

Nicht für die Amtliche Sammlung !

2341 027

06

Gesetz: §§ 631, 326, 404, 406 BGB

Rechtssatz: Macht der Besteller gegenüber dem neuen Gläubiger, dem der Unternehmer den Werklohnanspruch abgetreten hat, gemäß § 326 BGB einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Werkvertrags durch den Unternehmer geltend, so rechnet er nicht auf (§ 406 BGB), sondern setzt dem neuen Gläubiger eine Einwendung gemäß § 404 BGB entgegen.

Aktenzeichen: VII ZR 181/57

Urteil des BGH vom 25. September 1958

OIG Frankfurt am Main
IG Frankfurt am Main

16

VII ZR 181/57

Verkündet
am 25. September 1958
Woitscheck, Justizobersekretär,
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

des Bauunternehmers Martin M., F./Ma-
H., B.straße /,

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

g e g e n

den R. Spar- und Darlehensverein e.G.m.b.H.,
vertreten durch die Vorstandsmitglieder Wilhelm V.
und Peter G., R. bei K.,

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 18. September 1958
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und
der Bundesrichter Scheffler, Rietschel, Dr. Heimann-
Trosien und Erbel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frank-
furt am Main vom 12. Juni 1957 aufgehoben. Die Sa-
che wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten der Revision, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

16

- 2 -

Tatbestand:

Der Beklagte führte für die amerikanischen Streitkräfte bei Schwäbisch Gmünd Tiefbauarbeiten aus. Mit einem Teil der Arbeiten beauftragte er die Baufirma Ho[REDACTED]. In seinem Schreiben vom 2. März 1955 bestätigte er der Firma Ho[REDACTED] den über 465.000,-- DM lautenden Auftrag. Ferner heißt es darin:

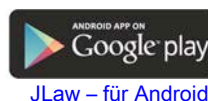
"Es besteht zwischen uns Klarheit, daß die unserem Vertragsverhältnis zugrundeliegenden Bedingungen und Ausschreibungsunterlagen, wie sie von der amerikanischen Dienststelle vorgeschrieben sind, auch für unser Vertragsverhältnis maßgebend für die Abrechnung und Durchführung des Auftrages sinngemäße Anwendung finden".

In den von dem Beklagten erwähnten Bedingungen der amerikanischen Dienststelle ist hinsichtlich der Abtretung von Zahlungsansprüchen bestimmt, daß die Abtretung den Gesamtbetrag decken muß, der gegen eine Rechnung erwartet wird, daß Abtretungen nur für einen Empfänger beantragt werden können, daß als Empfänger nur Banken oder andere Geldinstitute zu benennen sind, daß Abtretungen einen schriftlichen Antrag des Abtretenden und eine schriftliche Genehmigung der amerikanischen Dienststelle erfordern und daß sie erst wirksam werden, wenn das die Abtretung empfangende Geldinstitut der amerikanischen Dienststelle eine schriftliche Annahmeerklärung zusammen mit der schriftlichen Abtretungserklärung zugestellt hat.

Am 12. April 1955 trat die Firma Ho[REDACTED] ihre Ansprüche gegen den Beklagten in Höhe von 432.000,-- DM aus dem ihr von diesem erteilten Auftrag an die Filiale der Rheinisch-Westfälischen Bank in N[REDACTED] ab. Später wurde mit dieser Bank vereinbart, daß der Beklagte unmittelbar an die Firma Ho[REDACTED]



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



■ zahlen solle und der Bank zur Abdeckung ihrer Forderung gegen die Firma Ho■ nur 10 % der Beträge zu überweisen seien.

