

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 184/63

URTEIL

Verkündet am

15. November 1965
Horn
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

der Genossenschaftsbank W [REDACTED] eGmbH, vertreten durch
ihren Vorstand, die Direktoren G [REDACTED], K [REDACTED] und S [REDACTED],
B [REDACTED] - W [REDACTED], B [REDACTED] Strasse [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Architekten Herbert J [REDACTED], B [REDACTED] - T [REDACTED],
I [REDACTED] Strasse [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts vom 20. Juni 1963 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war bauleitender Architekt für die auf den Grundstücken B- -T- , L- -straße , und im Rahmen des sozialen Wohnungsbauprogramms durchgeführten Bauvorhaben (im folgenden kurz Bauvorhaben 3, 4 und 5 genannt). Er war zugleich Eigentümer und Bauherr des zuletzt genannten Grundstücks Nr. 5. Die bauhauptgewerblichen Arbeiten auf diesen drei Grundstücken wurden von dem Bauunternehmer Erwin W- durchgeführt. Für die Bauvorhaben 4 und 5 wurden bei zwei verschiedenen Zweigstellen der Sparkasse der Stadt B- -West die Konten 115/1875 und 121/2725 (im folgenden kurz Baukonto 4 und 5 genannt) eingerichtet, auf welche die von öffentlich rechtlichen Kreditanstalten stammenden, zweckgebundenen Baugelder einbezahlt wurden.

Die Klägerin hatte W [REDACTED] Kredite gewährt. Zu deren Sicherung ließ sie sich am 9. September 1959 Wuttkes Forderungen aus dem Auftrag L [REDACTED] straße 5 abtreten. In der Abtretungserklärung heißt es nach der Bezeichnung des Auftrags:

"Dieser Auftrag beläuft sich voraussichtlich auf einen Betrag von 130.000 DM. ...
Ich trete hiermit alle sich durch die Ausführung des obigen Auftrags für mich ergebenden Forderungen unwiderruflich an die ... (Klägerin) ab. ...
Alle durch Auftrags Erweiterungen und Nebenarbeiten oder sonstwie für mich etwa entstehende Mehrforderungen gelten als mitabgetreten. ..."

Eine gleichlautende Abtretung erfolgte auch wegen des Bauvorhabens 4 (Bauherr: Lo [REDACTED]).

Während der Ausführung der Bauten erschöpfte Wuttke seinen Kredit bei der Klägerin; diese gab ihm keine Betriebsmittel mehr auf die ihr abgetretenen Bauforderungen. Deshalb akzeptierte der Beklagte nacheinander insgesamt 11 von Wuttke auf ihn gezogene Wechsel, die die Klägerin diskontierte. Den Diskonterlös erhielt Wuttke. Der Beklagte sorgte für Einlösung der Wechsel aus den bei der Sparkasse bestehenden Baukonten.

Über das Vermögen des Bauunternehmers Wuttke wurde Ende September 1960 der Konkurs eröffnet.

Die Klägerin beziffert die endgültige Forderung Wuttkes gegen den Beklagten aus dem Bauvorhaben 5 auf 159.500 DM. Sie hat vorgetragen, die Abtretung habe den ganzen Werklohn umfaßt. Der Beklagte habe nur 118.500 DM bezahlt, so daß sie noch 41.000 DM zu beanspruchen habe.



Mit der Klage hat sie hiervon einen Teilbetrag von 11.000 DM nebst Zinsen geltend gemacht. Wegen der restlichen 30.000 DM hat sie später noch einen weiteren Prozeß bei dem Landgericht Berlin anhängig gemacht, der zur Zeit ausgesetzt ist.

Der Beklagte ist der Auffassung, daß durch die Wechselvereinbarung die Abtretung hinfällig geworden sei. Diese sei übrigens von vornherein bei dem Bauvorhaben 5 auf 130.000 DM beschränkt gewesen. Diese seien voll bezahlt, denn er habe außer den von der Klägerin anerkannten Zahlungen von 118.500 DM noch weitere 13.158,45 DM für das Bauvorhaben 5 gezahlt, die die Klägerin ihm aber fälschlicherweise nicht gutgebracht habe.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten wurde die Klage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1.) Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Abtretung überhaupt noch besteht und ob W [REDACTED] durch den Abtretungsvertrag vom 9. September 1959 seine Werklohnforderung gegen den Beklagten nur in Höhe von 130.000 DM (so der Beklagte) oder in voller Höhe von 159.500 DM (so die Klägerin) abgetreten hat, da im gegenwärtigen Rechtsstreit nur ein Teilbetrag von 11.000 DM geltend gemacht werde und dieser Anspruch durch die über die unstreitig bezahlten 118.500 DM hinaus geleisteten 13.158,45 DM erloschen sei.

Die Klägerin rügt hierzu mit Recht, daß das Berufungsgericht nicht über die Höhe und den Fortbestand der Abtretung entschieden hat. Zudem ist weder festgestellt noch unstreitig, in welcher über 130.000 DM hinausgehenden Höhe Wuttke eine Werklohnforderung erworben hat.

