

79. 1. Macht die von einem Vertreter bei Eingehung eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten begangene Untreue gegen den Vertretenen das geschlossene Rechtsgeschäft zu einem sittenwidrigen und deshalb nichtig?

2. Ist ein Rechtsgeschäft wegen arglistigen Zusammenwirkens der Vertragsschließenden zum Schaden einer Person nichtig, wenn das Geschäft auf der einen Seite von Gesamtvertretern abgeschlossen wurde, von denen nur einem die arglistige Gesinnung innewohnte?

3. Kann sich die an einem in arglistigem Zusammenwirken abgeschlossenen unsittlichen Rechtsgeschäfte beteiligte Vertragspartei Dritten gegenüber auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts berufen?
BGB. §§ 138, 826.

VI. Zivilsenat. Urt. v. 19. Februar 1912 i. S. N.-H.-Bank (Kl.) w. P.-Bank (Bekl.). Rep. VI. 291/11.

- I. Landgericht Paderborn.
- II. Oberlandesgericht Hamm.

Der Fabrikant B. in N. schuldete der Beklagten eine größere Summe; ein Betrag von 100000 M war in kurzem fällig. Die Beklagte bewilligte B. eine Verlängerung des Kredits gegen eine Bürgschaftsübernahme der Klägerin für die Schuld B.'s in Höhe von 100000 M. In dem Bürgschaftsvertrage wurde ausgemacht, daß die Bürgschaft mit dem Tage erlösche, an dem der Beklagten durch irgend eine andere Bank oder durch den Schuldner selbst auf dessen Privatkonto diese Summe in bar zugeführt werde. Die Parteien stritten darüber, ob dieser Fall des Erlöschens der Bürgschaft eingetreten sei. Der Schuldner B., der alleiniger Vorstand einer Aktiengesellschaft für Metallindustrie in N. war, hatte in dieser Eigenschaft auf Veranlassung eines mit der Sachlage bekannten Vertreters der Beklagten ein Guthaben, das die von ihm vertretene Aktiengesellschaft bei der Beklagten hatte, auf sein Privatkonto umbuchen lassen. Die Klägerin sah diese Umbuchung als Barzahlung für Rechnung des Schuldners B. an die Beklagte an und klagte auf Feststellung, daß der Beklagten aus der Bürgschaft keine Rechte mehr gegen sie zuständen. Die Beklagte bestritt diese Bedeutung der Umschreibung, machte aber auch geltend, daß das Umbuchungsgeschäft, wenn es eine Zahlung B.'s an die Beklagte auf seine Schuld darstelle, weil bewußt zum Nachteil der von B. vertretenen Aktiengesellschaft geschlossen, gegen die guten Sitten verstoße und nach § 138 BGB. nichtig sei.

Das Landgericht wies die Klage ab und verurteilte die Klägerin nach dem Antrage der Widerklage. Die Berufung der Klägerin wurde, nachdem eine das erste Urteil abändernde Entscheidung des Berufungsgerichts durch das Reichsgericht aufgehoben worden war, in der zweiten Entscheidung des Berufungsgerichts zurückgewiesen. Auch die Revision der Klägerin wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

„Das reichsgerichtliche Urteil vom 14. Juni 1909 hatte das Urteil des Oberlandesgerichts vom 18. März 1908 aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, weil in der allein streitigen Frage, ob die Bürgschaft der Klägerin für den Fabrikanten B. gegenüber der Beklagten vertragsgemäß durch bare Zuführung von

100 000 *M* auf die Schuld B.'s an die genannte Gläubigerin erlöschten sei, das Berufungsgericht zu Unrecht die Umbuchung von 150 000 *M* vom Konto der Aktiengesellschaft für Metallindustrie in N. auf das Privatkonto B.'s nicht als Barzahlung angesehen habe. Habe es sich bei den umgebuchten Posten um ein wirkliches Guthaben der Aktiengesellschaft gehandelt, über das sie frei verfügen konnte, so stehe die Umbuchung einer Zahlung gleich, doch komme dann in Frage, ob B. als Vorstand der Aktiengesellschaft zu dieser Verfügung über das Vermögen der Aktiengesellschaft zu seinen Gunsten befugt gewesen sei, oder nicht vielmehr seiner Verfügung die §§ 134, 138 BGB. und § 286 StGB. entgegengestanden hätten. Sei dagegen die allerdings unklare Darstellung der Beklagten richtig, wonach die Aktiengesellschaft die freie Verfügung über das für sie gebuchte Guthaben überhaupt nicht gehabt habe, dann würde auch die Frage, ob die Umbuchung eine Zahlung B.'s darstelle, anders zu beantworten sein.

