



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XI ZR 389/09

Verkündet am:  
1. Juni 2010  
Weber,  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 242 E, § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2

- a) Zur Rechtsscheinhaftung des vermeintlichen Gesellschafters einer mit Hilfe einer von ihm erteilten Generalvollmacht errichteten Scheingesellschaft bürgerlichen Rechts.
- b) Eine Bank, die eine Anweisung versehentlich doppelt ausführt, erwirbt damit keinen Bereicherungsanspruch gegen den Anweisenden, sondern kann die irrtümliche Zuwendung nur von dem Anweisungsempfänger im Wege der Nichtleistungskondition (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB) herausverlangen (im Anschluss und in Ergänzung zu BGHZ 176, 234).

BGH, Urteil vom 1. Juni 2010 - XI ZR 389/09 - OLG Frankfurt/Main  
LG Frankfurt/Main

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juni 2010 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers und die Richter Dr. Ellenberger, Dr. Grüneberg, Maihold und Dr. Matthias

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 3. Dezember 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, eine Bank, begehrt von der Beklagten die Herausgabe des Erlöses aus der Veräußerung von Investmentanteilen, welche die Klägerin versehentlich auf ein Depot-Konto bei einer anderen Bank übertragen hat, dessen Inhaberin vormals die Beklagte und zum Zeitpunkt der Wertpapierübertragung eine BGB-Gesellschaft war.
- 2 Die Beklagte unterhielt bei der Klägerin ein Investmentdepot. Am 20. Dezember 2000 erteilte die Beklagte ihrem Vater eine Generalvollmacht. Dieser errichtete am 22. September 2003 unter Ausnutzung der Generalvollmacht der Beklagten und einer ihm auch von der Schwester der Beklagten erteilten Generalvollmacht zwei BGB-Gesellschaften, deren Mitglieder er selbst,

die Beklagte und ihre Schwester waren und deren einziger vertretungsberechtigter Geschäftsführer für die Dauer von 20 Jahren unwiderruflich er war. Nach diesem Vertrag sollte die Beklagte in eine der Gesellschaften (im Folgenden: GbR) ihren im Einzelnen aufgelisteten Grundbesitz und ihre sämtlichen weiteren Vermögensrechte, insbesondere ihre Depots und Konten bei der Klägerin und bei der Volksbank E. (im Folgenden: Volksbank) einbringen. Ende September 2003 wurde nach Vorlage des Gesellschaftsvertrages durch den Vater der Beklagten ein bis dahin auf den Namen der Beklagten lautendes Depot bei der Volksbank auf die GbR umgestellt.

3 Am 2. Oktober 2003 erteilte der Vater der Beklagten in ihrem Namen der Klägerin unter anderem den Auftrag, 123 Investmentanteile eines bestimmten Fonds von dem Depot der Beklagten auf das auf die GbR umgestellte Depot bei der Volksbank zu übertragen. Diesen Auftrag führte die Klägerin am 31. Oktober 2003 aus. Am 3. November 2003 übertrug die Klägerin versehentlich noch einmal 123 Investmentanteile desselben Fonds auf das Depot bei der Volksbank. Alle 246 Investmentanteile wurden am 1. Dezember 2003 für 10.280,34 € veräußert; der Erlös wurde auf ein vormals für die Beklagte geführtes, inzwischen ebenfalls auf die GbR umgestelltes Verrechnungskonto bei der Volksbank gutgeschrieben.

4 Mit der Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten wegen der versehentlichen Doppelausführung des Auftrags die Zahlung von 5.140,17 € nebst Zinsen. Die Beklagte verteidigt sich unter anderem damit, dass - wie sie behauptet - sie und ihre Schwester ihren Vater bereits mit Schreiben vom 5. September 2003 angewiesen hätten, von der Generalvollmacht nur noch nach Abstimmung mit ihnen im Innenverhältnis Gebrauch zu machen. Von der Errichtung der GbR habe sie ebenso wenig Kenntnis gehabt wie von dem Auftrag zur Übertragung der Investmentanteile. Mit Schreiben vom 24. Oktober

2003 hätten sie und ihre Schwester die Generalvollmacht gegenüber ihrem Vater widerrufen; dies hätten sie und ihre Schwester mit Schreiben vom 27. Oktober 2003 auch der Volksbank mitgeteilt.

