

046

V ZR 225/54

V e r k ü n d e t
am 4. Januar 1956
Hoffmeister, Justiz-
angestellter als Ur-
kundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma P [REDACTED] Stahlbau und Eisenhandel GmbH in B [REDACTED]
[REDACTED], G [REDACTED] str. [REDACTED] gesetzlich vertreten durch ihre Ge-
schäftsführer Dr. R [REDACTED] und Dr. Z [REDACTED] in P [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die B [REDACTED] V [REDACTED] ([REDACTED]), eingetragene Genossenschaft mit
beschränkter Haftpflicht, gesetzlich vertreten durch die Vor-
standsmitglieder, die Bankdirektoren Gerhard F [REDACTED] Artur
T [REDACTED], Eduard K [REDACTED] und Willi Q [REDACTED], in B [REDACTED]
[REDACTED], W [REDACTED] Str. [REDACTED]

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 4. Januar 1956 unter Mitwirkung des Senatsprä-
sidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Schuster, Dr. Oechßler,
Dr. Spieler und Dr. Dorschel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivil-
senats des Kammergerichts vom 22. Dezember 1953
wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die B [REDACTED], Bau-, Geräte- und Maschinen GmbH in B [REDACTED], S [REDACTED]strasse [REDACTED], (im folgenden B [REDACTED]) übernahm am 6. Oktober 1951 als Generalunternehmerin das Bauvorhaben der amerikanischen Militärregierung Sport-halle B [REDACTED], H [REDACTED]weg, zum Gesamtpreis von 928 000 DM. Die Klägerin lieferte und montierte dazu als Subunternehmerin in der Zeit vom 20. bis 31. Dezember 1951 Stahlkonstruktionen in Zusammenarbeit mit den Stahlbau-firmen D [REDACTED] Stahlbau GmbH in B [REDACTED] und K [REDACTED]-D [REDACTED] GmbH in B [REDACTED]. Für die Lie-fierungen und Leistungen der drei Firmen war ein Pauschal-preis von 109 863 DM vereinbart. Von diesem Betrag erhielt die Klägerin, die für die drei beteiligten Firmen feder-führend war, trotz Fertigstellung der Arbeiten und Ab-schlussrechnung über 98 526 DM nur am 26. Januar 1952 16 000 DM über die Beklagte ausbezahlt. Mit dem restlichen Betrag ist die Klägerin ausgefallen, da über das Vermögen der B [REDACTED] inzwischen das Vergleichsverfahren und am 29. November 1952 das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Nach dem Zusammenbruch der B [REDACTED] hat die ameri-kanische Militärregierung die Restarbeiten an die Sub-unternehmer direkt vergeben. Der Betrag von 928 000 DM ist voll zur Auszahlung gekommen.

Die B [REDACTED] hatte sich als Generalunternehmerin verpflichtet, die von der Bauherrin über das Besatzungs-kostenamt auf Grund vorgelegter Rechnungen empfangenen Zahlungen innerhalb von sechs Tagen an die Subunterneh-mer zur Auszahlung zu bringen.

Am 9. Oktober 1951 wandte sich der Geschäftsführer Gunia der B [REDACTED] an die Filiale W [REDACTED] der Beklagten, mit der er in geschäftlicher Verbindung stand, wegen der Vorfinanzierung und wegen eines Zwischenkredits. Am 13.

- 3 -

Oktober 1951 legte diese Filiale ein neues Konto "Zwischenfinanzierungskonto H. [REDACTED] weg" an. Die Kreditkommission der Zentrale der Beklagten lehnte zunächst den Kreditantrag der B. [REDACTED] ab und erklärte sich erst auf Veranlassung der amerikanischen Militärregierung bereit, die einzelnen Wochenrechnungen unter Bezugnahme auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Fall zu Fall zu beleihen. Darauf wurde am 31. Oktober 1951 ein Zwischenkredit von 50 000 DM bewilligt. Auf Verlangen der Militärregierung und des Besatzungskostenamts trat die B. [REDACTED] durch Urkunde vom 2. November 1951 ihre Gesamtforderung gegen das Besatzungskostenamt an die Beklagte ab.