Das neue Urteil des Berufungsgerichts nimmt für dargetan an, daß das buchmäßige Guthaben der von B. vertretenen Aktiengesellschaft für Metallindustrie in N. bei der verklagten Bank ein wirkliches Guthaben der Aktiengesellschaft darstellte, über das sie frei zu verfügen berechtigt war. B. habe die Beklagte angewiesen, auf Grund des ihm persönlich eröffneten Kredits von ihm der Aktiengesellschaft geschuldete Beträge auf deren Konto gutzuschreiben; durch Befolgung dieser Anweisung habe sie die Schuld B.'s an die Aktiengesellschaft bezahlt, aber nicht dieser einen Kredit eröffnet. Habe aber die Aktiengesellschaft die freie Verfügung über das Guthaben gehabt, so stehe die auf die Anweisung B.'s erfolgte Umbuchung des Guthabens auf das eigene Konto B.'s auch einer von diesem an die Beklagte geleisteten Barzahlung auf seine Schuld bei letzterer gleich. Die Begründung, womit die Klägerin die Berechtigung B.'s, für sich über das Guthaben der von ihm vertretenen Aktiengesellschaft zu verfügen, darzutun versuchte, erachtet das Berufungsgericht für schlechthin unzulänglich. Eine solche Berechtigung habe nicht bestanden, selbst wenn die Behauptung, die Aktiengesellschaft sei ihm zur Enthaltung seiner Privathäuser von Hypotheken und Grundschulden verpflichtet gewesen, auf Wahrheit beruht hätte. Diese Behauptung sei aber überdies widerlegt. Er habe an seiner Berechtigung

zu jener Verfügung auch selbst „nicht recht“ geglaubt. Die Veranlassung zu seiner Handlungsweise sei von dem damaligen Direktor der Beklagten D. ausgegangen, der das Schuldkonto B.'s herabsetzen wollte und diesem die Maßregel vorschlug, die nur von vorübergehender Dauer sein sollte, „für ein paar Tage“, wegen der bei der Beklagten bevorstehenden Revision durch den Aufsichtsrat. B. habe deshalb die Zeitbeschränkung „auf drei Tage“ in die Umbuchungsanweisung hineinschreiben wollen, wogegen sich D. aber gewehrt habe. Die Anweisung schränkte dann nach Vereinbarung zwischen beiden die Umbuchung ein, „bis die Angelegenheit mit Dortmund geregelt sei, was übrigens nur noch ein paar Tage dauern könne“. B. habe damals gehofft, von einer Bank in Dortmund weiteren Kredit zu erhalten und dann sein Schuldkonto bei der Beklagten mindern zu können. Jedenfalls habe demnach die Umbuchung nur von vorübergehender Dauer sein sollen zu dem Zwecke, dem Aufsichtsrat der Beklagten das Schuldkonto B.'s geringer erscheinen zu lassen, als es war. Das ändere aber nichts daran, daß durch die vorgenommene Umbuchung eine Zahlung für B. geleistet wurde. Da er nun zu dieser Verfügung kein Recht gehabt habe und ihm, wie nach der Sachlage angenommen werden müsse, die Nichtberechtigung auch bewußt gewesen sei, habe er durch die Umbuchungsanweisung als Bevollmächtigter über eine Forderung seiner Machtgeberin absichtlich zu deren Nachteile verfügt und sich der Untreue nach § 266 Nr. 2 StGB. schuldig gemacht. Ein Einverständnis seines Aufsichtsrats, das die Klägerin behauptete, habe nicht vorgelegen, er habe diesen auch nicht über die Maßregel verständigt. Und der Aufsichtsrat habe, als er von der Umbuchung erfuhr, die Handlungsweise B.'s mißbilligt und als unzulässig angesehen und ihm infolgedessen die alleinige Vertretung der Aktiengesellschaft entzogen. Die objektiv und subjektiv widerrechtliche Verfügung B.'s sei demgemäß nach §§ 134 und 138 BGB. als nichtig anzusehen. Die Beklagte habe den Betrag der Zahlung mithin zurückgewähren müssen. Die Bürgschaftsurkunde setze eine rechtswirksame, nicht eine nichtige Zahlung voraus. In der Tat habe denn auch die Aktiengesellschaft der Umbuchung, nachdem sie davon Kenntnis erlangt, der Beklagten gegenüber widersprochen. . . . Der Einwand, die Beklagte, die das nichtige Rechtsgeschäft veranlaßt habe, könne sich auf die Wichtig-