5 Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

#### Entscheidungsgründe:

6 Die Revision ist begründet; sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

#### I.

7 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 3. Dezember 2008 - 4 U 142/08, juris) im Wesentlichen ausgeführt:

8 Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Wertersatz für die 123 Investmentanteile aus Nichtleistungskondition gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, § 818 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog zu. Die GbR sei zwar nach dem Vorbringen der Beklagten nicht wirksam errichtet worden, weil ihr Vater aufgrund des Schreibens vom 5. September 2003 keine Vertretungsmacht gehabt habe. Die GbR sei jedoch nach den Regeln der fehlerhaften Gesellschaft als bestehend zu behandeln. Die Beklagte habe durch die Erteilung der Generalvollmacht einen ihr nach § 172 BGB zurechenbaren Rechtsschein für eine Willenserklärung

zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages gesetzt; diese Erklärung sei von ihrem Vater beim Invollzugsetzen der GbR gegenüber Dritten gebraucht worden. Dies rechtfertige es, trotz Fehlens einer natürlichen Willenseinigung die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft zu Lasten der Beklagten anzuwenden. Die Beklagte habe durch die Generalvollmacht das Auftreten einer Scheingesellschaft ermöglicht und müsse sich deshalb wie ein Mitglied einer solchen Gesellschaft behandeln lassen.

- 9 Die GbR habe die Investmentanteile in sonstiger Weise von der Klägerin erlangt. Die Übertragung der zweiten 123 Investmentanteile am 3. November 2003 stelle sich aus Sicht der GbR nicht als eine Leistung der Beklagten auf die im Gesellschaftsvertrag übernommene Einlagenschuld dar, sondern als eine irrtümliche - der Beklagten nicht zurechenbare - Zuwendung der Klägerin.

## II.

- 10 Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand. Mit der gegebenen Begründung hätte das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin auf Wertersatz der Investmentanteile aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, § 818 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog nicht annehmen dürfen.

- 11 1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann nach dem für das Revisionsverfahren maßgeblichen Sachverhalt die Klägerin die Beklagte nicht entsprechend § 128 HGB für die Verbindlichkeiten der GbR nach den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft in Anspruch nehmen. Diese Grundsätze sind danach nicht anwendbar.

12 a) Das Berufungsgericht ist allerdings im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die GbR nicht fehlerfrei gegründet wurde.

13 aa) Der Vater der Beklagten handelte bei der Errichtung der GbR ohne Vertretungsmacht, wenn auch nicht - wie das Berufungsgericht angenommen hat - wegen eines Teilwiderrufs der Generalvollmacht aufgrund des Schreibens der Beklagten vom 5. September 2003, dessen Kenntnisnahme durch den Vater das Berufungsgericht auf der Grundlage des Beklagtenvorbringens unterstellt hat. Vielmehr missbrauchte er die Vertretungsmacht, indem er die mit diesem Schreiben ausgesprochene Bindung aus dem Innenverhältnis, nicht ohne vorherige Zustimmung der Beklagten von ihr Gebrauch zu machen, unbeachtet ließ. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass Vereinbarungen, die Angestellte, Bevollmächtigte oder sonstige Vertreter einer Partei im Einverständnis mit dem Vertragsgegner hinter dem Rücken des Geschäftsherrn und zu dessen Nachteil treffen, gegen die guten Sitten verstoßen und nichtig sind (vgl. BGH, Urteile vom 17. Mai 1988 - VI ZR 233/87, WM 1988, 1380, 1381, vom 14. Juni 2000 - VIII ZR 218/99, WM 2000, 2313, 2314 und vom 25. Februar 2002 - II ZR 374/00, WM 2002, 756 f.). Da die Gesellschaftsgründung ein Insichgeschäft des Vaters der Beklagten war und der Missbrauch der Vertretungsmacht ihm - und damit allen Beteiligten - bekannt war, ist der Gesellschaftsvertrag nach § 138 BGB nichtig.

