

2385 076 17

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: BGB §§ 667, 276, 255;

Allg. Geschäftsbed. für den Depositen-, Giro-
und Kontokorrentverkehr der Spar- Girokassen
und Kommunalbanken.

Rechtssatz:

1.) Nahm eine Sparkasse einen Verrechnungsscheck zur Einziehung unter Umständen an, aus denen sie entnehmen konnte, daß die bevorstehende Feindbesetzung die Einlösung des Schecks in Frage stellen werde, so war sie dem Auftraggeber verpflichtet, diese Umstände in Rechnung zu stellen und ihre Geschäftsführung danach einzurichten.

Die Sparkasse kann sich dann nicht darauf berufen, sie sei nach Ziff 35 d ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht verpflichtet, besondere Eilmittel zur Einziehung anzuwenden.

2.) Die Bestimmung unter Ziff 44 der AGB, wonach die Sparkasse lediglich für Zinsausfälle haftet, wenn die Ausführung der ihr erteilten Aufträge durch ihr Verschulden nicht rechtzeitig erfolgt, steht dem Anspruch auf Ersatz des Scheckbetrages, der infolge Nichterfüllung der der Sparkasse obliegenden Pflichten nicht zur Einziehung kommt, nicht entgegen.

Aktenzeichen: II ZR 143/51

Urteil des BGH vom 30. April 1952 OLG Hamm

V e r k ü n d e t
am 30. April 1952

Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle.

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der S [REDACTED] der Stadt H [REDACTED] in H [REDACTED], vertreten
durch den S [REDACTED] vorstand,

Beklagten und Revisions-
klägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

g e g e n

die Firma H. V [REDACTED], Bauunternehmung in M [REDACTED],

Klägerin und Revisions-
beklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 23. April 1952 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Drost, Dr. Haidinger, Dr. Kuhn und Artl für Recht
erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Hamm vom 18. Mai 1951
wird auf Kosten der Beklagten mit der Maßgabe zu-
rückgewiesen, daß die Beklagte verurteilt wird,
an die Klägerin 6.500 DM nebst 9 % Zinsen seit
dem 21. Juni 1948 sowie 5 % Zinsen von 65.000
Reichsmark für die Zeit vom 13. April 1945 bis
20. Juni 1948 umgestellt 10 : 1 auf Deutsche Mark
zu zahlen Zug um Zug gegen Abtretung derjenigen
Ansprüche, die der Klägerin bis zum Betrage von
65.000 Reichsmark nebst Zinsen hiervon aus dem
von der Organisation T [REDACTED] ausgestellten Scheck
Nr. 258 621 vom 11. April 1945 und dem zugrunde
liegenden Rechtsverhältnis zustehen.

Von Rechts wegen

- 2 -

72

Tatbestand:

Die Klägerin übergab der Zweigstelle Ha [REDACTED] der be-
klagten Sparkasse am 12. April 1945 einen auf die D [REDACTED]
Bank, Fil. H [REDACTED] gezogenen Verrechnungsscheck über 1
Million RM mit der Weisung, die Gutschrift des Scheckbe-
trages auf ihrem Konto bei der Beklagten zu veranlassen.
Der Scheck war von der Organisation T [REDACTED] (OT) am 11. April
1945 ausgestellt worden. Hiermit sollte eine Forderung
der Klägerin aus für die OT ausgeführten Bauarbeiten be-
glichen werden. Der Scheck kam nicht zur Einlösung. Die
Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz mit
der Begründung, daß die Beklagte es versäumt habe, den
Scheck pflichtgemäß der D [REDACTED] Bank vorzulegen und
die Gutschrift herbeizuführen.