Neben der Rheinisch-Westfälischen Bank finanzierte auch die Klägerin die Durchführung des von der Firma Ho■ übernommenen Auftrags. Nach verschiedenen fernmündlichen Besprechungen schrieb der Beklagte am 5. August 1955 der Klägerin:

"Höflichst Bezug nehmend auf die telefonische Unterredung des Unterzeichneten mit Ihrem sehr geehrten Herrn Direktor Hi■ bestätigen wir Ihnen hiermit der Ordnung halber, daß die Firma Ho■ gegenwärtig ein Guthaben von ca. DM 25.000,— aus Leistungen Baustelle Waldstetten betreffend, hat.

Die nächste a cto.-Zahlung aus diesem Guthaben und aus den Leistungen der Firma Ho■ wird Ende nächster Woche, spätestens übernächste Woche fällig.

Wir haben keine Bedenken, der Firma Ho■ einen Betrag von DM 10.000,— aus diesen Leistungen in selbstschuldnerischer Bürgschaft Ihnen gegenüber anzuerkennen. Wir würden alsdann bei Eingang des Geldes diesen Betrag an Sie direkt zur Überweisung bringen, falls seitens der Firma Ho■ entsprechende Anweisung bzw. durch eine Abtretung zu Ihren Gunsten Ihrerseits uns Unterlagen nach hier zugestellt werden."

Am 11. August 1955 schrieb die Firma Ho■ dem Beklagten:

"Gemäß der mit Ihnen gehabtten telefonischen Unterredung bestätige ich Ihnen hiermit, daß ich den Betrag von DM 25.000,— aus dem Auftrag Schwäb. Gmünd an die Spar- und Darlehenskasse in R■■■■■■■■■■ (Klägerin) abgetreten habe.

Ich bitte Sie höflichst, diesen Betrag gemäß der von Ihnen erteilten Zustimmung, die Sie in Ihrem Schreiben an die Spar- und Darlehenskasse in R. [REDACTED] zum Ausdruck brachten, an die genannte Kasse, Kto. [REDACTED], zu überweisen."

Ausweislich eines Vermerks auf diesem Schreiben hat die Klägerin hiervon einen Durchschlag erhalten.

Der Beklagte zahlte in der Zeit vom 11. August bis 8. Oktober 1955 an die Firma Ho [REDACTED] insgesamt 55.293,71 DM.

Als die Klägerin am 27. September 1955 die Begleichung der ihr abgetretenen Forderung über 25.000,-- DM anmahnte, antwortete die Beklagte am 30. September 1955, sie habe die Firma Ho [REDACTED] energisch darauf hingewiesen, daß sie weitere Zahlungen erst leisten könne, wenn die Firma Ho [REDACTED] die Gewähr biete, daß sie die Arbeiten zügig und nach den festgelegten Terminen durchführe. Die Firma Ho [REDACTED] habe bereits früher die Walze und neuerdings die Planierraupen von der Baustelle weggenommen. Im Hinblick hierauf müsse sie derzeit Zahlungen verweigern.

Die Klägerin ist der Ansicht, der Beklagte habe nach dem 11. August 1955 im Hinblick auf die Abtretung statt an die Firma Ho [REDACTED] zunächst 25.000,-- DM an sie zahlen müssen. Sie hat den Beklagten auf Zahlung von 25.000,-- DM nebst 8 % Zinsen seit dem 11. August 1955 verklagt.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat bestritten, daß die Firma Ho [REDACTED] der Klägerin überhaupt eine Forderung gegen ihn abgetreten habe. Eine Abtretung an die Klägerin wäre nach seiner Ansicht auch unwirksam,

weil die zwischen ihm und der Firma Ho [REDACTED] vereinbarten amerikanischen Bestimmungen über die Abtretung von Forderungen nicht beachtet seien und weil die Firma Ho [REDACTED] ihre Ansprüche zuvor an die Rheinisch-Westfälische Bank abgetreten habe. In jedem Falle müsse die Klägerin, da sie ihm die Abtretung erst mit Schreiben vom 27. September 1955 mitgeteilt habe, seine bis dahin an die Firma Ho [REDACTED] geleisteten Zahlungen gegen sich gelten lassen. Schließlich habe die Firma Ho [REDACTED] Ende September 1955 die Arbeiten grundlos eingestellt und sich dadurch schadensersatzpflichtig gemacht. Seine Schadensersatzforderung betrage mehr als 25.000,-- DM.