14 bb) Mit Erfolg rügt die Revision insoweit auch, dass das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten unbeachtet gelassen hat, ihr Vater habe die Generalvollmacht bei der Errichtung der GbR auch aufgrund der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags missbraucht.

15 Nach § 4 des Gesellschaftsvertrages sollte die Beklagte ihren näher bezeichneten Grundbesitz und "sämtliche weiteren Vermögenswerte" in die

- erstmals zum 18. Dezember 2022 kündbare - GbR einbringen, wobei ihr Anteil an der GbR 99% betragen sollte. Nach § 6 des GbR-Vertrags sollte die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ausschließlich von ihrem Vater ausgeübt werden und dessen Abberufung - außer bei Vorliegen eines wichtigen Grundes - bis zum 18. Dezember 2022 ausgeschlossen sein.

16            Aufgrund dieser Vertragsgestaltung liegt ein Missbrauch der Generalvollmacht nahe, weil der - unwiderrufliche - Entzug der Verfügungsbefugnis über ihr offenbar gesamtes Vermögen auf die Dauer von 20 Jahren eine Verletzung der vermögenswerten Interessen der Beklagten darstellen könnte (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 25. Februar 2002 - II ZR 374/00, WM 2002, 756 f.). Dass die Beklagte an der GbR zu 99% beteiligt sein und ihr damit das in die GbR eingebrachte Vermögen wirtschaftlich weiterhin gehören sollte, ist insoweit unerheblich. Maßgeblich ist allein, dass ihr die Verfügungsbefugnis über ihr Vermögen für einen langen Zeitraum entzogen und sie dadurch in ihrer Vertragsfreiheit zu stark eingeschränkt wurde. Zudem umging ihr Vater damit zugleich den für eine Generalvollmacht anerkannten Grundsatz der Befugnis des Vollmachtgebers zum jederzeitigen Widerruf (vgl. BGH, Urteil vom 26. Februar 1988 - V ZR 231/86, WM 1988, 714, 715; MünchKommBGB/Schramm, 5. Aufl., § 168 Rn. 26; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 168 Rn. 6; Staudinger/Schilken, BGB (2009), § 168 Rn. 9 m.w.N.).

17            Allerdings lässt sich allein aufgrund der Gestaltung des GbR-Vertrags ein Vollmachtsmissbrauch nicht abschließend bejahen. Hierzu bedarf es vielmehr einer genaueren tatsächlichen Feststellung, die - gegebenenfalls nachdem die Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag hatten - dem Tatrichter obliegt. Bei der Prüfung eines Vollmachtsmissbrauchs sind alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen. So wird unter anderem aufzuklären sein, ob - wie dies die Formulierungen im Gesellschaftsvertrag nahe legen - tatsächlich

das gesamte Vermögen der Beklagten in die GbR eingebracht werden sollte. Ferner könnte auch von Bedeutung sein, ob der Vater der Beklagten aufgrund der von ihr behaupteten familiären Zwistigkeiten - aus seiner Sicht - einen Widerruf der Generalvollmacht befürchten musste und dem durch die Errichtung der GbR Vorschub leisten wollte, oder ob er damit andere Ziele verfolgte.

18            Im Falle des Vollmachtsmissbrauchs auch unter diesem Gesichtspunkt wären die im Namen der Beklagten abgegebene Willenserklärung zur Errichtung der GbR ebenfalls unwirksam (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 2002 - II ZR 374/00, WM 2002, 756 f.) und - wie oben unter II 1 a aa dargelegt - der Gesellschaftsvertrag nach § 138 BGB nichtig.