Die Abrechnung stellte sich dann folgendermassen dar: Die Subunternehmer mussten der B. [REDACTED] nach Fertigstellung einzelner Teilabschnitte Rechnungen vorlegen, die diese unter Hinzusetzung ihres Anteils zu Gesamtwischenrechnungen zusammenfaßte und der amerikanischen Bauleitung vorlegte. Nach Prüfung der Rechnungen stellte das Besatzungskostenamt den jeweiligen Betrag der Beklagten zur Verfügung. Diese bevorschusste die Zwischenrechnungen derart, dass sie bereits gegen Vorlage der Rechnungskopien vor Eingang der Beträge Zahlungen an die B. [REDACTED] leistete.

Die Klägerin, ebenso wie die beiden anderen Stahlbaufirmen, hatten Bedenken wegen der Sicherheit ihrer Forderungen.

Am 6. Dezember 1951 machte die Klägerin der B. [REDACTED] Vorschläge über die Bezahlung der Stahlkonstruktionen, die dahin gingen, die B. [REDACTED] solle gleichzeitig mit Einreichung ihrer Rechnungsdurchschriften an die Beklagte dieser eine unwiderrufliche Zahlungsanweisung geben, so dass nach Eingang des Rechnungsbetrages bei der Beklagten der den drei Subunternehmern



aus der Rechnung zustehende Betrag von der Beklagten an die Subunternehmer überwiesen werde.

Am 7. Dezember 1951 verhandelten der Prokurist M. [REDACTED] und der Prokurist F. [REDACTED] der Firma K. [REDACTED] bei der Zentrale der Beklagten mit Direktor T. [REDACTED], dem Leiter der Kreditabteilung. Sie äußerten den Wunsch, die Beklagte möge sich verpflichten, die vom Besatzungskostenamt eingehenden Gelder nicht an die B. [REDACTED] auszusahlen, sondern direkt an die Subunternehmer. T. [REDACTED] lehnte das ab und schlug vor, die Klägerin möge die B. [REDACTED] veranlassen, der Beklagten eine unwiderrufliche Anweisung in Höhe des Rechnungsbetrages zu erteilen. Am 17. Dezember 1951 kamen daraufhin die Vertreter der Klägerin mit dem Alleingesellschafter und Geschäftsführer der B. [REDACTED] G. [REDACTED] zusammen, der sich verpflichtete, der Beklagten zugleich mit der Übersendung der Rechnungsdurchschläge der Stahlbaufirmen unwiderrufliche Zahlungsanweisung zu geben, bei Eingang des Rechnungsbetrages vom Besatzungskostenamt den auf die Stahlbaufirmen entfallenden Betrag direkt an die einzelnen Firmen zu überweisen. Die Klägerin legte dieses Ergebnis der Besprechung in einem Aktenvermerk nieder, den sie der B. [REDACTED] übersandte.

Die B. [REDACTED] schrieb an die Beklagte am selben Tage:

"Wir bitten Sie, davon Kenntnis zu nehmen, dass die Firma P. [REDACTED] Stahlbau.... als Subunternehmer im Bauvorhaben H. [REDACTED] weg fungiert.

Der Auftrag beläuft sich auf insgesamt ca. DM 105 000.

Wir beauftragen Sie, die von uns anerkannten und von uns zugestellten Rechnungsbeträge aus den für dieses Bauvorhaben von der geldgebenden Stelle zur Verfügung stehenden Mitteln an die obige Firma zu überweisen....

Wir verpflichten uns, Rechnungsbeträge nur innerhalb der uns frei zur Verfügung stehenden überwiesenen Mittel aus dem Bauvorhaben anzuerkennen. Wir werden veranlassen, daß Ihnen die Bankkonten der einzelnen Firmen noch gesondert zugehen."