Die Zweigstelle Ha [REDACTED] leitete den Scheck am Vormit-
tag des 13. April 1945 (Freitag) an die Hauptstelle der
Beklagten in H [REDACTED] weiter. Da das Sparkassengebäude in
der B [REDACTED]straße in H [REDACTED] damals durch einen Luftangriff
bis auf die Kellerräume zerstört war, in denen noch wei-
terhin die Hauptkasse der Beklagten verblieb, befanden
sich die übrigen Abteilungen der Beklagten im Rathaus
in H [REDACTED] bis auf die Giroabteilung, die behelfsmäßig
in H [REDACTED] untergebracht war. Nach der Darstellung
der Beklagten wurde der Scheck bei einer Angestellten
der Beklagten im Rathaus H [REDACTED] abgegeben. Der später
verstorbene Bote Ti [REDACTED] der Beklagten wurde sogleich be-
auftragt, den Scheck bei der D [REDACTED] Bank vorzuzeigen.
Deren Gebäude in der B [REDACTED]straße war damals so zer-
stört, daß nur in den Kellerräumen die Hauptkasse weiter-
arbeitete, während sich die übrigen Abteilungen, insbe-
sondere die Giroabteilung, im Justizgebäude befanden.



Ti [REDACTED] sei, so behauptet die Beklagte, gegen Mittag des 13. April 1945 mit dem Scheck in der Hauptkasse der Beklagten erschienen und habe dem Zeugen Tü [REDACTED], dem die Hauptkasse unterstand, erklärt, er habe den Scheck bei der D [REDACTED] Bank in der B [REDACTED] Straße vorgelegt, der Scheck sei ihm aber mit der Auskunft zurückgegeben worden, er solle nochmals vorgelegt werden. Tü [REDACTED] sei zwar darüber verwundert gewesen und habe zum Ausdruck gebracht, daß der Scheck keinen Vorlegungsvermerk enthalte, da aber Ti [REDACTED] bei seiner Darstellung verblieben sei, habe Tü [REDACTED] den Scheck in den Panzerschrank eingeschlossen und am Nachmittag des gleichen Tages dem Leiter der Giroabteilung, dem Zeugen Emil F [REDACTED], als dieser von seiner Dienststelle in H [REDACTED] zur B [REDACTED] Straße gekommen sei, diesen Geschäftsvorgang mitgeteilt.

Am 14. April 1945 (Sonabend) gegen Mittag wurde H [REDACTED] von amerikanischen Truppen besetzt. Der Scheck wurde erst am 16. Mai 1945 bei der D [REDACTED] Bank in H [REDACTED] vorgelegt, die ihn am 18. Mai 1945 mit dem schriftlichen Vermerk an die Beklagte zurückgab: "Gesperrt von der Militärregierung". Ausweislich einer Auskunft der R [REDACTED] W [REDACTED] Bank, Fil. H [REDACTED], früher D [REDACTED] Bank, hat die OT am 13. April 1945 bei der D [REDACTED] Bank, Fil. H [REDACTED], ein Guthaben von RM 7.357.065,94 gehabt. Noch am 14. April 1945 hat diese 2 Schecks zu je 2 Millionen RM und einen Scheck über 269.311,73 RM zu Lasten des Kontos der OT eingelöst, so daß unter die spätere Sperrung noch ein Guthaben von mehr als 3 Millionen RM gefallen ist.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Beklagte hätte auf rechtzeitige Einlösung des Schecks unter den gegebenen Verhältnissen besonders bedacht sein müssen. Schon

die Zweigstelle Ha[REDACTED] hätte dafür sorgen müssen, daß der Scheck noch im Laufe des 12. April 1945 oder spätestens in aller Frühe des 13. April 1945 zur Hauptstelle der Beklagten nach H[REDACTED] gebracht wurde. In diesem Falle wäre es möglich gewesen, den Scheck noch in den Reichsbankabrechnungsverkehr zu geben, der am 13. April 1945 vormittags bei der R[REDACTED] in H[REDACTED] stattgefunden habe. Jedenfalls hätte die Beklagte dafür sorgen müssen, daß der Scheck noch am 13. April der Giroabteilung und nicht der hierfür unzuständigen Hauptkasse der D[REDACTED] Bank vorgelegt wurde. Bei Vorlage des Verrechnungsschecks in der Giroabteilung der D[REDACTED] Bank im Justizgebäude wäre dem Überbringer der Beklagten ein "roter Scheck" ausgehändigt worden, durch den bei der R[REDACTED] Bank ein entsprechendes Guthaben für die Beklagte und damit auch für die Klägerin verfügbar geworden wäre. Der rote Reichsbankscheck hätte auch nach der Besetzung H[REDACTED] seinen Wert behalten, weil das Konto der D[REDACTED] Bank bei der R[REDACTED] Bank im Gegensatz zu dem Konto der Organisation Th[REDACTED] bei der D[REDACTED] Bank nicht unter das Gesetz Nr 52 fiel.