19            b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist - nach dem Vorbringen der Beklagten - eine Gesellschaft auf fehlerhafter Grundlage nicht entstanden.

20            Eine fehlerhafte Gesellschaft setzt wie jede Gesellschaft einen Gesellschaftsvertrag voraus. Es genügt zwar bei ihr das Vorliegen eines mangelhaften Vertrages. Dieser muss aber von dem tatsächlichen, wenn auch rechtlich fehlerhaften Willen der Vertragschließenden getragen sein. Grundlegende Voraussetzung für die Annahme einer fehlerhaften Gesellschaft ist mithin das Vorliegen von - wenn auch fehlerhaften - auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages gerichteten Willenserklärungen zwischen den Beteiligten (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 1991 - II ZR 212/90, WM 1992, 490, 491 f. m.w.N.). Ein rechtsgeschäftliches Handeln der Gesellschafter fehlt, wenn ein Mitgesellschafter die ihm erteilte Vollmacht überschreitet (vgl. BGH, Urteile vom 18. Oktober 1962 - II ZR 12/61, WM 1962, 1353, 1354, vom 12. Oktober 1987 - II ZR 251/86, WM 1988, 414, 416 f. und vom 14. Oktober 1991 - II ZR 212/90, WM 1992, 490, 492). Etwas anderes gilt nur, wenn die übrigen Gesellschafter die

Erklärung für wirksam gehalten haben, weil sie etwa davon ausgegangen sind, der Mitgesellschafter sei wirksam vertreten worden und seine Zustimmung liege vor (vgl. BGH, Urteile vom 12. Oktober 1987 - II ZR 251/86, WM 1988, 414, 416 f. und vom 14. Oktober 1991 - II ZR 212/90, WM 1992, 490, 492), oder wenn der Vertreter zwar ohne Vollmacht gehandelt hat, der Abschluss des Gesellschaftsvertrages aber vom Auftrag des Gesellschafters umfasst war und damit auf seinen Willen zurückzuführen ist (vgl. BGHZ 153, 214, 221 f.; BGH, Urteil vom 21. März 2005 - II ZR 310/03, NJW 2005, 1784, 1786).

21 Nach diesen Maßgaben ist hier mangels übereinstimmender Willenserklärungen keine Gesellschaft auf fehlerhafter Grundlage entstanden. Der Vater der Beklagten hat das Schreiben der Beklagten vom 5. September 2003, in dem sie die Generalvollmacht unter einen Zustimmungsvorbehalt gestellt hat, unbeachtet gelassen und/oder die Generalvollmacht im Hinblick auf die von ihm gewählte Vertragskonstruktion missbraucht. Aufgrund dessen hat er die GbR eigenmächtig errichtet und dabei in einem Insihgeschäft gehandelt, ohne dass dies von einem entsprechenden Willen der Beklagten getragen war. Aus denselben Gründen fehlt es auch an einem vom Willen aller Gesellschafter getragenen Vollzug des Gesellschaftsvertrages. Vielmehr handelt es sich bei der GbR um eine sogenannte Scheingesellschaft, auf die die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht anwendbar sind.

22 2. Die Revision wendet sich auch mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe durch die Erteilung der Generalvollmacht das Auftreten einer Scheingesellschaft ermöglicht und müsse sich deshalb wie ein Mitglied einer solchen Gesellschaft behandeln lassen.

23 a) Eine Rechtsscheinhaftung in Bezug auf eine Scheingesellschaft setzt voraus, dass die in Anspruch genommene Person in zurechenbarer Weise den

Rechtsschein einer existierenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihrer Zugehörigkeit zu dieser Gesellschaft gesetzt hat oder gegen den durch einen anderen gesetzten Rechtsschein nicht pflichtgemäß vorgegangen ist und der Dritte sich bei seinem geschäftlichen Verhalten auf den Rechtsschein verlassen hat (vgl. BGHZ 17, 13, 19; ferner BGH, Urteile vom 4. Dezember 1980 - VII ZR 57/80, WM 1981, 171, 172, vom 24. Juni 1991 - II ZR 293/90, WM 1991, 1505, 1506 und vom 8. Juli 1996 - II ZR 258/95, WM 1996, 1630, 1631).