Die Klägerin ist dem Vortrag des Beklagten entgegengetreten.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teil der verlangten Zinsen stattgegeben. Die Berufung des Beklagten blieb erfolglos. Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte weiter die Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet, die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält für erwiesen, daß die Firma Ho [REDACTED] spätestens am 11. August 1955 mit der Klägerin einen Vertrag über die Abtretung ihrer Forderung gegen den Beklagten geschlossen hat (§ 398 BGB).

1.) Hierfür spreche das Schreiben der Firma Ho-
[redacted] vom 11. August 1955, in dem diese bestätigte, aus
dem Auftrag Schwäbisch Gmünd eine Forderung über 25.000,--
DM an die Klägerin abgetreten zu haben. Auch bestreite
der Beklagte nicht, daß zwischen der Firma Ho-
[redacted] und
der Klägerin bereits vor dem 11. August 1955 über die
Finanzierung des der Firma Ho-
[redacted] erteilten Auftrags ge-
sprochen und hierbei die Abtretung eines Teils der der
Firma Ho-
[redacted] erwachsenen Forderungen zur Sicherung der
Klägerin in Aussicht genommen worden sei. Er habe ferner
in seinem Schreiben vom 5. August 1955 der Klägerin für
den Fall einer Abtretung die Zahlung zugesagt. Weiter ha-
be er, als er das ihn unter Bezugnahme auf die Abtretung
zur Zahlung auffordernde Schreiben der Klägerin vom 27.
September 1955 erhalten hatte, nicht etwa die Abtre-
tung bestritten, sondern seine Weigerung zu zahlen, le-
diglich mit dem Verhalten der Firma Ho-
[redacted] begründet.
Schließlich trage er selbst vor, der Inhaber der Firma
Ho-
[redacted] habe ihm nach Erhalt des Schreibens vom 11. August
1955 erklärt, die Abtretung gehe nicht in Ordnung, weil
die Ansprüche bereits an die Rheinisch-Westfälische Bank
abgetreten seien und er nur eine Bürgschaft des Beklag-
ten wünsche. Demnach sei jedenfalls vorher ein Abtre-
tungsvertrag geschlossen worden.

2.) Was die Revision hiergegen vorbringt, zielt
im wesentlichen darauf ab, die Umstände anders zu würdi-
gen, und kann deshalb keinen Erfolg haben. Das Berufungs-
gericht hat den Sachvortrag der Klägerin voll berücksich-
tigt und sich nicht etwa nur auf das Schreiben der Firma
Ho-
[redacted] vom 11. August 1955 gestützt. Daß es im Zahlungs-
befehl vom 10. November 1955 heißt, die Abtretung sei
am 11. August 1955 erfolgt, und die Klägerin in späteren

Schriftsätzen vortragen ließ, der Abtretungsvertrag sei Anfang August 1955 abgeschlossen worden, steht der Feststellung des Berufungsgerichts, der Abtretungsvertrag über eine Forderung von 25.000,-- DM sei spätestens am 11. August 1955 zustande gekommen, nicht entgegen. Den Inhalt des Schreibens des Beklagten vom 5. August 1955, in dem von einer selbstschuldnerischen Bürgschaft über 10.000,-- DM die Rede ist, hat die Klägerin damit erklärt, daß man anfänglich eine Abtretung nur in dieser Höhe beabsichtigt und erst danach die Forderung über 25.000,-- DM abgetreten habe. Hierauf nochmals im angefochtenen Urteil einzugehen, bestand für das Berufungsgericht kein zwingender Anlaß.

