

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 225/63

URTEIL

Verkündet am
15. November 1965
Horn, Justiz-
obersekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma K [REDACTED], Reederei und Kohlenhandel GmbH.,
H [REDACTED], S [REDACTED] - [REDACTED], gesetzlich vertreten durch
ihre Geschäftsführer Kurt C [REDACTED] und Hermann R [REDACTED],
beide in H [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

Hans S [REDACTED], Holzbearbeitungswerkstätten,
W [REDACTED], K [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

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

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Nürnberg vom 14. Mai 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 schloß am 10. Juli 1954 mit dem Bauunternehmer Dansmann einen schriftlichen "Pauschalvertrag", in dem dieser sich verpflichtete, für den Beklagten zum Preise von 122.640 DM ein Haus schlüsselfertig zu erstellen. Dansmann begann mit den Bauarbeiten im August 1954.

Durch schriftliche Erklärung vom 9. Februar 1955 trat er aus seiner "bestehenden und noch zu erwartenden Forderung" einen Betrag von 12.409,78 DM an die Klägerin ab. In der Erklärung bat er den Beklagten, der Klägerin "unter Angabe des Zahlungstermins zu bestätigen, daß der oben genannte Betrag an diese zur Auszahlung gebracht wird".

- 3 -

Der Beklagte vermerkte auf dieser Abtretungserklärung:
"Abtretung anerkannt, falls Forderungen entstehen!

Hans S. [REDACTED]

Hannover 17.2.1955."

Im Juni 1955 waren die Arbeiten an dem Haus noch nicht beendet. Der Beklagte forderte D. [REDACTED] am 20. Juni 1955 auf, die restlichen Arbeiten in 8 Tagen fertigzustellen. D. [REDACTED] lehnte es jedoch ab, die ihm gesetzte Frist einzuhalten. Inzwischen war gegen ihn ein gerichtliches Vergleichsverfahren eröffnet worden. Daraufhin kündigte ihm der Beklagte den Bauvertrag mit Schreiben seines Architekten vom 30. Juli 1955. D. [REDACTED] nahm diese Kündigung widerspruchslos hin. Die Arbeiten am Haus des Beklagten wurden durch einen anderen Bauunternehmer beendet.

Mit der Klage macht die Klägerin die ihr abgetretene Forderung geltend und beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 12.409,78 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte wendet ein, die Klageforderung sei noch nicht fällig, da D. [REDACTED] keine nachprüfbare vertragsgemäße Abrechnung erstellt habe und daher keine Abnahme habe erfolgen können. Vorsorglich hat er mit Gegenforderungen aufgerchnet, die er u.a. damit begründet, daß er 29.797,99 DM zuviel gezahlt habe.

Demgegenüber behauptet die Klägerin, die Schlußrechnung habe nicht erstellt werden können, da D. [REDACTED] nicht die erforderlichen Unterlagen vom Beklagten erhalten habe. Dieser habe nämlich verschiedene Handwerker selbst bezahlt, es jedoch unterlassen, ihm davon Rechnungen zu übermitteln. Der Beklagte schulde noch 39.383,63 DM, mindestens aber den eingeklagten Betrag. Er habe nach der Abtretung noch Zahlungen an D. [REDACTED] geleistet, die der Klägerin gebührt hätten.



Der Beklagte erwidert, er habe am 4. Juli 1956 dem Vergleichsverwalter eine Aufstellung der Beträge übersandt, die er selbst an die Handwerker gezahlt habe. D. [REDACTED] sei also imstande gewesen, die Schlußrechnung aufzustellen. Zur Zeit der Abtretung habe D. [REDACTED] keine fällige Forderung gegen ihn gehabt. Was nach der Abtretung noch gezahlt worden sei, sei auf Grund einer am 18. Februar 1955 mit D. [REDACTED] und Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] getroffenen Vereinbarung an den letzteren geleistet worden, der die für die Entlohnung der Arbeiter und die Bezahlung der Lieferanten benötigten Beträge als Treuhänder erhalten und an die Arbeiter und Lieferanten weitergeleitet habe. Er habe diese Beträge freiwillig vorausgezahlt; D. [REDACTED] habe keinen Anspruch auf sie gehabt.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Anspruch auf Zahlung von 12.409,78 DM nebst Zinsen weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach Nr. 28 des Pauschalvertrages vom 10. Juli 1954 können Forderungen des Auftragnehmers nicht an dritte Personen abgetreten werden. Das Berufungsgericht führt aus, die Abtretung sei gleichwohl wirksam, weil der Beklagte ihr mit dem am 17. Februar 1955 auf die Abtretungs-erklärung gesetzten Vermerk zugestimmt habe.