Die Klägerin hat zunächst bei dem Amtsgericht in Mannheim einen Zahlungsbefehl über DM 30.000 gegen die Beklagte erwirkt und später nach Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht in Hagen beantragt, die Beklagte zur Zahlung eines Betrages von 6.500 DM nebst 5% Zinsen von RM 65.000 vom 13.4.45 bis 20.6.1948 sowie 9% Zinsen von 6.500 DM seit dem 21.6.1948 zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen und in Abrede gestellt, daß sie ein Verschulden an der Nichteinlösung des Schecks treffe. Die Beklagte hat aus-

geführt, die Klägerin habe entgegen ihrer Behauptung den Scheck der Zweigstelle Ha[REDACTED] nicht um 11 Uhr vormittags, sondern erst am Nachmittag des 12. April 1945 übergeben. Eine frühere Weiterleitung des Schecks an die Hauptstelle sei nicht zumutbar gewesen. Der Scheck sei im regelmäßigen Geschäftsverkehr seinen Weg gegangen. Nachdem Ti[REDACTED] den Scheck am 13. April 1945 morgens bei der D[REDACTED] Bank nicht habe einlösen können, sei am Nachmittag nichts zu veranlassen gewesen, da die D[REDACTED] Bank nachmittags keinen Kundenverkehr gehabt habe. Nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Depositen- Giro- und Kontokorrentverkehr der Spar- Giro- kassen und Kommunalbanken sei sie zur Anwendung besonderer Eilmittel bei Erledigung eines Scheckeinzugsauftrages nicht verpflichtet, auch sei ausdrücklich die Haftung für Schäden ausgeschlossen, welche durch Störung des Sparkassenbetriebes infolge höherer Gewalt veranlaßt würden. Der Höhe nach sei ihre Haftung auf Zinsausfälle beschränkt.

Das Landgericht hat dem Klageantrag entsprochen und die Kosten des Rechtsstreits der Beklagten auferlegt mit Ausnahme der Mehrkosten, die durch Anrufung des unzuständigen Gerichts und durch die ursprüngliche Geltendmachung des über 6.500 DM hinausgehenden Betrages entstanden sind; diese wurden der Klägerin auferlegt.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt. Sie glaubt eine etwaige Ersatzpflicht davon abhängig machen zu können, daß die Klägerin ihr ihre Ansprüche gegen die Abwicklungsstelle der OT abtrete.

Die Berufung hatte keinen Erfolg. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte in erster Linie die Abweisung der Klage und hilfsweise eine Verurteilung nur Zug um Zug gegen Abtretung einer Forderung von 65.000 RM mit Zinsen gegen die Auftraggeber der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht führt aus: Zwischen den Parteien sei durch die Übergabe des Schecks an die Beklagte ein auf eine Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag geschlossen worden. Danach hätte die Beklagte alles Erforderliche tun müssen, um den auf das Konto der OT bei der D[REDACTED] Bank in H[REDACTED] gezogenen Scheck zur Einlösung zu bringen. Sie habe diese Verpflichtung dadurch verletzt, daß sie den Scheck nicht spätestens am Vormittag des 14. April 1945 vorgelegt habe. In diesem Falle hätte die D[REDACTED] Bank ihn der Klägerin gutgeschrieben, da zu diesem Zeitpunkt die OT noch ein Guthaben von über 7 Millionen RM bei der D[REDACTED] Bank in H[REDACTED] unterhalten habe. Nach dem Einmarsch der Alliierten in den Mittagsstunden des 14. April sei das Guthaben beschlagnahmt und die Einlösung des Schecks unmöglich geworden. Den dadurch entstandenen Schaden habe die Beklagte der Klägerin unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung nach § 276 und entsprechend § 325 BGB zu ersetzen.

Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob der Bote Ti[REDACTED] den Scheck, wie er berichtet hat, überhaupt bei der in der B[REDACTED]straße verbliebenen Hauptstelle der

D[REDACTED] Bank vorgezeigt habe. Jedenfalls habe sich der Zeuge Tu[REDACTED] dem Ti[REDACTED] den Scheck im Lauf des 13. April zurückgegeben habe, mit dem Bescheid, der Scheck solle nochmals vorgelegt werden, nicht zufrieden geben dürfen. Es sei vielmehr seine Pflicht gewesen, dafür zu sorgen, daß der Verrechnungsscheck nunmehr mit tunlicher Beschleunigung, d.h. an demselben Tage oder spätestens am folgenden Morgen bei der ihm bekannten richtigen Einlösungsstelle der D[REDACTED] Bank vorgelegt werde.

II. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Verpflichtungen der beklagten Sparkasse aus dem Scheckeinziehungsauftrag rechtsirrig beurteilt.

1.) Der Revision ist zuzugeben, daß die Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Abwicklung gleichartiger Geschäftsvorfälle nach einheitlichen Grundsätzen bezwecken. Diesem Zweck dienen insbesondere auch die Bestimmungen unter 35 d, mit denen ausbedungen ist, daß die Schecks der Sparkasse so rechtzeitig zugehen, daß ihre Einziehung im regelmäßigen Geschäftsgang ohne Zuhilfenahme von besonderen Eilmitteln besorgt werden kann, anderenfalls eine Verbindlichkeit für Innehaltung der Vorlegungsfrist nicht besteht. Daraus folgt, daß die Beklagte im regelmäßigen Geschäftsverkehr keine besonderen Eilmittel anzuwenden brauchte, um die Vorlegungsfrist zu wahren. Sie blieb aber auch im regelmäßigen Geschäftsgang verpflichtet, alles zu tun, was zur Erfüllung des Einziehungsauftrages ohne jede Verzögerung erforderlich war. Nach Auffassung des Berufungsgerichts kann es zweifelhaft sein, ob die Beklagte im Hinblick auf die in der Nähe von H[REDACTED] stattfindenden Kämpfe und den unmittelbar drohenden Einmarsch der Alliierten, der unstreitig allgemein

bekannt gewesen sei, bis zum Abrechnungsverkehr des nächsten Tages warten durfte oder ob sie verpflichtet war, noch am 13. April die Einlösung unmittelbar bei der D[REDACTED] Bank zu versuchen. Sie habe, so führt das Berufungsurteil aus, jedenfalls den zweiten Weg gewählt und ihren Boten Ti[REDACTED] damit beauftragt. Hiervon ausgehend erörtert das Berufungsgericht, die sich bei dieser Behandlung des Schecks für die Beklagte und ihre Erfüllungsgehilfen ergebenden Pflichten, dafür zu sorgen, daß der Scheck an demselben Tage oder spätestens am folgenden Morgen bei der richtigen Einlösungsstelle der D[REDACTED] Bank vorgelegt werde. Die tatsächliche Feststellung der Vorinstanz, daß dem Zeugen Ti[REDACTED] die richtige Einlösungsstelle der D[REDACTED] Bank bekannt gewesen sei, trägt auch die vom Berufungsgericht gezogene Folgerung, daß auch Ti[REDACTED] dafür hätte sorgen müssen, daß der Scheck, nachdem der Bote Ti[REDACTED] ihn zurückgebracht und über die Vorlage des Schecks in der B[REDACTED]straße berichtet hatte, unverzüglich bei der richtigen Stelle im Landgerichtsgebäude vorgelegt wurde. Wie der Zeuge La[REDACTED] bekundet hat, hätte ein Bote der Beklagten den Scheck am 13. April 1945 bei der D[REDACTED] Bank im Landgerichtsgebäude noch los werden und dafür einen roten Reichsbank-Scheck bekommen können, und zwar sowohl am Vormittag als auch am Nachmittag des 13. April 1945.

