

Verkündet
am 30. Mai 1963
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2188 046

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

In dem Rechtsstreit.

der Frau Irene von S [REDACTED] geb. von M [REDACTED], F [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren Bevollmächtigten,
den Immobilienmakler Bruno G [REDACTED], B [REDACTED], S [REDACTED]
straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die G [REDACTED] W [REDACTED] eGmbH., B [REDACTED]
W [REDACTED], B [REDACTED] Str. [REDACTED], vertreten durch
ihren Vorstand, die Herren K [REDACTED] und S [REDACTED], ebenda,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 30. Mai 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel,
Dr. Heimann-Trosien, Hubert Meyer und Dr. Vogt
für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 16. Zivilsenats des Kammergerichts vom 27. No-
vember 1961 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin eines Grundstücks in B[REDACTED]. Ihr Bevollmächtigter, der Immobilienmakler G[REDACTED], beauftragte am 29. April 1960 den Bauunternehmer W[REDACTED], auf diesem Grundstück ein Gebäude zu errichten. Der Werklohn sollte 167.405 DM betragen. Auf das Vertragsverhältnis sollten die Vorschriften der Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B (VOB) anwendbar sein.

Am 2. Mai 1960 trat Wuttke seine Werklohnforderung an die beklagte Bank zur Sicherung der ihm gewährten und noch zu gewährenden Kredite ab.

Die Klägerin zahlte an die Beklagte am 2. Juni und 5. August 1960 insgesamt 67.900 DM. Weitere 10.000 DM, die von der Klägerin stammten, ließ W[REDACTED] durch eine Angestellte bei der Beklagten einzahlen. Schließlich erhielt die Beklagte einen von W[REDACTED] ausgestellten und von G[REDACTED] angenommenen Wechsel über 20.000 DM, der mit Mitteln der Klägerin am 2. November 1960 eingelöst wurde.

Wuttke stellte im September 1960 seine Zahlungen ein. Kurz darauf wurde das Konkursverfahren über sein Vermögen eröffnet. Die Klägerin kündigte darauf den Bauvertrag gemäß dem § 8 Ziff. 2 VOB (B). Sie ist der Meinung, daß sie die Forderung W[REDACTED]s um 16.395,01 DM überzahlt habe und daß die Beklagte hierfür aus ungerechtfertigter Bereicherung hafte (§ 812 BGB). Mit der Klage hat sie einen Teilbetrag von 7.000 DM nebst Zinsen geltend gemacht, und zwar 604,99 DM wegen des Betrags von

10.000 DM, den W. der Bank durch seine Angestellte hatte übergeben lassen, und den Rest von 6.395,01 DM wegen der sonstigen Überzahlung.

Die Beklagte hat Klageabweisung erbeten. Sie ist der Ansicht, daß der Betrag von 10.000 DM und die Wechselsumme von 20.000 DM nicht auf die abgetretene Forderung anzurechnen seien. Vorsorglich trägt sie vor, daß gegen sie aus Rechtsgründen keine Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung bestünden.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage in Höhe von 6.395,01 DM abgewiesen. Dieses Urteil hat das Kammergericht bestätigt.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Anspruch auf Zahlung von 6.395,01 DM weiter. Die Beklagte bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Kammergericht würdigt den Sachverhalt dahin, daß G. seine Erklärungen als Vertreter der Klägerin abgegeben habe. Der Beklagten sei, so führt es weiter aus, bekannt gewesen, daß er im fremden Namen gehandelt habe. Der zur Einlösung des Wechsels aufgewandte Betrag von 20.000 DM sei daher als Zahlung der Klägerin auf die Werklohnforderung anzurechnen, die W. an die Beklagte abgetreten habe.

Diese Ausführungen, die den von der Klägerin vertretenen Standpunkt bestätigen, lassen keinen Rechtsirrtum erkennen.

II.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die Zahlung aber nicht ohne rechtlichen Grund erfolgt. Dieser rechtliche Grund sei, so legt es dar, in dem zwischen W [REDACTED] und der Klägerin geschlossenen Werkvertrag zu erblicken. Daran ändere der Umstand nichts, daß der Werklohn erst im Laufe der Bauzeit gemäß dem § 16 VOB (B) in Raten fällig geworden sei. Schließlich sei der rechtliche Grund auch nicht nachträglich weggefallen.

Die Revision ist der Ansicht, daß diese Ausführungen mit dem § 16 VOB (B) in Widerspruch stünden. Ihre Rüge ist jedoch unbegründet.

1. Wuttke hat den mit der Klägerin geschlossenen Werkvertrag nur zum Teil erfüllt. Die weitere Ausführung ist unterblieben, nachdem die Klägerin das Abkommen gemäß der Ziff. 2 des § 8 VOB (B) gekündigt hatte.

Diese Kündigung hatte nicht zur Folge, daß das gesamte Vertragsverhältnis umgestaltet wurde, wie es bei einer entsprechenden Erklärung des Konkursverwalters gemäß dem § 17 KO der Fall gewesen wäre. Vielmehr blieb der Vertrag bestehen, soweit Wuttke seine Leistungen erbracht hatte. Das folgt aus dem S. 2 der Ziff. 2 des § 8 i.V. mit dem § 6 Ziff. 5 VOB (B), wonach die ausgeführten Teile nach den Vertragspreisen abzurechnen sind. Nur wegen des Restes steht dem Bauherrn ein Schadensersatzanspruch zu (§ 8 Ziff. 2 S. 3 VOB (B)).