1.) Abgetreten ist nach Ansicht des Berufungsgerichts infolge des vom Beklagten gemachten Zusatzes "falls Forderungen entstehen" nur ein künftig fällig werdender Teil der Forderung.

Hiergegen wendet sich die Revision. Sie meint, auch die zur Zeit der Abtretung bereits bestehende Forderung - gemeint ist der damals schon fällige Teil der Forderung - sei abgetreten.

Mit diesem Angriff könnte die Revision nur dann etwas gewinnen, wenn sie zugleich darlegte, daß D. [REDACTED] im Zeitpunkt der Abtretung eine fällige Forderung hatte. An dieser Darlegung fehlt es.

Im übrigen kann die Auslegung des Berufungsgerichts, es sei nur ein künftig fällig werdender Forderungsteil abgetreten, aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden.

Die Abmachung des Beklagten mit Dansmann und Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] vom 18. Februar 1955 enthält nichts, was zu einer anderen Auslegung zwänge. Die Revision vertritt in anderem Zusammenhang selbst die Auffassung, daß dieses Abkommen, weil die Klägerin an ihm nicht beteiligt gewesen sei, für den Inhalt der Abtretung nicht maßgebend sei. Die Abtretungserklärung vom 9. Februar 1955 spricht allerdings auch von der "bestehenden" Forderung. Die Abtretung war aber wegen des Abtretungsverbots nur insoweit wirksam, als der Beklagte ihr zustimmte. Nach der das Revisionsgericht bindenden Feststellung des Berufungsgerichts hat der Beklagte mit dem Zusatz "falls Forderungen entstehen" zum Ausdruck gebracht, daß seine Genehmigung sich nur auf künftig fällig werdende Teile der Forderung bezog.

2.) Das Berufungsgericht legt ferner die Abtretung dahin aus, daß der letzte Teil der Pauschalforderung von 122.640 DM abgetreten sei, also die 12.409,78 DM, die nach Zahlung von 110.230,22 DM noch verblieben. Es führt aus, die gesamten Umstände ergäben, daß D. [REDACTED] und der Beklagte,

dessen Genehmigung für die Wirksamkeit der Abtretung maßgebend gewesen sei, diese letzten 12.409,78 DM hätten abtreten wollen. Das zeige ihre am 18. Februar 1955 mit Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] getroffene Abmachung, die das Ergebnis von mindestens seit Anfang Februar geführten Verhandlungen gewesen sei. Nach dieser Abmachung habe der Beklagte sofort Zahlungen ausschließlich an Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] leisten sollen. In der Abmachung sei die Abtretung an die Klägerin in der Weise erwähnt, daß die 12.409,78 DM "aus den zukünftigen Forderungen aus der Bauvollendung" abgetreten seien. Hiernach seien die Zahlungen an Rechtsanwalt W. [REDACTED] vorgegangen.

Die Revision greift diese Ausführungen mit Erfolg an.

D. [REDACTED] hat den Beklagten in der Abtretungserklärung aufgefordert, die nach dem Pauschalvertrag ausgeschlossene Abtretung durch seine Zustimmung wirksam zu machen. Es ist wahrscheinlich und jedenfalls zugunsten der Revision zu unterstellen, daß der Beklagte seine Zustimmung gegenüber der Klägerin erklären sollte und auch erklärt hat. Dann kommt es, da die Abtretung mit der Zustimmung wirksam wurde, darauf an, wie die Klägerin als Empfänger der Erklärung diese verstehen mußte. Hierbei könnten die Abmachung vom 18. Februar 1955 und die ihr vorausgegangenen Verhandlungen für die Auslegung nur dann bedeutsam sein, wenn sie der Klägerin bekannt gewesen wären. Darüber ist bisher nichts festgestellt. Damit ist der Auslegung des Berufungsgerichts, das seine Auffassung, der letzte Teil der Forderung sei abgetreten, allein auf die Abmachung vom 18. Februar 1955 und die zugehörigen Verhandlungen stützt, der Boden entzogen.