Es kann dahingestellt bleiben, ob eine Vorlage des Schecks in den Nachmittagsstunden des 13. April 1945 noch zu einer Maßnahme im regelmäßigen Geschäftsverkehr gehört hätte. Auch wenn man dies verneint, war diese, wie das Berufungsgericht einwandfrei ausführt, der Beklagten in diesem besonderen Falle zuzumuten. Das ergibt sich daraus, daß die Vorlage des Schecks am Vormittag

nicht ordnungsgemäß bei der richtigen Stelle erfolgt war, und ferner auch deshalb, weil sich aus den besonderen Umständen für die Beklagte eine erhöhte Sorgfaltspflicht ergab. Hierzu stellt das Berufungsgericht fest, daß sich jedermann sagen mußte, daß die unmittelbar drohende Feindbesetzung für die nächsten Tagen und Wochen schwere wirtschaftliche Störungen zur Folge haben und die Einlösungsmöglichkeit in Frage stellen werde, und daß es zu den Pflichten der Beklagten gegenüber ihren Kunden gehörte, diese Umstände in Rechnung zu stellen und ihre Geschäftsführung danach einzurichten. Diese Bemessung der Vertragspflichten der Beklagten beruht auf keinem ersichtlichen Rechtsfehler und steht auch nicht im Widerspruch zu den Bestimmungen unter 35 d AGB, die ihrem Wortlaut und Sinn nach einen Ausschluß der Haftung für die Versäumung der Vorlegungsfrist bei nicht rechtzeitiger E i n s e n d u n g von Schecks vorsehen.

2.) Der Ausschluß der Haftung für Schäden, welche durch Störung des Sparkassenbetriebes infolge höherer Gewalt veranlaßt werden, unter Ziff 42 AGB, auf den sich die Revision beruft, kommt jedenfalls für den 13. April 1945 nicht zum Zuge, da die Nichtvorlage des Schecks bei der richtigen Einlösungsstelle an diesem Tage nicht auf einer Störung des Sparkassenbetriebes, sondern wie die Vorinstanz feststellt, auf einer unrichtigen Behandlung des Schecks durch Tü■■■■■ beruht.

Der gleichfalls in Ziff 42 vorgesehene Haftungsausschluß für den Fall, daß die Sparkasse aus sonstigen wichtigen Gründen ihren Geschäftsbetrieb an einzelnen Tagen oder zeitweise schließt oder einschränkt, kommt hier aus gleichem Grunde für den 13. April nicht in Betracht.

3.) Der Revision ist zuzugeben, daß die Ausführungen des Berufungsurteils über eine Pflichtversäumnis der Beklagten am 14. April 1945 nicht fehlerfrei sind. Gegenüber der Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe am 14. April im Hinblick auf die drohende Besetzung schon morgens ihren Betrieb eingestellt und ihre Angestellten zum größten Teile nach Hause geschickt, das sei aber nicht unbedingt erforderlich gewesen, auch bei der D[REDACTED] Bank sei an diesem Tage noch vor dem Einmarsch Dienstbetrieb gewesen und verschiedene auf die OT gezogene Schecks seien dort noch eingelöst worden, weist die Revision mit Recht auf die Aussage des Prokuristen La[REDACTED] hin, der bekundet hat, daß er am Morgen des 14. April zwischen 8 und 9 Uhr die anwesenden Angestellten im Landgerichtsgebäude nach Hause geschickt und anschließend kurz vor 9 Uhr ebenfalls die Schließung der Geschäftsräume in der E[REDACTED]straße veranlaßt habe. Hieraus folgert die Revision, daß die Schließung der D[REDACTED] Bank einen Vorlegungsversuch an diesem Morgen vergeblich gemacht hätte.