3.) Ob Banken sonst üblicherweise für Abtretungsverträge ein Formular verwenden, ist unerheblich. Die Klägerin ist nur eine ländliche Genossenschaft. Die Abtretung beruht auch nicht nur auf fernmündlichen Vereinbarungen, sondern die Klägerin hat das Schreiben des Beklagten vom 5. August 1955 und einen Durchschlag eines Schreibens der Firma Hoppe an den Beklagten vom 11. August 1955 erhalten.

4.) Der Beklagte hat in den Vorinstanzen nicht behauptet, Ho███ habe seine Abtretungsanzeige vom 11. August 1955 kurz danach beim Beklagten "widerrufen", sondern, Ho███ habe gesagt, die Abtretung gehe nicht in Ordnung, weil die Ansprüche bereits an die Rheinisch-Westfälische Bank abgetreten seien. Diesen Sachvortrag, wie die Revision es will, dahin zu verstehen, daß kein Abtretungsvertrag geschlossen worden sei, hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß.

5.) Die Feststellung im angefochtenen Urteil, der Abtretungsvertrag über eine Forderung von 25.000,-- DM sei spätestens am 11. August 1955 zustande gekommen, wird demnach durch die Angriffe der Revision nicht erschüttert. Auf die hilfsweise getroffene Feststellung, daß der Abtretungsvertrag jedenfalls vor den ab 19. August 1955 vom Beklagten an die Firma Ho [REDACTED] geleisteten Zahlungen zustande gekommen sei, und die sich hierauf beziehenden Rügen der Revision kommt es somit nicht an.

II.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Abtretungsvertrag habe den Übergang eines Anspruchs auf Zahlung von 25.000,-- DM auf die Klägerin bewirkt, läßt ebenfalls keinen Rechtsfehler erkennen.

1.) Das Berufungsgericht hat dahingestellt gelassen, ob die Bestimmungen der amerikansichen Dienststelle über die Abtretung von Forderungen Bestandteil des zwischen der Firma Ho [REDACTED] und dem Beklagten abgeschlossenen Werkvertrags geworden sind. Selbst wenn dies zutrefte und man ihnen die Vereinbarung entnehme, daß die Abtretbarkeit der Forderung im Sinne des § 399 BGB ausgeschlossen werde (RGZ 136, 395, 399), so könne sich der Beklagte doch nicht auf eine Unwirksamkeit der Abtretung berufen. In seinem Schreiben an die Klägerin vom 5. August 1955 habe er sich zur Überweisung des Betrages an die Klägerin bereit erklärt, "falls seitens der Firma Ho [REDACTED] entsprechende Anweisung bzw. durch eine Abtretung zu ihren (der Klägerin) Gunsten durch diese ihm Unter-

lagen zugestellt werden". Damit habe der Beklagte der Klägerin gegenüber auf die Einhaltung der Abtretungsvoraussetzungen verzichtet und sich mit einer Anweisung der Firma Ho■■■■, die in deren Schreiben vom 11. August 1955 liege, zufrieden gegeben.

Der Ansicht des Berufungsgerichts, daß der Beklagte auf die Einhaltung der amerikanischen Bestimmungen über die Abtretung von Forderungen, sofern sie zwischen ihm und der Firma Ho■■■■ zum Bestandteil des Werkvertrags gemacht sein sollten, habe verzichten können, ist zuzustimmen. Zu einer Änderung dieser vom Berufungsgericht als sachliche Erfordernisse einer Abtretung im Sinne des § 399 BGB gewerteten Regeln bedurfte es keines Vertrags mit der Firma Ho■■■■. Der Ausschluß der Abtretung durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner wird regelmäßig im Interesse des Schuldners vorgenommen. Es kann keine weitergehende Rechtswirkung haben als ein gesetzliches Veräußerungsverbot i. S. des § 135 BGB (vgl. hierzu RGZ 95, 207; 148, 105, 110, 113; ferner BGH in IM Nr. 2 zu § 406 BGB). Deshalb muß auch die Zustimmung des Schuldners zu einer die vereinbarten sachlichen Erfordernisse außer acht lassenden Abtretung als ausreichend erachtet werden. Diese Zustimmung ist nach der rechtlich unbedenklichen Annahme des Berufungsgerichts hier erteilt worden.