Daraufhin richtete die Filiale W [REDACTED] der Beklagten unter dem 19. Dezember 1951 folgendes Schreiben an die Klägerin:

"Auf Grund der Mitteilung der Firma B [REDACTED] vom 17. Dezember 1951 haben wir davon Kenntnis genommen, daß Ihr Auftrag als Subunternehmer obiger Firma im Bauvorhaben Z [REDACTED], H [REDACTED] weg ca. DM-West 105 000 ausmacht.

Wir bestätigen Ihnen hiermit, dass wir Ihre von der B [REDACTED] GmbH anerkannten und angewiesenen Rechnungen aus den dafür zur Verfügung stehenden Mitteln überweisen werden, wobei nach Mitteilung der B [REDACTED] GmbH ca. DM 28 000 an die Firma K [REDACTED]-Druckmüller und ca. 28 000 DM an die Firma D [REDACTED] zu Lasten der obigen Summen geht.

Wir bitten um Aufgabe der entsprechenden drei Bankkonten."

Die Klägerin erwiderte darauf mit Schreiben vom 21. Dezember 1951, in dem sie zur Kenntnis nimmt, daß die Beklagte den Subunternehmern "die Beträge direkt überweisen werde", und deren Bankkonten angibt.

Am 2. Januar 1952 übersandte die Klägerin nach Beendigung der Arbeiten im Hauptbau der B [REDACTED] eine Rechnung über 98 526 DM und bat sie u.a., ihre definitive, unwiderrufliche Zahlungsanweisung an die Beklagte zu erteilen. Die Beklagte erhielt davon gleichzeitig einen Durchschlag.

Sie erwiderte darauf am 7. Januar 1952, sie könne keinen Einfluss auf die Verteilung eingehender Rechnungsbeträge geltend machen. Gemäss dem Schreiben vom 19. Dezember 1951 könne sie lediglich auf Grund von der Bau-Gema anerkannter und angewiesener Rechnungen aus den dafür zur Verfügung stehenden Mitteln Beträge anweisen.

Am 17. Januar 1952 bat die Klägerin die B [REDACTED] erneut, für bereits gestellte Rechnungen in Höhe von 98 526 DM definitive Zahlungsanweisung an die Beklagte

zu erteilen. Diese erwiderte am 19. Januar 1952, daß die Klägerin mit dem Eingang der ersten à-Conto-Zahlung spätestens am Ausgang der kommenden Woche rechnen könne, die weiteren Zahlungen schlossen sich dann laufend an, wie sie auf dem Konto der B [REDACTED] eingingen. Eine entsprechende Anweisung an ihre Bank werde umgehend erfolgen.

Am 29. Januar 1952 bestätigte die Klägerin den Empfang von 16 000 DM als à-Conto-Zahlung für alle drei Subunternehmer.

Nachdem die B [REDACTED] am 10. März 1952 die Eröffnung des Vergleichsverfahrens beantragt hatte, hat die Klägerin Klage mit dem Antrag erhoben, die Beklagte zu verurteilen, an sie 6 100 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Die Klägerin geht davon aus, die Beklagte sei auf Grund des Schreibens vom 19. Dezember 1951 auf jeden Fall verpflichtet gewesen, einen Betrag von 105 000 DM für die Klägerin bereitzustellen.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt.

Das Landgericht hat nach dem Klagantrag erkannt.

Nach Verkündung des landgerichtlichen Urteils hat die Beklagte durch Schriftsatz vom 14. November 1951, bei Gericht eingegangen am 15. November 1952, der Firma B [REDACTED] den Streit verkündet. Die Streitverkündungsschrift ist der Streitverkündeten am 17. Dezember 1952, also nach der Eröffnung des Konkursverfahrens am 29. November 1952, zugestellt worden.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Kammergericht die Klage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wieder-

herstellung des landgerichtlichen Urteils, hilfsweise die Zurückverweisung der Sache. Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Das Landgericht habe eine Haftung der Beklagten sowohl aus einem Garantieverprechen als auch einer treuhänderischen Verpflichtung gegenüber der Klägerin als gegeben angesehen und eine unerlaubte Handlung der Beklagten dahingestellt gelassen. Ein Garantieverprechen ergebe sich nach der Auffassung des Landgerichts aus den gegenseitigen Beziehungen der Parteien, insbesondere aus den Besprechungen und aus dem Schreiben vom 19. Dezember 1951 an die Klägerin. Dem vermöge das Berufungsgericht nicht zu folgen.