Aus der Bekundung des Zeugen La[REDACTED] und der entsprechenden Aussage des Zeugen Tü[REDACTED], er habe sich am 14. April gegen 8 Uhr zu seinem Arbeitsplatz begeben, könnte auf einen Dienstbeginn um 8 Uhr geschlossen werden. Unter dieser Voraussetzung hätte es einer näheren Erörterung und Feststellung darüber bedurft, ob der Beklagte eine Vorlage des Schecks unmittelbar nach 8 Uhr morgens bei der D[REDACTED] Bank noch möglich war, und ob diese trotz der von dem Zeugen La[REDACTED] angeordneten Schließung der Bank noch Erfolg gehabt hätte. Nach der Auskunft der R[REDACTED]-W[REDACTED] Bank vom 25. April 1951 sind zwar am 14. April 1945 noch

3 Schecks zu Lasten des Kontos Organisation T [REDACTED] eingelöst worden. Ob diese Schecks erst am 14. April hereingekommen sind, ist jedoch aus der Auskunft nicht zu entnehmen. Die Möglichkeit, der D [REDACTED] Bank den hier in Rede stehenden Scheck zuzuleiten, beschränkte sich am 14. April möglicherweise nur auf den Zeitraum von weniger als 1 Stunde. Hiermit hätte sich das Berufungsgericht näher auseinandersetzen müssen und die Frage, ob der Zeuge Tü [REDACTED] am Morgen des 14. April verpflichtet war, den Scheck bei der D [REDACTED] Bank vorzulegen, auch unter Berücksichtigung der Bekundung des Zeugen La [REDACTED], daß in der Zeit zwischen 8 und 9 Uhr schon in E [REDACTED] bei H [REDACTED] geschossen wurde, und der Aussage des Zeugen Tü [REDACTED], daß bereits gegen 10 - 11 Uhr amerikanische Soldaten in die Tresorräume der Beklagten gekommen seien und die Schließung veranlaßt hätten, während der Zeuge selbst sich auf einem Gang in der Stadt befunden habe, prüfen müssen. Dafür, daß das Berufungsgericht die erwähnte Bekundung des Zeugen La [REDACTED] nicht berücksichtigt hat, sprechen die Ausführungen der Vorinstanz, daß die Beklagte am 14. April im Laufe des Vormittags unter allen Umständen davon hätte erfahren müssen, daß der Abrechnungsverkehr an diesem Tage ausgefallen sei, und dann die unmittelbare Vorlegung bei der D [REDACTED] Bank hätte versuchen müssen. Einer Aufhebung des Urteils bedurfte es jedoch unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung des § 286 ZPO hinsichtlich der Lage am 14. April 1945 deshalb nicht, weil die Verurteilung der Beklagten sich bereits aus der für den 13. April festgestellten Pflichtverletzung rechtfertigt.

4.) Die Revision macht ferner geltend, daß die zur Behandlung des Schecks zuständige Dienststelle in Ha [REDACTED] sich etwa 3/4 Stunde Fußweg entfernt von dem zerstörten Sparkassengebäude in H [REDACTED] befunden habe, und daß der Abteilungsleiter F [REDACTED] nach Eintreffen des Schecks in H [REDACTED] schon in F [REDACTED] und erst am Abend des 13. April wieder in der Zentrale gewesen sei. Der regelmäßige Geschäftsverkehr habe hiernach eine Bearbeitung des Schecks noch am 13. April überhaupt ausgeschlossen. Das Berufungsgericht hat diese im Verlaufe des Rechtsstreits mehrfach vorgetragene Auffassung nicht ausdrücklich erörtert. Sie wird aber durch die Feststellung des Berufungsgerichts unbeachtlich, daß der Scheck am 13. April in Ha [REDACTED] dem Boten Ti [REDACTED] zur Vorlage bei der D [REDACTED] Bank übergeben worden sei und daß der Zeuge Tü [REDACTED] sich mit dem von Ti [REDACTED] mitgeteilten Bescheid nicht habe zufrieden geben dürfen, sondern für die Vorlage des Schecks bei der ihm bekannten richtigen Einlösungsstelle der D [REDACTED] Bank hätte Sorge tragen müssen. Danach bedurfte es einer Mitwirkung des Abteilungsleiters F [REDACTED] nicht, um zu veranlassen, daß der Scheck an die richtige Stelle der D [REDACTED] Bank geleitet wurde.

Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Hauptkassenleiter Tü [REDACTED], ein Stadtamtmann, mit dem Scheckeinzug nichts zu tun gehabt habe, und ihn deshalb rechtsirrig als verpflichtet angesehen, am Nachmittag des 13. April noch besondere Maßnahmen zu seiner Einziehung zu treffen, greift die Revision die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts an, die ihr verschlossen sind.

Die Revision glaubt, den Zeugen Tü[REDACTED] durch den Hinweis darauf entlasten zu können, daß der Scheck als Verrechnungsscheck nicht durch Barzahlung, sondern nur durch Gutschrift einzulösen war (§ 39 Abs 2 ScheckG) und daß Tü[REDACTED] deshalb die Bestimmung des Leiters der Giroabteilung über diesen Scheck habe abwarten dürfen. Gerade weil der Scheck ein Verrechnungsscheck war, war es geboten, den Scheck statt der Hauptkasse der D[REDACTED] Bank ihrer hierfür zuständigen Giroabteilung vorzulegen. Als Einlösung durch Verrechnung ist auch die Überweisung des Scheckbetrages auf das Reichsbankgirokonto der Beklagten anzusehen. Diesem Zweck sollte der rote "Scheck" (Überweisungsschein) dienen, der einen Umschreibeauftrag (Giroanweisung) enthält, nach welchem die Reichsbank einen gewissen Betrag von dem Konto eines Girokunden auf das Konto eines anderen Girokunden übertragen soll. Die Instruktion an Tü[REDACTED], den Scheck der Giroabteilung der D[REDACTED] Bank zu überbringen und sich einen sog. roten Scheck aushändigen zu lassen, war eine einfache Maßnahme. Daß das Berufungsgericht diese auch dem Hauptkassierer der Beklagten zugemutet hat, liegt auf tatsächlichem Gebiet. Die Feststellung dieser Verpflichtung beruht weder auf einem Denkfehler noch ist sie mit allgemeinen Auslegungsgrundsätzen unvereinbar.

5.) Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte die Kaufmannseigenschaft besitzt. Das Berufungsgericht hat zwar die Verpflichtung der Sparkasse unmittelbar aus § 347 HGB abgeleitet, ohne die Kaufmannseigenschaft der Beklagten einer näheren Erörterung unterzogen zu haben. Eine Sparkasse, die Bankgeschäfte betreibt und als Einrichtung einer Gemeinde betrieben wird, kann auf Grund des § 1 Abs 2 Ziff 4 HGB Kaufmann sein, und zwar ohne zu einer Eintragung im Handelsregister verpflichtet zu

sein (§ 36 HGB). Verfolgt die Sparkasse lediglich gemeinnützige Zwecke, so würde es allerdings an der Grundvoraussetzung der Kaufmannseigenschaft fehlen, nämlich an dem Vorhandensein eines auf Gewinnerzielung gerichteten Unternehmens. Zur Beantwortung der Frage der Kaufmannseigenschaft einer kommunalen Sparkasse muß deshalb, wie das RG in der in Bd 116, 227 229 veröffentlichten Entscheidung verlangt hat, "im einzelnen Falle geprüft werden, ob die Sparkasse regelmäßige Überschüsse erzielen will, die nicht nur zur Bildung von Reserven verwandt werden sollen, und ob sich ihre regelmäßige Tätigkeit auch auf die Besorgung von eigentlichen Bankiergeschäften erstreckt." Auch bei fehlender Kaufmannseigenschaft sind jedoch für den vorliegenden Fall die Verpflichtungen der Beklagten, die sich aus ihrer Aufgabenstellung ergeben, nicht anders zu bestimmen und ergeben sich für diesen Fall aus § 276 BGB.