Das Berufungsgericht hat einen Teil der amerikanischen Bestimmungen über die Abtretung von Forderungen für erfüllt angesehen. Ob es diese Bestimmungen in jeder Hinsicht richtig ausgelegt hat, kann dahin gestellt bleiben; denn der vom Berufungsgericht angenommene Verzicht des Beklagten auf die Einhaltung der amerikanischen Abtretungsbestimmungen erstreckte sich, wie das Berufungsgericht

ersichtlich und ohne Rechtsverstoß annimmt, auf alle Bestimmungen.

2.) Am 12. April 1955 hatte die Firma Ho [REDACTED] Ansprüche in Höhe von 432.000,-- DM sowie Forderungen aus etwaigen zusätzlichen Aufträgen im Rahmen des Schwäbisch-Gmünder Bauvorhabens der Amerikaner an die Rheinisch-Westfälische Bank abgetreten. Nach der Behauptung des Beklagten im Schriftsatz vom 16. Mai 1956 (S. 3) wurde später mit der Rheinisch-Westfälischen Bank vereinbart, daß der Beklagte nur noch 10 % der jeweils fälligen Beträge an die Bank, alles Übrige aber unmittelbar an die Firma Ho [REDACTED] zahlen sollte.

Das Berufungsgericht hat diese Darstellung des Beklagten dahin ausgelegt, daß die Rheinisch-Westfälische Bank alle Beträge bis auf 10 % freigegeben habe. Die Revision will den Sachvortrag des Beklagten dahin verstanden wissen, daß die Abtretung an die Rheinisch-Westfälische Bank in voller Höhe bestehen geblieben und der Beklagte lediglich angewiesen worden sei, von den jeweils fällig werdenden Zahlungen 90 % an die Firma Ho [REDACTED] und 10 % an die Bank abzuführen. Der Revision kann jedoch nicht zugegeben werden, daß das Berufungsgericht gemäß § 139 ZPO Anlaß gehabt hätte, den Beklagten über die Bedeutung seines Sachvortrags zu befragen. In ihrem Schriftsatz vom 3. Mai 1957 (S. 3) hat die Klägerin eindeutig behauptet, die Abtretung an die Rheinisch-Westfälische Bank sei mit der Maßgabe rückgängig gemacht worden, daß der Beklagte von jeder zu Gunsten der Firma Ho [REDACTED] fällig werdenden Teilzahlung nur noch ein Zehntel einbehalten und an die Bank abführen sollte, bis die bei der Bank bestehenden Restschulden der Firma Ho [REDACTED] von 17.000,-- DM abgedeckt seien. Dieser Darstellung ist der Beklagte nicht mehr entgegengetreten. Die Auslegung, von jedem fällig gewordenen Betrag

hätten 90 % der Firma Ho[REDACTED] und 10 % der Rheinisch-Westfälischen Bank zugestanden, läßt danach keinen Rechtsfehler erkennen.