24            b) Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich hier eine Inanspruchnahme der Beklagten als Gesellschafterin der Scheingesellschaft nicht bejahen.

25            aa) Gegenüber der Klägerin hat die Beklagte keinen ihr zurechenbaren Rechtsschein hinsichtlich der Errichtung der GbR gesetzt.

26            Die Erteilung der Generalvollmacht an ihren Vater genügt hierfür nicht. Die Vollmacht diene zwar ihrer Vertretung in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten gegenüber Dritten, so dass ihr Vater in ihrem Namen auch zur Errichtung einer Gesellschaft befugt war. Aus der Generalvollmacht ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte, dass eine solche Gesellschaft tatsächlich gegründet worden ist. Hierzu hätte es etwa zumindest der Vorlage des Gesellschaftsvertrages oder einer anderen der Beklagten zurechenbaren Handlung bedurft, die auf die Errichtung der GbR und der Gesellschafterstellung der Beklagten hindeuteten. Umstände, die einen solchen Rechtsschein ihr gegenüber erzeugt haben könnten, hat indes weder die Klägerin dargelegt noch sind solche ersichtlich. Insoweit kann sich die Klägerin auch nicht darauf berufen, dass der Vater der Beklagten gegenüber der Volksbank anlässlich der Depot- und Kontenumstellungen den Gesellschaftsvertrag vorgelegt hat. Auf einen hierdurch etwaig erzeugten Rechtsschein hat sie sich bei

ihrem Handeln nämlich mangels Kenntnis gar nicht verlassen. Die Klägerin hat bereits nicht vorgetragen, dass ihr zum Zeitpunkt der Übertragung der Investmentanteile das Bestehen der GbR überhaupt bekannt war. Dagegen sprechen vielmehr die sonstigen - unstreitigen - Umstände. Der Auftrag zur Übertragung der Investmentanteile vom 2. Oktober 2003 enthielt lediglich die Nummer des Depots bei der Volksbank, nicht dagegen die Bezeichnung des Depotinhabers. In den Mitteilungen vom 31. Oktober 2003 und 3. November 2003 über die Depotausbuchung ist als Empfängerin - fälschlich - die Beklagte bezeichnet, nicht dagegen die GbR. Schließlich ist die Klägerin auch in dem vorgerichtlichen Schriftverkehr noch davon ausgegangen, die Wertpapiere auf ein Depotkonto der Beklagten übertragen zu haben.

27           bb) Entscheidend ist daher, ob die Beklagte gegenüber der Volksbank bei Umstellung ihres Depotkontos auf die GbR zurechenbar den Rechtsschein erzeugt hat, Gesellschafterin dieser Scheingesellschaft zu sein. Da die Zuwendung der Klägerin auf dem ihr angegebenen Depotkonto der GbR eingegangen ist, richtet sich ihr Bereicherungsanspruch gegen den tatsächlichen Kontoinhaber, d.h. denjenigen, für den die Bank das Konto führt und dem sie hierüber die Verfügungsmacht eingeräumt hat. Dies war hier die Scheingesellschaft GbR. Denn das Konto war auf ihren Namen umgeschrieben worden und nach dem tatsächlichen Verhalten der Volksbank konnte über das Konto nur der Vater der Beklagten als Geschäftsführer der GbR verfügen, nicht dagegen die Beklagte persönlich.