Unterstellt man in diesen ungeklärten Punkten den der Klägerin günstigen Sachverhalt, so dürfte die Klage nicht abgewiesen werden, selbst wenn man der Auffassung des Berufungsgerichts folgt, der Beklagte könne für sein eigenes Bauvorhaben noch die Gutschrift weiterer 13.158,45 DM beanspruchen. Die Klägerin macht zwar in diesem Rechtsstreit von ihrer Forderung von 41.000 DM nur einen Teilbetrag von 11.000 DM geltend. Dadurch ist es ihr aber - entgegen der Auffassung des Kammergerichts - nicht verwehrt, den Beklagten wegen der von ihm behaupteten weiteren Zahlungen auf den hier nicht eingeklagten Rest von 30.000 DM zu verweisen. Denn der Beklagte hat diese Zahlungen vor Erhebung der Klage geleistet; eine Verweisung auf den nicht eingeklagten Rest wäre aber nur dann unzulässig, wenn die Zahlungen nach der Klageerhebung geleistet worden wären. Der Fall liegt nicht anders als bei der Aufrechnung, wo bei einer Teilklage eine Verweisung auf den nicht eingeklagten Teil nur dann ausgeschlossen ist, wenn die Aufrechnung (die einer Erfüllung gleichsteht) erst im Prozeß erfolgt ist (RGRK BGB Anm. 9 vor § 387 BGB; RGZ 129, 63; BGH in LM Nr. 25 zu § 18 Abs. 1 Ziff. 3 UmstG mit weiteren Nachweisen).

Das Berufungsgericht hätte deshalb über den Umfang der Abtretung sowie darüber befinden müssen, ob, wie der Beklagte behauptet, die Abtretung durch die Wechselvereinbarung aufgehoben worden ist, und wie hoch sich die Forderung W [REDACTED] beläuft. Es hätte sich dieser Entscheidungen nur dann enthalten dürfen, wenn es wie das Landgericht die von dem Beklagten be-

haupteten Zahlungen nicht dem Bauvorhaben 5 zugerechnet hätte.

2.) Das Berufungsgericht stellt fest, es sei zwischen den Parteien vereinbart worden, daß die aus dem Baukonto 5 geleisteten Zahlungen auch nur auf die abgetretenen Forderungen aus dem Bauvorhaben 5 angerechnet werden dürften. Es bezieht sich dabei auf die in der letzten mündlichen Verhandlung abgegebene Erklärung des Direktors K [REDACTED] der Klägerin, daß er mit dem Beklagten eine dahingehende Vereinbarung getroffen habe.

Die hierzu erhobene Rüge der Klägerin, K [REDACTED] sei nach § 25 GenG nicht befugt gewesen, allein eine solche Vereinbarung zu treffen, liegt neben der Sache, denn die von dem Beklagten behauptete Vereinbarung bestätigt nur, was schon wegen der Zweckgebundenheit der aus öffentlichen Mitteln stammenden Baugelder ohnedies rechtens ist. Es kommt also nur darauf an, ob die Klägerin erkennen konnte, aus welchem Baukonto die einzelne Zahlung stammte. Bei Schecks waren hierfür die Unterschriften sowie die bezogene Sparkassen-zweigstelle bedeutsam.

Aus dem Umstand, daß in einigen - hier nicht streitigen - Fällen die Parteien eine anderweitige Verrechnung vereinbart haben, kann die Klägerin nichts für sich herleiten.

3.) a) Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin zur Einlösung eines von dem Beklagten angenommenen, zum 28. April 1960 zahlbar gestellten Wechsels über 21.500 DM einen auf das Konto 4 gezogenen Scheck über 12.000 DM und den auf das Konto 5 gezogenen Scheck Nr. 634 233 über 9.597,45 DM verwendet.

Den empfangenen Betrag von 21.500 DM hat die Klägerin dem Bauvorhaben 5, also dem Beklagten, gutgebracht. Auf der anderen Seite hat sie aber einen weiteren, am 18. Mai 1960 auf das Konto 5 gezogenen Scheck über 15.061 DM ganz für das Bauvorhaben 4 (Bauherr Lo[REDACTED]) verwendet, obwohl dieser Scheck ihr unstreitig für das Bauvorhaben 5 gegeben worden war.

Nach dem zu 2) Ausgeführten war die Klägerin verpflichtet, nicht nur den Betrag von 9.597,45 DM, sondern auch die 15.061 DM für das Bauvorhaben 5 zu verwenden. Das ist aber nur in Höhe von 21.500 DM geschehen, so daß, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler annimmt, der Beklagte eine Gutschrift für das Bauvorhaben 5 noch in Höhe von 3.158,45 DM (9.597,45 + 15.051 abzgl. 21.500 DM) beanspruchen kann.

