unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht gehindert, den Käufer noch auf Zahlung des Kaufpreises in Anspruch zu nehmen. Das gilt auch dann, wenn ihr wegen des Nichterlöschens der Kaufpreisforderung ein Verschulden zur Last fällt. Eine unzulässige Rechtsausübung kommt nicht in Betracht. Dem Bedürfnis, unbillig erscheinende Auswirkungen der formal strengen Vollmachtsvorschriften durch den Rückgriff auf § 242 BGB zu korrigieren, wird bereits durch die Regeln über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht Rechnung getragen, durch die das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung für diesen Bereich eine spezielle Ausprägung erfahren hat (vgl. Palandt-Heinrichs, aaO, § 242 Rdn. 85). Über den Anwendungsbereich der Duldungs- und Anscheinsvollmacht hinaus kann deshalb dem vollmachtlos Vertretenen die Berufung auf das Fehlen der Vollmacht nicht versagt werden.

III. 20

Soweit die Klägerin dazu beigetragen hat, die Erfüllung des Kaufpreisanspruches zu vereiteln, kann ihr im Verhältnis zum Käufer eine positive Vertragsverletzung zur Last fallen. Der sich daraus ergebende Schadensersatzanspruch des Käufers wäre darauf gerichtet, von der Klägerin nicht mehr auf Zahlung in Anspruch genommen zu werden (vgl. BGH NJW 1970, 383, 384).

1. Nach Auffassung des Senats braucht sich die Klägerin die Veruntreuung des Geldes durch E. nicht nach § 278 BGB zurechnen zu lassen. 22

Nach den Regeln über die Stellvertretung hat der vollmachtlos Vertretene die Wahl, das Handeln des Vertreters zu genehmigen und damit gegen sich gelten zu lassen (§ 177 Abs. 1 23

BGB) oder die Genehmigung zu versagen und damit dem Vertreter selbst die Haftung für die Folgen seines Handelns aufzubürden (§ 179 BGB). Diese Regelung darf durch die haftungsrechtliche Norm des § 278 BGB, die den Vertretenen auch gegen seinen Willen für den als vollmachtloser Vertreter handelnden Erfüllungs-gehilfen eintreten läßt, nicht unterlaufen werden. Nach der Rechtsprechung wird zwar durch die Haftung des Vertreters nach § 179 BGB, wenn das Zustandekommen eines Vertrags am Fehlen der Vertretungsmacht scheitert, die Haftung des Vertretenen auf Ersatz des negativen Interesses aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsabschluß nicht ausgeschlossen (BGHZ 6, 330, 334; 92, 164, 175). Dies steht mit der vertretungsrechtlichen Regelung der §§ 177, 179 BGB noch in Einklang, da diese nur das Erfüllungsinteresse betreffen, den Vertretenen aber nicht davor schützen, auf Ersatz des negativen Interesses in Anspruch genommen zu werden (vgl. Palandt-Heinrichs, aaO, § 276 Rdn. 92). Die §§ 177, 179 BGB werden aber unterlaufen, wenn die Haftung des Vertretenen nach § 278 BGB auf dasselbe Ergebnis hinausläuft wie die Wirksamkeit des ohne Vertretungsmacht vorgenommenen Rechtsgeschäfts (vgl. Canaris, JuS 1980, Seite 334). Das ist nämlich dann der Fall, wenn der Erfüllungsgehilfe vollmachtlos Geld oder sonstige Leistungen entgegen nimmt, die er nicht an den von ihm vertretenen Gläubiger weiterleitet. Dementsprechend hat es auch der Bundesgerichtshof abgelehnt, dem Gläubiger das unbefugte Inkasso durch einen Vertragsabschlußgehilfen als Verschulden bei Vertragsabschluß nach § 278 BGB zuzurechnen (VersR 1982, 950, 951).

Letztlich bedarf die Frage im vorliegenden Rechtsstreit keiner Entscheidung. Muß sich die Klägerin das Verhalten E.s nach § 278 BGB zurechnen lassen, dann trifft sie, wie der Beklagte mit Recht geltend macht, ohnehin die alleinige Haftung, da die vom Beklagten zu vertretende Fahrlässigkeit bei der Abwägung der beiderseitigen Verantwortung nach § 254 BGB gegenüber dem von der Klägerin nach § 278 BGB zu vertretenden Vorsatz in vollem Umfang zurücktritt. Die Klage ist auch dann abzuweisen. 24

2. Es kann auch unentschieden bleiben, ob der Klägerin ein Eigenverschulden zur Last fällt. 25

Wie bereits ausgeführt, war für die Klägerin jedenfalls ab Ende August 1988 erkennbar, daß sich E. bei der Abwicklung des Zahlungsverkehrs nicht mehr an die ihm erteilten Weisungen hielt. Insoweit kann sie sich dem Käufer gegenüber aus dem Gesichtspunkt der mangelnden Überwachung ihres Vertreters Schadensersatzpflichtig gemacht haben (vgl. OLG Köln, 19. Zivilsenat, NJW-RR 1992, 915; Palandt-Heinrichs, aaO § 179 Rdn. 9). Diese Schadensersatzpflicht führt aber nicht dazu, daß ihr die Geltendmachung des Kaufpreisanspruchs in vollem Umfang versagt ist. Vielmehr kann sie sich gegenüber dem Käufer auf ein Mitverschulden berufen, da der Beklagte bei der Abwicklung der Kaufpreiszahlung als Erfüllungsgehilfe des Käufers anzusehen ist (vgl. Palandt-Heinrichs, aaO § 278 Rdn. 33). Der Senat hat die Parteien in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, daß bei der dann vorzunehmenden Abwägung des beiderseitigen Verschuldens eine Quotierung im Verhältnis 50:50 naheliegend erscheint. 26

Einer Entscheidung bedarf es dazu, nachdem der vom Senat vorgeschlagene Vergleich nicht zustandgekommen ist, im vorliegenden Rechtsstreit nicht. Der Klägerin steht unabhängig von der Quote, mit der sie dem Käufer gegenüber haftet, kein Anspruch gegen den Beklagten zu. In Höhe der Quote, die bei der Abwägung des beiderseitigen Verschuldens auf den Beklagten entfällt, kann sie ihren Kaufpreisanspruch noch gegen den Käufer durchsetzen, der im Wege des Regresses wiederum den Beklagten in Anspruch nehmen kann. Die auf sie selbst entfallende Quote kann sie weder ganz noch teilweise auf den Beklagten abwälzen, da ein beiderseitiger Regreß dem nach § 254 BGB gewonnenen Abwägungsergebnis zu widerlaufen würde. Die Klage ist daher in jedem Fall abzuweisen. 27

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.	28
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit und Sicherheitsleistung folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	29
Der Senat hat die Revision auch im Hinblick darauf zugelassen, daß noch mehrere gleichgelagerte Verfahren anhängig sind, in denen teilweise die Revisionssumme erreicht wird. Im übrigen geht es teilweise um Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung.	30
Berufungsstreitwert und Wert der Beschwerde: 31.390,96 DM	31