leitsfolge nicht berufen, sei hinfällig, da die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts schlecht hin wirke; auch sei D. nicht der alleinige Vertreter der Beklagten gewesen, sodaß eine Mitwirkung der verklagten Bank als solcher bei dem nichtigen Geschäfte nicht dargetan sei. Habe danach die Umbuchung die Bürgschaft nicht zum Erlöschen gebracht, so bestche diese auch jetzt noch fort, woraus sich die Abweisung der Klägerin mit der Klage und ihre Verurteilung auf die Widerklage ergebe.

Die Revision rügt die Verletzung der §§ 134, 138 BGB., § 266 StGB. und §§ 286, 551 Nr. 7 ZPO. Zur Anwendung des § 266 StGB. gehöre ein subjektives Verschulden, das nicht festgestellt sei; das Berufungsgericht habe dies gar nicht untersucht. Ferner könne § 138 BGB. nicht zur Anwendung kommen, wenn beide Vertragsparteien das Rechtsgeschäft für sittlich unanfechtbar gehalten hätten.

Der Revision konnte nicht stattgegeben werden. Wenngleich die Erwägungen des Berufungsgerichts in mehrfacher Hinsicht zu rechtlichen Bedenken Veranlassung geben mußten, war seiner Entscheidung im Ergebnisse doch beizutreten.

Die Ausführungen des Berufungsurteils, daß das buchmäßige Guthaben der Aktiengesellschaft für Metallindustrie bei der Beklagten der freien Verfügung der Aktiengesellschaft unterstand und daß die auf Anweisung B.'s erfolgte Umbuchung des Guthabens auf sein Konto, womit er die an die Gesellschaft geleisteten Zahlungen zurückzog und zugleich seine Schuld bei der Beklagten mit den Mitteln der von ihm vertretenen Gesellschaft tilgte, eine Maßregel war, zu der objektiv betrachtet B. die Berechtigung fehlte, sind von der Revision nicht angefochten; sie decken sich mit den in dem Reichsgerichtsurteile vom 14. Juni 1909 für die Entscheidung der Sache aufgestellten Rechtsgrundsätzen und sind rechtlich nicht zu beanstanden.

Mit Unrecht auch meint die Revision, daß das Berufungsgericht den für den Tatbestand der Untreue nach § 266 StGB. erforderlichen Vorsatz B.'s, d. h. das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit seiner Verfügung, in unzulänglicher Weise festgestellt habe. Allerdings sagt das Berufungsurteil an einer Stelle der Begründung, B. habe selbst an seine Berechtigung zu der Verfügung über das Guthaben der Aktiengesellschaft „nicht recht“ geglaubt. Mit diesem Ausdruck scheint

