

BUNDESGERICHTSHOF

2074 066.

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 24/65

URTEIL

Verkündet am

20. März 1967

Jodas

Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S [REDACTED] Kommanditgesellschaft in F [REDACTED],
H [REDACTED] str. [REDACTED], vertreten durch den persönlich haftenden Ge-
sellschafter Kaufmann Hermann E [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagter, Berufungs-
beklagter und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Ingenieur Willi S [REDACTED] in F [REDACTED], F [REDACTED] str.
[REDACTED],

Beklagten, Widerkläger, Berufungs-
kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt am Main vom 10. Dezember 1964 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1960 ließ die Klägerin in Frankfurt am Main den Neubau eines Geschäftshauses errichten. Ihre persönlich haftenden Gesellschafter waren damals die - inzwischen aus der Gesellschaft ausgeschlossenen und vermögenslos gewordenen - Architekten S. [REDACTED] und O. [REDACTED], die daneben ein gemeinsames Architekturbüro betrieben und für den Bau der Klägerin die Architektenaufgaben durchführten. Kommanditisten der Klägerin waren damals der jetzige persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin und seine Ehefrau.

Im Frühjahr 1960 beauftragte die Klägerin den Beklagten mit Installationsarbeiten an ihrem Bauvorhaben.

- 3 -

Der Beklagte führte die Arbeiten aus und erteilte darüber drei Rechnungen vom 8. August 1960 über 1.776,99 DM, 19. September 1960 über 19,90 DM und 11. November 1960 über 661,18 DM. Die erste Rechnung ist bezahlt, die beiden anderen über zusammen 681,08 DM stehen noch offen.

Im Juni und Juli 1960 forderte der Beklagte von der Klägerin dreimal schriftlich Akonto-Zahlungen an, und zwar:

am 1. Juni 1960	20.000 DM
am 21. Juni 1960	20.000 DM
am 18. Juli 1960	<u>10.000 DM</u>
zusammen	50.000 DM.

Die Architekten S [REDACTED] und O [REDACTED] versahen die Anforderungsschreiben des Beklagten mit dem von einem von ihnen unterzeichneten Vermerk: "Sachlich und rechnerisch geprüft". Die Schreiben gingen dann an die F [REDACTED]. Diese verwaltete damals die Mittel, welche für das Bauvorhaben der Klägerin bereitgestellt waren, insbesondere einen von der Bank gewährten Bauzwischenkredit. Aus dem Baukonto bei der Bank leistete diese bestimmungsgemäß Zahlungen nur unmittelbar an Bauhandwerker, und zwar auf Grund von Rechnungen, welche den Prüfvermerk der baulcitenden Architekten (S [REDACTED] und O [REDACTED]) trugen.

Auf Grund der mit dem Prüfvermerk versehenen Anforderungsschreiben des Beklagten überwies die Bank diesem alsbald die entsprechenden Beträge. Jeweils wenige Tage nach der Überweisung händigte der Beklagte dem Architekten O [REDACTED] Schecks über etwa gleiche Beträge aus, nämlich:



am 8. Juni 1960 über	6.000 DM
am 9. Juni 1960 über	13.200 DM
am 1. Juli 1960 über	20.800 DM
am 22. Juli 1960 über	<u>10.000 DM</u>
zusammen	50.000 DM.

Der Scheck über 20.800 DM gelangte an die Klägerin und wurde von dieser eingezogen, die weiteren drei Schecks über zusammen 29.200 DM wurden jedoch einem Konto der Architektengemeinschaft S [REDACTED] und O [REDACTED] gutgebracht, ohne daß die Klägerin den Gegenwert erhielt.

Die Klägerin hat behauptet, der Beklagte habe zu ihrem Nachteil mit S [REDACTED] und O [REDACTED] vorsätzlich zusammengewirkt (Komplott), um diesen die Veruntreuung der 29.200 DM zu ermöglichen. Sie hat von den 29.200 DM den unstreitigen Restwerklohn des Beklagten von 681,08 DM, aufgerundet auf 682 DM, abgesetzt und hat demgemäß mit der Klage vom Beklagten Zahlung von 28.518 DM nebst Zinsen gefordert.