3.) Das Berufungsgericht hat aus dem Schreiben der Firma Ho[REDACTED] an den Beklagten vom 11. August 1955 gefolgert, daß dieser von dem zwischen der Firma Ho[REDACTED] und der Klägerin geschlossenen Abtretungsvertrag Kenntnis hatte und daß die Klägerin deshalb die seit dem 19. August 1955 vom Beklagten an die Firma Ho[REDACTED] geleisteten Zahlungen nicht gegen sich gelten zu lassen braucht (§ 407 Abs. 1 BGB). Die angebliche spätere Erklärung des Inhabers der Firma Ho[REDACTED] gegenüber dem Beklagten, die Abtretung gehe wegen bereits früher erfolgter Abtretung an die Rheinisch-Westfälische Bank nicht in Ordnung, hat es für unerheblich erklärt. Es meint, in einer solchen Erklärung könnte allenfalls eine Zurücknahme der im Schreiben der Firma Ho[REDACTED] vom 11. August 1955 enthaltenen Abtretungsanzeige gefunden werden. Hierzu aber hätte es der Zustimmung der Klägerin als neuer Gläubigerin bedurft (§ 409 Abs. 2 BGB), die unstreitig nicht vorgelegen habe.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Die Ansicht der Revision, die Vorschrift des § 409 Abs. 2 BGB wolle nur den Schuldner, aber nicht den neuen Gläubiger schützen, ist unbegründet. Das Gegenteil ist auch nicht in der von der Revision angeführten Entscheidung in BGHZ 11, 298, 301 gesagt. Die Zurücknahme der Anzeige ist gerade deshalb nur mit Zustimmung des in ihr als neuer Gläubiger Bezeichneten zulässig, weil dessen Interessen durch die Zurücknahme berührt werden können.

66

III.

Begründet ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht ausreichend geprüft, ob der Firma Ho- nach der spätestens am 11. August 1955 erfolgten Ab- tictung an die Klägerin eine Forderung über 25.000,-- DM gegen den Beklagten überhaupt erwachsen ist.

1.) Das Berufungsgericht hat dies bejaht, weil es im Schreiben des Beklagten vom 5. August 1955 heißt, die Firma Ho- habe gegenwärtig ein Guthaben von 25.000,-- FM, weil der Beklagte die Richtigkeit dieser Angabe nicht widerrufen und vom 19. August 1955 ab noch insgesamt 55.293,-- DM an die Firma Ho- gezahlt hat. Der Beklagte vermöge nicht zu behaupten,, an die Firma Ho- nicht geschuldete Leistungen erbracht zu haben.

Mit Recht verweist demgegenüber die Revision auf den Sachvortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 21. März 1957, wonach sich die Gesamtleistungen der Firma Ho- auf 175.619,52 DM belaufen sollen, der Beklagte aber nach der Schlußabrechnung 243.760,75 DM gezahlt und für 49.750,81 DM Sachleistungen erbracht habe, so daß die Firma Ho- insgesamt 117.892,04 DM zuviel erhalten habe. Parin liegt, soviel ersichtlich, die Behauptung, auch die oben erwähnten 55.293,-- DM seien in Wirklichkeit nicht geschuldet gewesen. Daß der Beklagte an die Firma Ho- zunächst nur Vorschüsse gezahlt hat, ergibt sich aus deren Schreiben vom 20. Juli 1955 an den Beklagten und aus dessen Schreiben an die Firma Ho- vom 23. Juli 1955. Auch in seinem Schreiben vom 5. August 1955 hat der Beklagte nicht etwa von einem fälligen Guthaben der Firma Ho- über 25.000,-- DM, sondern davon gesprochen, daß demnächst eine Abschlagszahlung fällig werde; diese

sei von der beantragten Zahlung der amerikanischen Dienststelle abhängig. In diesem Zusammenhang kann auch das Erbieten des Beklagten, der Klägerin gegenüber die selbstschuldnerische Bürgschaft für eine Schuld der Firma Ho bis zu 10.000,-- DM zu übernehmen, insofern bedeutsam sein, als sich daraus ergeben könnte, daß die Firma Ho damals noch keinen fälligen Zahlungsanspruch gegen ihn hatte. Stand der Firma Ho kein Anspruch auf die vom Beklagten geleisteten Zahlungen zu, so kann der Beklagte dies der Klägerin entgegenhalten (§ 404 BGB). Hierzu hätte das Berufungsgericht Stellung nehmen müssen.