28           Die Beklagte selbst hat insoweit gegenüber der Volksbank - unstreitig - keinen Rechtsschein erweckt, Gesellschafterin der GbR zu sein. Anknüpfungspunkt für eine Rechtsscheinhaftung der Beklagten kann daher nur das Handeln ihres Vaters gewesen sein. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts genügt es hierfür jedoch nicht, dass der Vater der Beklagten bei der Umschrei-

bung des Depotkontos den Gesellschaftsvertrag und die Generalvollmacht vorgelegt hat. Aufgrund der Generalvollmacht war er zwar befugt, für die Beklagte Willenserklärungen abzugeben, so dass ein hierdurch erzeugter Rechtsschein der Beklagten zurechenbar ist. Aus dem vorgelegten Gesellschaftsvertrag ergab sich auch, dass die Beklagte Gesellschafterin der GbR war. Das Berufungsgericht hat aber unberücksichtigt gelassen, dass die Beklagte bei Errichtung der GbR durch ihren Vater vertreten wurde. Auf einen durch die beiden Urkunden erzeugten Rechtsschein durfte sich die Volksbank nicht verlassen, wenn sie den - für das Revisionsverfahren nach dem Vorbringen der Beklagten zu unterstellenden - Missbrauch der Vertretungsmacht erkennen und daraus den Schluss ziehen musste, dass die GbR nicht wirksam errichtet worden bzw. jedenfalls die Beklagte nicht Mitgesellschafterin geworden ist.

29

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat grundsätzlich der Vertretene das Risiko des Vollmachtmissbrauchs zu tragen; den Vertragspartner trifft keine Prüfungspflicht, ob und inwieweit der Vertreter im Innenverhältnis gebunden ist, von seiner nach außen unbeschränkten Vertretungsmacht nur begrenzten Gebrauch zu machen. Der Vertretene ist gegen einen erkennbaren Missbrauch der Vertretungsmacht im Verhältnis zum Vertragspartner jedoch dann geschützt, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht hat, so dass beim Vertragspartner begründete Zweifel bestehen mussten, ob nicht ein Treueverstoß des Vertreters gegenüber dem Vertretenen vorliege. Notwendig ist dabei eine massive Verdachtsmomente voraussetzende objektive Evidenz des Missbrauchs (vgl. BGHZ 127, 239, 241 f.; BGH, Urteile vom 29. Juni 1999 - XI ZR 277/98, WM 1999, 1617, 1618 und vom 22. Juni 2004 - XI ZR 90/03, WM 2004, 1625, 1627). Die objektive Evidenz ist insbesondere dann gegeben, wenn sich nach den gegebenen Umständen die Notwendigkeit einer Rückfrage des Geschäftsgegners bei dem Vertretenen geradezu aufdrängt (vgl. BGH, Urteil vom

29. Juni 1999 - XI ZR 277/98, WM 1999, 1617, 1618 m.w.N.). Hierzu fehlt es an Feststellungen des Berufungsgerichts. Das Berufungsgericht wird daher dem Vorbringen der Beklagten nachzugehen haben, der Volksbank habe sich aufgrund des Inhalts des vorgelegten Gesellschaftsvertrages und der - von ihr behaupteten - Kenntnis der Unstimmigkeiten mit ihrem Vater ein Vollmachtmissbrauch aufdrängen und daher die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages hinterfragen müssen.

### III.

30 Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung hat das Berufungsgericht einen unmittelbaren Rückgewähranspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus einer Leistungskondition gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zu Recht verneint.

31 1. In den Fällen der Leistung kraft Anweisung vollzieht sich der Bereicherungsausgleich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich innerhalb des jeweiligen fehlerhaften Leistungsverhältnisses, also zum einen zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen im sogenannten Deckungsverhältnis und zum anderen zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger im sogenannten Valutaverhältnis. Nach dem bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff bewirkt der Angewiesene, der von ihm getroffenen, allseits richtig verstandenen Zweckbestimmung entsprechend, mit seiner Zuwendung an den Anweisungsempfänger zunächst eine eigene Leistung an den Anweisenden und zugleich eine Leistung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger (st. Rspr.; vgl. nur BGHZ 176, 234, Tz. 9 m.w.N.).