Wenn die Klägerin in ihrer Revision meint, der erst am 18. Mai 1960 hingeebene Scheck könne nicht zur Einlösung des bereits am 28. April 1960 fälligen Wechsels gedient haben, so liegt das neben der Sache, weil die Klägerin die ihr zur Wechseleinlösung gegebenen Schecks entsprechend ihrer erkennbaren Herkunft für die einzelnen Bauvorhaben verwenden mußte. Abgesehen davon war die Klägerin auch schon deshalb in jedem Fall verpflichtet, die 15.061 DM für die Forderung aus dem Bauvorhaben 5 zu verwenden, weil W[REDACTED] dies im Auftrag des Beklagten ihr gegenüber bei der Ablieferung des Schecks ausdrücklich so bestimmt hatte (BU S. 6).

b) Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte weiter am 8. August 1960 auf das Konto 5 einen Barscheck Nr. 638 709 in Höhe von 10.000 DM gezogen. Er hat diesen Scheck nicht unmittelbar der Klägerin, sondern dem Zedenten W[REDACTED] übergeben, der

ihn dem Beklagten gegenüber als "für die L[REDACTED]straße [REDACTED]" erhalten quittierte. W[REDACTED] löste den Scheck bei der Sparkasse der Stadt B[REDACTED]-West ein und überbrachte der Klägerin den Barbetrag zur Einlösung eines vom Beklagten angenommenen, zum 12. August 1960 zahlbar gestellten Wechsels. Die Klägerin verwendete diesen Betrag nicht für die Forderung aus dem Bauvorhaben 5.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß sie dies hätte tun müssen, weil die 10.000 DM aus Mitteln des Kontos 5 stammten.

Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe der Klägerin sind begründet.

Die Klägerin konnte nicht erkennen, aus welchem Konto das ihr von W[REDACTED] überbrachte Bargeld stammte. Es ist nach den bisherigen Feststellungen auch nicht ersichtlich, daß die Klägerin auf andere Weise die Herkunft des Geldes erfahren hat.

Auch die Auffassung des Kammergerichts, die Klägerin könne sich wegen der Verwendung der 10.000 DM nicht auf ihr Schreiben vom 1. November 1960 berufen, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Die Klägerin hat in diesem Schreiben dem Beklagten eine genaue Aufstellung der von ihr diskontierten Wechsel gegeben und sie auf die einzelnen Bauvorhaben verteilt. Dabei hat sie für den hier in Frage stehenden Wechsel über 10.000 DM per 12. August 1960 als Verwendungszweck das Bauvorhaben L[REDACTED]straße [REDACTED] angegeben. Auf dieses Schreiben hat der Beklagte am 2. November 1960 geantwortet.

Er beanstandet darin die Verwendung eines anderen, zum 24. April 1960 zahlbar gestellten Wechsels für das Bauvorhaben 3, da dieser Wechsel in Wirklichkeit das Bauvorhaben 5 betreffe. (Dieser Beanstandung hat die Klägerin auch stattgegeben). Das Schreiben schließt mit den Worten:

"... Ich hoffe, daß ich diesen Punkt nun restlos klargestellt habe, und bitte darum, daß der Ordnung wegen Ihre Wechselaufstellung entsprechend berichtigt wird. ..."

Wegen des in dem Schreiben der Klägerin angegebenen Verwendungszwecks der übrigen Wechsel enthält der Brief des Beklagten keine Beanstandungen oder Vorbehalte. Hieraus folgert die Klägerin ihre Berechtigung, den zur Einlösung des Wechsels vom 12. August 1960 empfangenen Barbetrag für das Bauvorhaben 4 zu verwenden.

Das Berufungsgericht meint dagegen, die Klägerin könne aus dem Schweigen des Beklagten zu dem von ihr angegebenen Verwendungszweck dieses Wechsels keine Rechte herleiten, denn die über das Schweigen im Rechtsverkehr von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze könnten hier nicht zum Nachteil des Beklagten angewandt werden, weil dieser kein Kaufmann sei.

Dem kann nicht gefolgt werden. Denn der Beklagte hat auf das Schreiben der Klägerin nicht geschwiegen. Er hat vielmehr auf die ihm unter dem 1. November 1960 übersandte Aufstellung umgehend geantwortet und in diesem Brief die Verwendung eines anderen Wechsels für das Bauvorhaben 3 statt 5 mit einer eingehenden Begründung beanstandet. Wenn er dann wegen der anderen Wechsel keine Beanstandungen oder Vorbehalte geltend machte, so kann das nicht anders aufgefaßt werden, als daß er mit dem von der Klägerin angegebenen Ver-

wendungszweck der übrigen Wechsel und damit der auf diese geleisteten Zahlungen sich einverstanden erklärt habe.

Der Senat ist allerdings nicht in der Lage, wegen der Verwendung der 10.000 DM schon eine abschließende Entscheidung zu treffen. Denn der Beklagte hat in seinem Schriftsatz vom 24. Januar 1963, S. 18 f, vorgetragen und unter Beweis gestellt, er habe am 2. November 1960 - also am selben Tage, an welchem er sein Antwortschreiben verfaßte - auch noch den Direktor K[REDACTED] angerufen und den Mitteilungen der Klägerin in deren insgesamt 4 Schreiben vom 1. November auch im übrigen widersprochen. Es sei zu einer erregten Auseinandersetzung gekommen, die zu keiner Einigung geführt habe. Hierzu wird der Tatrichter noch die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben.

4.) Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Finke