das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, daß nicht nur der Tatbestand der Untreue erfordert, sondern das auch für eine Handlung wider die guten Sitten nach § 826 BGB. charakteristisch ist, in Zweifel gestellt zu sein. Denn die bloße Unsicherheit B.'s, ob er recht handle, würde nur eine Fahrlässigkeit, nicht aber einen Vorsatz der Schädigung der von ihm vertretenen Gesellschaft darstellen. Allein an einer anderen Stelle stellt das Berufungsurteil ausdrücklich fest, daß sich nach der ganzen Sachlage B. seiner Nichtberechtigung, über das Bankguthaben der Aktiengesellschaft zu verfügen, wohl bewußt gewesen sei. Die Ausdrucksweise „nicht recht“ an jener ersten Stelle soll also jedenfalls nicht bloße Zweifel B.'s, sondern in seine Überlegung aufgenommene und bei dem gefaßten Beschlusse verworfene bewußte Bedenken bezeichnen, die einen Vorsatz und eine Arglist des schädigenden Handelns nicht aus- sondern einschließen (dolus eventualis). Eine rechtswidrige Verfügungsabsicht B.'s würde mit Recht verneint werden können, wenn die Umbuchung in der Tat unzweideutig als vorübergehende Maßregel für wenige Tage ausgeführt worden wäre. In diesem Falle würde die ganze Maßregel übrigens ein anderes Aussehen erhalten und nicht als wirkliche Zahlung auf die B.'sche Schuld angesehen werden können. So wie die Umbuchung vorgenommen wurde, blieb nur die spätere Rückgängigmachung der Maßregel in unbestimmter Weise vorbehalten, die vom Eingange anderer Schuldtilgungsmittel in Gestalt eines neuen von außerhalb erwarteten Kredits für B. abhängig gemacht wurde. Bei dieser Sachlage ist objektiv wie subjektiv der Tatbestand der Untreue für die Handlung B.'s gegeben.

Damit allein ist aber noch keineswegs die Annahme gerechtfertigt, daß das von B. durch die Umbuchungsanweisung vorgenommene Rechtsgeschäft wegen Verstoßes gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten nach § 134 und § 138 BGB. nichtig sei, wie dies das Berufungsgericht annimmt. Ganz richtig hatte das reichsgerichtliche Urteil vom 14. Juni 1909 bei dem Hinweis auf die §§ 134, 138 BGB. hinzugefügt: „denn die Vertreter der Beklagten haben die ganze Sachlage gekannt.“ Das muß in der Tat hinzukommen, um die Umbuchung und die dadurch geleistete Zahlung nichtig zu machen. B. war der Vorstand der Aktiengesellschaft, der das Bankguthaben zustand; sie wurde von ihm allein gültig vertreten. Seine

Verfügung über das Bankguthaben der Aktiengesellschaft war somit nach außen die Verfügung der von ihm vertretenen Aktiengesellschaft. Dem Gegenstande nach verstößt die von B. vorgenommene Verfügung weder gegen ein Gesetz noch gegen die guten Sitten; sie konnte ihren durchaus gesetzlich berechtigten und sittlich erlaubten Grund haben. Liegt also in der Handlung an sich nichts gesetz- oder sittenwidriges, so war es nur die innere Gesinnung der Handelnden, die sie dazu machen konnte. Verstieß B. als Vertreter der Aktiengesellschaft bei der Verfügung über einen Vermögenswert der Aktiengesellschaft zu deren Schaden gegen ein Strafgesetz, so machte er sich dadurch nur seiner Machtgeberin Schadensersatzpflichtig; dem Dritten gegenüber, der durch die Verfügung Rechte erwarb, ohne an der strafbaren Handlung beteiligt zu sein, kann dadurch dem Rechtsgeschäfte die Gültigkeit nicht genommen werden. Ein nicht in sich unerlaubtes Rechtsgeschäft, das nicht eine rein einseitige Verfügung darstellt, sondern, wie das vorliegende, Vertragscharakter hat, bei welchem der Aufgab eines Rechts auf der Seite des Verfügenden ein Rechts-erwerb auf der anderen Seite gegenübertritt, wird im Sinne des § 134 wie des § 138 BGB. nur nichtig, wenn von beiden Beteiligten gegen Gesetz oder Sitte verstoßen wurde.

Vgl. RGK. Komm. z. BGB. § 134 Anm. 3, § 138 Anm. 1; Entsch. d. RG.'s in Zivilf. Bd. 48 S. 293; Bd. 60 S. 273; Bd. 63 S. 346; Warnerer, Rechtspr. d. RG.'s 1909 Nr. 481, 1910 Nr. 49.