- 32           Dieser Grundsatz gilt aber nicht ausnahmslos. Der Angewiesene hat einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB gegen den Anweisungsempfänger, wenn eine wirksame Anweisung fehlt und dem Anweisenden diese auch nicht zuzurechnen ist. In diesen Fällen hat der Angewiesene lediglich erfolglos versucht, eine Leistung an den Anweisenden zu erbringen. Diesem kann die Zuwendung des Angewiesenen aber nicht zugerechnet werden, weil er sie nicht veranlasst und auch keinen Anschein dafür gesetzt hat, die Zuwendung sei seine Leistung. Der Zuwendungsempfänger ist daher in sonstiger Weise auf Kosten des Angewiesenen bereichert und deshalb dessen Anspruch aus Nichtleistungskondiktion ausgesetzt. Dies gilt unabhängig davon, ob der Anweisungsempfänger das Fehlen einer wirksamen Anweisung im Zeitpunkt der Zuwendung kannte oder nicht kannte (vgl. BGHZ 176, 234, Tz. 10 m.w.N.).
- 33           In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteile vom 20. Juni 1990 - XII ZR 93/89, WM 1990, 1280, 1281 und vom 31. Mai 1994 - VI ZR 12/94, WM 1994, 1420, 1421 f.) ist deshalb anerkannt, dass die Vornahme einer Zahlung durch die Bank aufgrund einer Fälschung oder Verfälschung des Überweisungsauftrags, Schecks oder Wechsels dem vermeintlich Anweisenden nicht zugerechnet werden kann und der Bank in solchen Fällen ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB gegen den Zuwendungsempfänger zusteht. Das gleiche gilt auch in den Fällen, in denen der Anweisende geschäftsunfähig war (BGHZ 111, 382, 384 ff.) oder für ihn ein geschäftsunfähiger (BGHZ 158, 1, 5 ff.) bzw. ein nur gesamtvertretungsberechtigter Vertreter gehandelt hat (BGHZ 147, 145, 149 ff.).
- 34           Anders ist die Rechtslage dagegen, wenn die Bank den Widerruf einer Überweisung, eines Dauerauftrags oder Schecks oder die Kündigung eines Überweisungsvertrags irrtümlich nicht beachtet oder versehentlich eine Zuviel-

überweisung vornimmt. In diesen Fällen ist die Anweisung durch den Kontoinhaber mit veranlasst worden. Die Bank muss sich deshalb grundsätzlich an den Kontoinhaber halten, weil der Fehler, die weisungswidrige Behandlung des Kundenauftrags, im Deckungsverhältnis wurzelt und deshalb in diesem Verhältnis zu bereinigen ist (BGHZ 61, 289, 293 f.; 87, 246, 249 f.; 87, 393, 397 f.; 89, 376, 381; 176, 234, Tz. 22 ff.). Ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch der Bank gegen den Zuwendungsempfänger kommt in diesen Fällen allerdings in Betracht, wenn dem Zuwendungsempfänger der Widerruf oder die Zuvielüberweisung bekannt ist, weil er dann weiß, dass es an einer Leistung seines Vertragspartners fehlt (BGHZ 66, 372, 375 ff.; 67, 75, 79 f.; 87, 393, 398; 88, 232, 235 f.; 176, 234, Tz. 22 ff.).

35            2. Nach diesen Grundsätzen steht der Klägerin gegen die Beklagte kein unmittelbarer Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zu, weil der Beklagten die irrtümliche doppelte Ausführung des Depotübertragungsauftrags nicht zurechenbar ist.