Vorliegend sind die Leistungen W [REDACTED]s nach den eigenen Behauptungen der Klägerin in der Klageschrift

mit 94.894,99 DM (bei richtiger Berechnung mit 95.108,92 DM) anzusetzen. Ihre Zahlungen betragen nach ihrer Behauptung 97.900 DM; hiervon ist die am 3. August 1960 geleistete Barzahlung von 10.000 DM abzusetzen, da sie noch in der Tatsacheninstanz rechtshängig ist.

Somit stehen den von W. ausgeführten Arbeiten im Werte von 94.894,99 (95.108,92) DM Zahlungen der Klägerin in Höhe von nur 87.900 DM gegenüber. Sie hat damit also ihre Schuld aus den geleisteten Arbeiten noch nicht voll getilgt. Demnach könnte sie Rückzahlungsansprüche gegen die Beklagte nur geltend machen, wenn diese für die Schadensersatzansprüche einzustehen hätte, die der Klägerin gegen W. aus dem zweiten nicht ausgeführten Vertragsteil erwachsen sind.

2. Das ist nicht der Fall.

a) Ein Bereicherungsanspruch der Klägerin aus dem § 812 BGB käme nur in Frage, wenn ein entsprechender Tatbestand gegeben wäre. Daran fehlt es hier.

Der nicht ausgeführte Teil des Werkvertrags ist nicht ersatzlos weggefallen. Vielmehr sind an seine Stelle Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen Wuttke oder die Konkursmasse getreten, die gemäss dem § 326 BGB abzurechnen sind (BGHZ 15, 333, 336). Für Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung ist daneben kein Raum (vgl. Urt. d. Sen. NJW 1963, 806).

b) Ob die Klägerin befugt gewesen wäre, die Bezahlung der ausgeführten Arbeiten an die Beklagte im Hinblick auf ihren Schadensersatzanspruch für den Rest gemäß

dem § 404 BGB zu verweigern, kann dahinstehen.

Denn wenn sie einmal gezahlt hat, gewährt ihr der § 404 BGB kein Rückforderungsrecht. Dieses könnte allein aus den sonstigen Vorschriften des bürgerlichen Rechts, z.B. denen des Vertragsrechts oder der ungerechtfertigten Bereicherung gemäß dem § 812 BGB hergeleitet werden. Solche Ansprüche bestehen nicht. Die Beklagte ist weder Schuldnerin der Schadensersatzforderung, die die Klägerin gegen Wuttke oder die Konkursmasse hat, noch haftet sie in Ermangelung eines entsprechenden Tatbestands aus dem § 812 BGB.

c) Die Revisionsklägerin beruft sich, wie bereits erwähnt, darauf, daß ihr eine aufrechenbare Gegenforderung zugestanden habe, deren Berücksichtigung gemäß dem § 16 Ziff. 1 Abs. 2 VOB (B) zulässig gewesen sei. Sie macht damit geltend, daß der Tatbestand des § 813 Abs. 1 S. 1 BGB vorgelegen habe.

Damit hat sie keinen Erfolg. Nach dem § 813 Abs. 1 S. 1 BGB kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete zurückgefordert werden, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch die dessen Geltendmachung dauernd ausgeschlossen wurde. Vorliegend stand der Klägerin allerdings eine aufrechenbare Gegenforderung zu, als sie am 2. November 1960 den hier maßgebenden Betrag von 20.000 DM zahlte (vgl. insoweit BGHZ 36, 316).

Die Frage, ob eine solche Aufrechnungsbefugnis als Einrede i.S. des § 813 Abs. 1 S. 1 BGB zu behandeln ist, ist streitig (verneinend RGZ 120, 280; bejahend RGRK 11. Aufl., § 813 Anm. 5 mit weiteren Nachw.). Einer Stellungnahme dazu bedarf es aber nicht. Denn

Schrifttum und Rechtsprechung sind sich jedenfalls darin einig, daß eine solche den Bereicherungsanspruch nach dem § 813 Abs. 1 BGB auslösende Einrede nicht vorliegt, wenn der Schuldner bei der Zahlung wußte, daß er aufrechnen konnte.

Diese Kenntnis hatte die Klägerin am 2. November 1960. Damals stand nämlich bereits fest, daß sie wegen des nicht ausgeführten Teils der Arbeiten Schadensersatzansprüche hatte, und ihr war dies auch bekannt. Das ergibt sich unmissverständlich aus dem von der Revision selbst erwähnten Schreiben G[REDACTED]s an die Beklagte vom 18. Oktober 1960, in dem er auf solche Ansprüche hinweist.

Wenn die Klägerin trotz dieser Kenntnis nicht aufgerechnet, sondern gezahlt hat, so ist es ihr in jedem Falle verwehrt, sich auf die damals vorhanden gewesene Aufrechnungslage zu berufen.

3. Schließlich meint die Revision, das Kammergericht habe nicht hinreichend das Schreiben der Beklagten vom 21. Oktober 1960 berücksichtigt. Darin habe diese anerkannt, daß sie aus der Abtretung nur das zu fordern habe, was W[REDACTED] zustehe.

Die Rüge ist ebenfalls unbegründet. Das Schreiben wäre nur erheblich, wenn daraus entnommen werden könnte, daß sich die Beklagte mit einer Aufrechnung von Schadensersatzansprüchen der Klägerin gegen W[REDACTED] mit Wirkung gegen sie, die Beklagte, einverstanden erklärt hätte. Das ergibt dieser Brief nicht. Das Kammergericht hat deswegen nicht gegen den § 286 ZPO verstossen, wenn es sich mit ihm nicht befaßt hat.

III.

Die Revision ist somit, da das Urteil auch sonst keinen die Klägerin beschwerenden Rechtsirrtum erkennen lässt, mit der sich aus dem § 97 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Glanzmann Rietschel Heimann-Trosien Meyer Dr. Vogt