6.) Die Beklagte kann sich auch nicht auf Ziff 44 AGB berufen, wonach die Sparkasse nur für Zinsausfälle haftet, wenn die Ausführung der ihr erteilten Aufträge durch ihr Verschulden nicht rechtzeitig erfolgt. Diese Bestimmung begrenzt der Höhe nach die Haftung für Verzugsschaden. Dadurch wird jedoch nicht eine Verpflichtung zum Ersatz des Scheckbetrages ausgeschlossen, der infolge eines von der Sparkasse zu vertretenden Umstandes nicht zur Einziehung kommt. Die Bestimmung enthält keine Freizeichnung von der Haftung für den Verlust oder eine wesentliche Beeinträchtigung der einzuziehenden Forderung.

III. Der Revision war jedoch insoweit der Erfolg nicht zu versagen, als sie geltend macht, daß eine entsprechende Anwendung des § 255 BGB den Einwand der Beklagten, sie

sei nur Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche der Klägerin gegen die OT zur Zahlung verpflichtet, zu stützen vermag. Das Berufungsgericht verneint die unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift mit der Begründung, daß die Klägerin keinen Rechtsverlust erlitten habe, da ihre Forderung gegen die OT grundsätzlich bestehen geblieben sei. Soweit die Vorinstanz auch eine entsprechende Anwendung des § 255 BGB ablehnt, kann ihr jedoch nicht gefolgt werden.

Nach § 255 BGB ist, wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadensersatz zu leisten hat, zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen. Es mag zweifelhaft sein, ob ein künftig realisierbarer Anspruch der Klägerin aus dem Scheck gegen die Abwicklungsstelle oder eine Rechtsnachfolgerin der OT besteht, oder ob die Forderung infolge Auflösung der Schuldnerin einer erloschenen Forderung gleichzuhandeln wäre. Für die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts aus § 255 BGB genügt es jedoch, daß die Möglichkeit einer solchen Forderung besteht. Diese ist hier nicht zu verneinen. Die entsprechende Anwendung des § 255 BGB ist von dem Reichsgericht zunächst für einen Fall zugelassen worden, in dem es sich um einen Schadensersatzanspruch desjenigen handelte, der einem anderen die Einziehung einer Wechselforderung übertragen hatte und nach Beendigung des auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten Dienst- oder Werkvertrages die Herausgabe des Wechsels wegen Verlustes der Urkunde nicht erlangen konnte (RG JW 1906, 109). Die Abtretung der Ansprüche aus dem Wechsel habe, so führt das RG aaO aus, hier nur die Bedeutung, dem Ersatzpflichtigen die

etwa fehlende Legitimation zur Betreibung des Aufgebots zu verschaffen und dem Geschädigten diese Legitimation, die er mißbrauchen könnte, zu nehmen. In einem Urteil vom 24. April 1941 (DR 1941, 1959 19617) hat das Reichsgericht dann allgemein ausgesprochen "daß auch bei einem sonstigen auf unerlaubte Handlung oder Vertragsverletzung oder Nichterfüllung einer Garantie beruhenden Schadensersatzanspruch der Geschädigte nur Verurteilung Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche verlangen kann, durch deren Erfüllung der Schaden unmittelbar verringert werden würde". Es kann hier dahingestellt bleiben, ob dieser Auffassung im vollen Umfang beizutreten wäre. Für den vorliegenden Fall unterliegt es jedoch nach Auffassung des Senats keinem Bedenken, dem Grundgedanken des § 255 BGB entsprechend der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zuzubilligen.

Die Urteile der Vorinstanzen waren daher mit dieser Maßgabe zu bestätigen. Da die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts für die Kostenentscheidung hier nicht besonders ins Gewicht fällt und besondere Kosten hierdurch nicht entstanden sind, erschien es gerechtfertigt, der Beklagten trotz ihres Obsiegens mit dem Zurückbehaltungs-

recht unter Anwendung des § 92 Abs 2 ZPO die ganzen Kosten der Rechtsmittelinstanzen aufzuerlegen, wobei es auch bei der Kostenentscheidung des Erstrichters zu belassen war.

Dr. Canter

Dr. Drost

Dr. Haidinger

Dr. Kuhn

Artl