36            Die irrtümliche doppelte Ausführung einer Anweisung ist dem Fall der von Anfang an fehlenden Anweisung gleichzustellen, so dass es auch auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des Zuwendungsempfängers nicht ankommt (so bereits - wenn auch ohne nähere Begründung - BGHZ 72, 9, 12 f.; ebenso KG, NJW-RR 1992, 816 f.; OLG Frankfurt am Main, MDR 2003, 641 f.; OLG Hamburg, NJW 1983, 1499, 1500; OLG Hamm, ZIP 2003, 662, 663; OLG München, NJW-RR 1988, 1391, 1392; Erman/Westermann/Buck-Heeb, BGB, 12. Aufl., § 812 Rn. 21; Martinek in jurisPK-BGB, 4. Aufl. 2008, Stand: 15. Oktober 2009, § 812 Rn. 125; MünchKommBGB/Schwab, 5. Aufl., § 812 Rn. 88; Palandt/Sprau, BGB, 69. Aufl., § 812 Rn. 107; PWW/Leupertz, BGB, 5. Aufl., § 812 Rn. 94; Staudinger/Lorenz, BGB (2007), § 812 Rn. 51; Wendehorst in Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar zum BGB,

Stand: 1. Mai 2010, § 812 Rn. 234; Canaris, Bankvertragsrecht, Bd. I, 3. Aufl. Rn. 436; Schimansky in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 50 Rn. 6; Böckmann/Kluth, ZIP 2003, 656 ff.; Kiehnle, VersR 2008, 1606, 1615 f.; Langenbucher, FS Heldrich, S. 285, 294). Die aufgrund der Generalvollmacht namens der Beklagten wirksam erteilte Anweisung zur Übertragung des Depots hat die Klägerin mit der (ersten) Ausführung des Auftrags am 31. Oktober 2003 erfüllt. Damit ist die Anweisung erloschen (§ 362 BGB). Die nochmalige Ausführung des Auftrags kann, anders als im Fall des Widerrufs einer Anweisung, nicht mehr dem Risikobereich des - vermeintlich - Anweisenden zugerechnet werden. Hierfür fehlt es an einem sachlichen Grund. Vielmehr liegt die Ursache für die doppelte Ausführung des Auftrags allein im Risiko- und Einflussbereich des Angewiesenen. Dies gilt erst recht, wenn die mit der Anweisung verbundene Leistungsbestimmung und die objektivierte Sicht des Anweisungsempfängers in den Blick genommen werden (vgl. BGHZ 176, 234, Tz. 16). Für den Anweisungsempfänger sind der Fehler des Angewiesenen und das Fehlen einer dem Anweisenden zuzurechnenden Leistungsbestimmung ohne weiteres erkennbar. Da der Angewiesene den Irrtum in aller Regel schuldhaft herbeigeführt hat oder dieser zumindest auf einem Fehler in seinem Organisationsbereich beruht, sind schützenswerte Belange auf Seiten des Angewiesenen nicht gegeben.

37

3. Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, dass sie nach den von ihr vorgelegten Mitteilungen vom 31. Oktober 2003 und 3. November 2003 über die Depotausbuchung offensichtlich davon ausgegangen ist, Kontoinhaberin des bei der Volksbank geführten Depots sei die Beklagte persönlich, während dies tatsächlich die GbR war. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs richtet sich der Bereicherungsanspruch im Falle der weisungslosen oder weisungswidrigen Zuwendung an einen falschen Empfänger unmittelbar gegen diesen (vgl. BGHZ 66, 372, 375; BGH, Urteil vom 21. Juni 2005 - XI ZR

152/04, WM 2005, 1564, 1566). Maßgeblich ist daher, wer tatsächlich Inhaber des Depotkontos bei der Volksbank war. Dies war hier die Scheingesellschaft GbR, für deren Verbindlichkeiten die Beklagte - wie oben unter II 2 b bb dargelegt - nach den bisher getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht einzustehen hat.

IV.

38 Das Berufungsurteil ist demnach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Wiechers

Ellenberger

Grüneberg

Maihold

Matthias

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 09.05.2008 - 2/1 O 33/07 -  
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 03.12.2008 - 4 U 142/08 -