Der Beklagte hat behauptet, er habe die Akonto-Zahlungen mit Rücksicht auf einen Auftrag in der Größenordnung von mindestens 100.000 DM angefordert (Herstellung der gesamten Be- und Entwässerungsanlage im Bauvorhaben der Klägerin). Diesen Auftrag habe ihm O [REDACTED] in Namen der Klägerin dreimal mündlich erteilt, ihn aber jedes Mal wenige Tage danach widerrufen. Demgemäß habe er (Beklagter) nach jedem Widerruf die jeweilige Akonto-Zahlung durch Scheck wieder an die Klägerin, vertreten durch O [REDACTED], zurückgezahlt. Ihm sei nicht bekannt gewesen, daß S [REDACTED] und O [REDACTED] unzuverlässig und vermögenslos gewesen seien.

Der Beklagte hat Widerklage auf Zahlung seines Restwerklohns von 681,08 DM nebst Zinsen erhoben.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat umgekehrt die Klage abgewiesen und der Widerklage im wesentlichen (bis auf eine geringfügige abgewiesene Zinsmehr- forderung zur Widerklage) stattgegeben.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält den Klageanspruch weder aus unerlaubter Handlung (§ 826 BGB; § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 266, 246, 47, 49 StGB), noch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812, 819 BGB) für begründet. Denn Voraussetzung für alle diese Anspruchsgrundlagen sei der hier nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbare Umstand, daß der Beklagte, als er dem O [REDACTED] die Schecks übergab und dabei ausdrücklich darauf hinwies, die Scheckbeträge seien für die Klägerin bestimmt, gewußt oder doch wenigstens mit der Möglichkeit gerechnet und diese gebilligt hätte, S [REDACTED] und O [REDACTED] würden die Scheckbeträge nicht der Klägerin zuführen, sondern für sich verwenden. Das gelte auch dann, wenn man davon ausgehe, daß der Beklagte von der Klägerin nicht die von ihm behaupteten größeren Aufträge erhalten habe, was wenig wahrscheinlich sei, sondern daß er, was näher liege, allerdings auch nicht mit Sicherheit feststellbar sei, durch seine Geldanforderungen das von der Bank kreditweise bereitgestellte Baugeld zu Gunsten der Klägerin habe verfügbar machen wollen.

Das Berufungsgericht hält es somit für möglich, daß der Beklagte geglaubt hat, durch die oben beschriebene Manipulation sich an einer Täuschung der Bank zu Gunsten der Klägerin zu beteiligen, durch welche diese sich die freie Verfügung über die zweckgebundenen Mittel auf ihrem Baukonto habe verschaffen wollen. Von diesem - zu unterstellenden - Sachverhalt ist in der Revisionsinstanz auszugehen.

Das Berufungsgericht hält jedoch auch bei einem solchen Sachverhalt nicht für bewiesen, daß der Beklagte erkannt oder damit gerechnet und es gebilligt hätte, sich an einer schädigenden Handlung S [REDACTED] und O [REDACTED] zum Nachteil der Klägerin zu beteiligen. Der Beklagte habe vielmehr davon ausgehen dürfen, daß ein persönlich haftender Gesellschafter im Interesse seiner Kommanditgesellschaft handele und nicht in der Absicht, diese zu schädigen.

1.) Damit hat das Berufungsgericht in rechtsfehlerfreier Weise nicht nur Vorsatz, sondern auch Fahrlässigkeit des Beklagten in Bezug auf eine Schädigung der Klägerin verneint. Unter diesen Umständen braucht hier nicht entschieden zu werden, ob im Falle einer Fahrlässigkeit des Beklagten in dieser Richtung sich der Klageanspruch möglicherweise auf den rechtlichen Gesichtspunkt stützen ließe, daß der Beklagte durch seine Rückzahlungen an Olscher sich fahrlässig an einem Mißbrauch der Vertretungsmacht durch O [REDACTED] beteiligt hätte (vgl. BGH NJW 1966, 1911 mit Nachweisen).