3.) Die Revision meint, nicht die letzte, sondern die nächste fällige Rate sei abgetreten. Sie folgert das daraus,

daß der Beklagte der Klägerin unter Angabe des Zahlungs-
termins bestätigen sollte, der abgetretene Betrag werde
an sie zur Auszahlung gebracht. Nach der Sachlage sei die
Angabe eines Zahlungstermins nur für die nächste Rate in
Betracht gekommen.

Nach diesen von der Revision angeführten Gesichtspunkten
muß das Berufungsgericht seine Auslegung nochmals überprüfen.
Möglicherweise wäre es zu dem von der Revision gewünschten
Auslegungsergebnis gekommen, wenn es sich, was es bisher
nicht getan hat, mit der Bedeutung der Worte "unter Angabe
des Zahlungstermins" befaßt hätte.

4.) Eine neue tatrichterliche Würdigung kann ergeben,
daß weder für eine Abtretung der letzten noch für eine Ab-
tretung der nächsten Rate genügend Anhaltspunkte gefunden
werden. Dann ist davon auszugehen, daß der abgetretene und
der dem Zedenten verbleibende Teil der Forderung gleichen
Rang haben. Das Berufungsgericht führt die Entscheidung des
Reichsgerichts in JW 1914, 528 an, nach der der Zedent
regelmäßig dem Zessionar kein Vorrecht vor dem ihm ver-
bleibenden Rest einräumen will (vgl. auch RGZ 149, 96, 98).
Diese Rechtsprechung besagt aber nicht, daß umgekehrt der
beim Zedenten verbleibende Rest der Forderung Vorrang habe.
Vielmehr ist gleicher Rang der Forderungsteile anzunehmen,
und das bedeutet, daß eine Teilzahlung dem Zedenten und
dem Zessionar im Verhältnis der ihnen zustehenden Forderungs-
teile gebührt (vgl. RG Warneyer 1911 Nr. 192).

II.

1.) Das Berufungsgericht führt aus, es lasse sich nicht
mehr ermitteln, in welcher Höhe D. eine fällige
Forderung erlangt habe und ob sie insbesondere 110.230,22 DM

übersteige. Gemäß Nr. 16, 18 und 21 des Pauschalvertrags habe er nur Anspruch auf Vergütung auf die tatsächlich geleisteten Arbeiten auf Grund eines von ihm und dem Architekten gemeinsam genommenen Aufmaßes und gemäß der binnen 4 Wochen nach Beendigung der Arbeiten einzureichenden Schlußrechnung. Das Aufmaß sei nicht genommen und eine nachprüfbare Schlußrechnung nicht erstellt worden. Die Klägerin habe selbst erklärt, es sei unmöglich, die Schlußrechnung zu erstellen. Der Versuch des Gerichts, D [REDACTED] und den Architekten zu einer gemeinsamen Abrechnung zu veranlassen und die Leistungen D [REDACTED] durch ein Sachverständigengutachten zu ermitteln, sei mißlungen. Trotz jahrelanger Bemühungen sei es dem Gericht nicht möglich gewesen, wenigstens im Wege der Schätzung zu einer Abrechnung zu gelangen. Dafür bestehe jetzt überhaupt keine Aussicht mehr.

2.) Die Revision greift diese Ausführungen mit verschiedenen Rügen an. Sie brauchen nicht im einzelnen erörtert zu werden. Jedenfalls ist der Revision zuzugestehen, daß das Oberlandesgericht die Höhe der Forderung unter dem Gesichtspunkt geprüft hat, daß die letzte Rate der Pauschalvergütung abgetreten sei, und deshalb die Frage nicht entschieden hat, ob eine 110.230,22 DM übersteigende Forderung D [REDACTED] entstanden ist. Nach dem unter I Ausgeführten ist dieser Ausgangspunkt für die Revisionsinstanz als unrichtig zu unterstellen.