2.) Der Beklagte hat sich aber auch im Schriftsatz vom 24. Januar 1957 (S. 12) auf Schadensersatzansprüche gegen die Firma Ho wegen Vertragsverletzung berufen. Die Firma Ho habe vertragswidrig Ende September 1955 eine Planierraupen- und eine Walze von der Baustelle abgezogen und Anfang Oktober 1955 die Arbeiten vollständig eingestellt. Er, der Beklagte, sei deshalb gezwungen gewesen, die Arbeiten durch eine andere Firma fertigstellen zu lassen und hierfür 115.000,-- DM aufzuwenden.

Das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung (§ 406 BGB) gewürdigt und ausgeführt, mit dem erst Ende September oder Anfang Oktober 1955 entstandenen Schadensersatzanspruch habe er gegenüber der längst fällig gewordenen abgetretenen Forderung der Firma Ho nicht mehr aufrechnen können. Dem kann nicht zugestimmt werden. Wenn der Beklagte jene Gegenforderung dem Anspruch des Klägers entgegensetzt, macht er keine Aufrechnung gemäß § 406 BGB geltend; deshalb kommt es nicht darauf an, ob die in dieser Vorschrift ge-

forderten Voraussetzungen für eine Aufrechnung gegeben sind. Das Berufungsgericht hat richtig ausgeführt, daß der Beklagte nach § 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange. Tut er das zu Recht, so ist das Vertragsverhältnis zwischen ihm und der Firma Ho [REDACTED] aufgelöst und an dessen Stelle ein einseitiger Schadensersatzanspruch des Beklagten getreten. In diesem Falle würde der Werklohn der Firma Ho [REDACTED] nur noch als Rechnungsposten die Höhe der Ersatzforderung des Beklagten beeinflussen. Diese Entwicklung des Schuldverhältnisses könnte der Beklagte nach § 404 BGB der Klägerin entgegenhalten. Das Berufungsgericht hätte daher prüfen müssen, ob das Vorbringen des Beklagten in diesem Sinne rechtlich zu würdigen ist. Daß der den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung auslösende Umstand erst nach der Abtretung entstanden ist, wäre unerheblich. Es genügt, wenn die Verpflichtung der Firma Ho [REDACTED], die Erdarbeiten ordnungs- und fristgemäß auszuführen, zur Zeit der Abtretung begründet war. Durch die Abtretung einer Forderung darf die Lage des Schuldners nicht zu dessen Nachteil geändert werden.

Hieran würde sich grundsätzlich auch dann nichts ändern, wenn mit den fällig werdenden Abzahlungsbeträgen ein von der Klägerin der Firma Ho [REDACTED] gewährter Kredit abgetragen werden sollte. Auch in einem solchen Falle könnte die Klägerin nicht besser gestellt sein als es die Firma Ho [REDACTED] selbst wäre, wenn sie erst nach Eintritt der den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung auslösenden Umstandes Zahlung begehren würde. Abgetreten an die Klägerin wurde eine Forderung aus dem einheitlichen, damals noch nicht erfüllten gegenseitigen Vertrag der Firma Ho [REDACTED] mit dem Beklagten. Die Klägerin hat die Werklohnforderung mit den ihr anhaftenden Schwächen erworben

(RGZ 83, 279; RG Warn 1914, 329; Urteil des erkennenden Senats VII ZR 167/57 vom 3. Juli 1958). Nur die ausdrückliche Vereinbarung, daß der Beklagte ohne Rücksicht auf mögliche Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrags verpflichtet sei, fällig werdende Abschlagszahlungen unter allen Umständen zu leisten, könnte zu einer anderen Beurteilung der Rechtslage führen.

Das angefochtene Urteil war daher auf die Revision des Beklagten aufzuheben und zugleich die Entscheidung über die Kosten der Revision dem Berufungsgerichts zu übertragen.

Glanzmann

Scheffler

Rietschel

Heimann-Trosien

Erbel