Diese von dem früheren Urteile des Reichsgerichts ausdrücklich vorausgesetzte Mitwirkung der Beklagten bei der ungesetzlichen und sittenwidrigen Handlung B.'s, die sog. Kollusion, nimmt nun das Berufungsgericht nicht an, indem es — zur Widerlegung des Einwandes, daß sich die Beklagte nicht auf die Nichtigkeit des von ihrem Vertreter selbst veranlaßten Rechtsgeschäfts berufen könne, — ausführt, daß zwar D. mit B. über das Geschäft einig, aber nicht der alleinige Vorstand und Vertreter der verklagten Aktiengesellschaft gewesen sei, eine Mitwirkung der Beklagten als solcher bei dem nichtigen Rechtsgeschäfte also nicht dargetan sei. Auch diese Anschauung aber ist rechtsirrtümlich. Wie die juristische Person und mit ihr die Aktiengesellschaft außervertraglich auf Schadensersatz haftet, wenn auch nur ein Mitglied des Vorstandes oder einer von mehreren

Gesamtvertretern durch eine unerlaubte Handlung Dritten einen Schaden zugefügt hat (§§ 30, 31, 89 BGB.; vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 43 S. 106, Bd. 57 S. 94), so gilt das Gleiche auch für die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts, wenn auch nur bei einem der Vertreter der die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit begründende Willensfehler oder Willensmangel vorhanden war. Denn die juristische Person schließt ein Rechtsgeschäft bei Gesamtvertretung eben nur durch alle Vertreter gültig ab; wird es in einem dieser Vertreter ungültig abgeschlossen, so ist es überhaupt ungültig. Die Mitwirkung D.'s bei dem nichtigen Geschäfte ist daher die Mitwirkung der Beklagten.

Gleichwohl hat das Berufungsgericht Recht, wenn es den Einwand der Klägerin zurückgewiesen hat, daß sich die Beklagte auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, das ihr Vertreter selbst veranlaßt habe, nicht berufen könne. Auch hier gibt das frühere Revisionsurteil den Gesichtspunkt zur richtigen Beantwortung des als Einrede der Arglist (*exceptio doli generalis*) sich darstellenden Einwandes an die Hand, in dem es darauf hinweist, daß die Nichtigkeit von der betroffenen Aktiengesellschaft für Metallindustrie der Beklagten gegenüber geltend gemacht worden ist. Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wirkt an sich schlechthin und kann von jedem Beteiligten gegen jeden geltend gemacht werden. Ob und inwieweit den Teilnehmern an einer gesetzwidrigen oder unsittlichen Handlung gegen einander ein Recht auf Rückforderung gemachter Leistungen zusteht, ist eine andere und den gegenwärtigen Rechtsstreit nicht berührende Frage (§ 817 BGB.). Der Beklagten würde die Einrede der Arglist entgegenstehen, wenn sie, obwohl ihr die an sie geleistete nichtige Zahlung zugute kam, weil der Geschädigte sie sich gefallen ließ, noch einmal Zahlung vom Bürgen verlangen wollte. Wenn ihr aber durch den Geschädigten der Vorteil wieder entzogen wurde, darf sie die Nichtigkeit der Leistung gewiß geltend machen, und es verstößt keineswegs gegen Treu und Glauben, wenn die Beklagte, die eine begründete Forderung gegen einen Schuldner hat, einen Bürgen in Anspruch nimmt, nachdem sie einer ihr geleisteten Zahlung, weil sie durch ein nichtiges Rechtsgeschäft erfolgt war, wieder verlustig gegangen ist. Der Klägerin gegenüber hat die Beklagte die Beteiligung ihres Vertreters bei dem nichtigen Rechtsgeschäfte in

keiner Weise zu verantworten, und die Klägerin kann daraus keinen Vorteil ziehen.

Vgl. die anders gearteten, aber doch rechtsähnlichen Fälle der allgemeinen Arglisteinrede in den Entsch. des RG.'s in Zivill. Bb. 71 S. 435 und Bb. 75 S. 78)." . . .