Mit den Ausführungen des Berufungsgerichts ist noch nicht die Möglichkeit verneint, eine Mindestforderung D [REDACTED] zu ermitteln, die die Klage wenigstens als teilweise begründet erscheinen läßt, wenn die Abtretung anders als bisher ausgelegt wird. Nach dem auf S. 14 BU erwähnten

"Protokoll" vom 12. November 1954 hatte D [REDACTED] bis dahin eine Forderung von 61.500 DM erworben. Nach dem Akteninhalt kann auch davon ausgegangen werden, daß er für die 12.850 DM, die der Beklagte über Rechtsanwalt Dr. W [REDACTED] gezahlt hat, Bauleistungen erbracht hat. Ob noch weitere Leistungen D [REDACTED] nach dem 12. November 1954 feststellbar sind, muß dem Tatrichter überlassen werden; hingewiesen sei noch auf den mit Schriftsatz der Klägerin vom 24. Mai 1957 überreichten Kontoauszug.

III.

Vor allem hat aber das Berufungsgericht infolge seiner Auslegung, die letzte Rate sei abgetreten, sich nicht damit befaßt, ob die Klage nicht deshalb Erfolg haben kann, weil der Beklagte nach der Abtretung noch Zahlungen an D [REDACTED] statt an die Klägerin geleistet hat. Nach S. 14 BU hat er vorgetragen, auf Grund des Abkommens vom 18. Februar 1955 an Rechtsanwalt Dr. W [REDACTED] 12.850 DM gezahlt zu haben. Im Urteil des Landgerichts (Bl. 129) heißt es, der Beklagte habe nach der Abtretung noch 8.403,26 DM "an D [REDACTED] persönlich" gezahlt. Ob dieser Betrag in den 12.850 DM enthalten ist oder über sie hinaus geleistet worden ist, ist nicht geklärt.

Wenn aber der an die Klägerin abgetretene Forderungsteil Vorrang vor dem Rest der Forderungen hatte, gebührten diese Zahlungen ihr, und wenn die beiden Forderungsteile gleichrangig waren, gebührte ihr von den Zahlungen des Beklagten die sich aus dem Verhältnis der beiden Forderungsteile ergebende Quote. Insoweit ist der Beklagte durch Zahlung an D [REDACTED] nicht befreit worden. § 407 Abs. 1 BGB greift nicht zu seinen Gunsten ein, da er die Abtretung kannte.

Das alles gilt auch, soweit der Beklagte nicht unmittelbar an D[REDACTED], sondern an Rechtsanwalt Dr. W[REDACTED] gezahlt hat. Denn auch diese Zahlungen dienten der Begleichung von Bauleistungen D[REDACTED] aus dem mit dem Beklagten geschlossenen Werkvertrag, wurden also auf eine Forderung geleistet, die in Höhe von 12.409,78 DM an die Klägerin abgetreten war. Das Abkommen vom 18. Februar 1955 braucht die Klägerin, die an ihm nicht beteiligt war, nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn die Abtretung an sie mit Vorrang oder gleichen Rang für sie geschehen ist. Es hat, wie unter I 2 ausgeführt, allenfalls Bedeutung für die Frage, ob die Abtretung dahin ausgelegt werden kann, daß ihr die letzte Rate abgetreten ist.

IV.

Sollte sich aus den unter den zu II und III angeführten Gesichtspunkten ergeben, daß das Bestehen der abgetretenen Forderung ganz oder teilweise zu bejahen ist, so wird das Berufungsgericht noch auf die vom Beklagten geltend gemachten Gegenforderungen einzugehen haben. Neben einem Vertragsstrafanspruch und Hinderungsansprüchen hat er der Klageforderung einen Anspruch wegen Überzahlung in Höhe von 29.797,99 DM (S. 13 BU) entgegengesetzt. Letzteren begründet er zum wesentlichen Teil damit, daß er Aufwendungen für die Arbeiten anderer Handwerker gehabt hat, die den Bau nach der Auflösung seines Vertrags mit Dansmann vollendet haben (vgl. S. 14 BU und die Aufstellung des Beklagten vom 13. November 1956, Bl. 234 d.A.). Wenn für den Beklagten hierwegen ein Schadensersatzanspruch gegen D[REDACTED] entstanden ist, so kann er diesen Anspruch wie andere aus dem Bauvertrag herrührende Ansprüche der Klägerin entgegenhalten; dem steht nicht entgegen, daß der Schaden erst nach der Abtretung entstanden ist (BGHZ 25, 27, 29; BGH LM Nr. 3 zu § 326 (Ea) BGB).

Nach allem ist die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Finke