2.) Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht keine vertraglichen Rückzahlungsansprüche der Klägerin gegen den Beklagten geprüft hat, die nach Meinung der Revision dann bestehen könnten, wenn die vom Beklagten gegebene Darstellung über eine "wirkliche Auftragserweiterung" zuträfe.

a) Die Rüge scheitert einmal daran, daß die Klägerin in den Vorinstanzen eine Auftragserweiterung stets bestritten hatte und daß das Berufungsgericht sie auch nicht feststellt.

b) Abgesehen davon ist die Rüge auch deswegen unbegründet, weil das Berufungsgericht festgestellt hat, daß der Beklagte die Rückzahlungsansprüche der Klägerin erfüllt hat, indem er O [REDACTED] die Schecks übergab mit der ausdrücklichen Weisung, diese seien für die Klägerin bestimmt. Sollten also vertragliche Zahlungsansprüche der Klägerin gegen den Beklagten bestanden haben, so wären auch sie durch Erfüllung erloschen.

3.) a) Unerheblich ist, ob in den Schecks die Klägerin als Berechtigte genannt war oder nicht, worüber in den Tatsacheninstanzen nichts behauptet war und festgestellt worden ist. Alle Schecks, die den üblichen Zusatz "oder Überbringer" tragen, sind Inhaberschecks (Art. 5 Abs. 2 Scheckges.). Die Klägerin hat nie behauptet, daß der Inhalt der Schecks hier von dem üblichen Vordruck abgewichen wäre.

b) Ob es sich um Bar- oder um Verrechnungsschecks gehandelt hat, ist ebenfalls nicht festgestellt. Auch dieser Umstand ist unerheblich. Selbst wenn es Barschecks gewesen sein sollten, war deswegen die Tilgungswirkung nicht ausgeschlossen, wie die Revision irrig annimmt.

Es stand dem Beklagten frei, ob er, der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kein Mißtrauen gegen O [REDACTED] zu hegen brauchte, die Forderungen der Klägerin durch Hingabe von Verrechnungsschecks oder von Barschecks an O [REDACTED] tilgte, wenn er nur unzweideutig zum

Ausdruck brachte, daß die Schecks für die Klägerin bestimmt waren, was nach der Feststellung des Berufungsgerichts geschehen ist. Der Gedankengang der Revision fußt darauf, daß der Beklagte dem O [REDACTED] doch hätte mißtrauen müssen. Damit greift die Revision in unzulässiger Weise in die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts ein.

c) Die Tilgungswirkung trat allerdings nicht schon im Zeitpunkt der Übergabe des Schecks an O [REDACTED], sondern erst mit der Einlösung der Schecks durch die bezogene Bank ein. Unerheblich für die Tilgungswirkung ist aber, ob der Einlösungsbetrag der Klägerin, oder ob er O [REDACTED] und S [REDACTED] persönlich zugeflossen ist. Das waren Vorgänge, die sich ganz in der Sphäre der Klägerin abspielten und auf die der Beklagte keinen Einfluß hatte.

4.) Die Revision kommt auf die Behauptung der Klägerin zurück, ihr stünde nach der eigenen Kontoführung des Beklagten noch ein Guthaben von 6.972,97 DM zu. Diese gänzlich unsubstantiierte Behauptung beruht lediglich auf einem vom Zeugen W [REDACTED] überreichten einzelnen Kontoblatt aus der Buchführung des Beklagten, dessen Soll- und Habenposten die Klägerin addiert und miteinander verglichen hat. Auf diese Weise läßt sich aber für sie ein Anspruch nicht schlüssig begründen.

5.) Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Rietschel

Meyer

Vogt

Finke