Das Schreiben vom 19. Dezember 1951 könne nicht als Garantiezusage der Beklagten gegenüber der Klägerin angesehen werden. Es sei unklar und mißverständlich, es könne daher nur im Zusammenhang mit den vorausgegangenen Besprechungen der Parteien einerseits, der Klägerin mit dem Geschäftsführer G. [REDACTED] der B. [REDACTED] sowie dieser mit der Beklagten andererseits ausgelegt und verstanden werden.

Die Klägerin habe zwar in der Unterredung mit Direktor T. [REDACTED] der Zentrale der Beklagten erklärt, dass sie eine Sicherstellung ihrer Forderungen wünsche und daher eine Verpflichtung der Beklagten erstrebe, direkte Zahlungen an die Klägerin zu leisten. Direktor Trautmann habe aber unstreitig eine solche Verpflichtung - jedenfalls ohne Mitwirkung der B. [REDACTED] - abgelehnt und die Klägerin an die B. [REDACTED] zur Erteilung einer unwider-

ruflichen Zahlungsanweisung verwiesen. Das habe auch der Zeuge M. [REDACTED] bekundet. Damit seien zunächst die Verhandlungen zwischen den Parteien beendet gewesen.

Die Klägerin habe sich dann an den Geschäftsführer Gunia der B. [REDACTED], mit der sie allein in vertraglicher Beziehung gestanden sei, gewandt. In der Besprechung vom 17. Dezember 1951 habe G. [REDACTED] eine solche unwiderrufliche Zahlungsanweisung an die Beklagte zugesagt, mit der die Vertreter der Klägerin offensichtlich zufrieden gewesen seien. Die Ansicht des Landgerichts, daß G. [REDACTED] diese Verpflichtung eingehalten habe, sei unzutreffend. Das Schreiben der B. [REDACTED] vom 17. Dezember 1951 an die Beklagte enthalte keine unwiderrufliche, nicht einmal eine unbedingte Zahlungsanweisung. Das nehme die Klägerin selbst nicht an, denn sie sage in ihrem Schriftsatz vom 6. Mai 1953 (Bl 143 GA), das Schreiben solle "offenbar eine bankmässige Zahlungsanweisung noch nicht darstellen".

Eine Anweisung im Sinne des § 783 BGB sei dann nicht gegeben, wenn die bloße Weisung an einen anderen vorliege, an einen Dritten für Rechnung des Anweisungsausstellers zu leisten, ohne daß der Dritte gleichzeitig ermächtigt wäre, die Leistung in eigenem Namen zu erheben. Das Schreiben der B. [REDACTED] vom 17. Dezember 1951 sei keine Zahlungsanweisung, durch die eigene Ansprüche der Klägerin hätten entstehen können, andererseits könne das Schreiben der Beklagten vom 19. Dezember 1951 auch nicht als Annahme einer solchen Anweisung im Sinne der §§ 784, 790 BGB gewertet werden.

Das Schreiben der Beklagten vom 19. Dezember 1951 sei weder ein Garantieverprechen noch die Annahme einer kaufmännischen Zahlungsanweisung. Ein Garantievertrag sei ein selbständiger Vertrag, durch den jemand sich verpflichte, für einen bestimmten Erfolg einzustehen oder die Gefahr eines Schadens zu übernehmen, der dem Gläubiger aus

einem Rechtsverhältnis mit einem Dritten in Zukunft erwachsen könne.

An diesen Voraussetzungen fehle es. Dem Schreiben der Beklagten vom 19. Dezember 1951 würde Gewalt getan, wenn man daraus ein Garantieverprechen, nämlich die Erfüllung der aus dem Unterauftrag entstehenden Zahlungsverpflichtungen herleiten wollte, den die B [REDACTED] der Klägerin erteilt habe. Das Schreiben enthalte nur die Bestätigung des bei der Beklagten eingegangenen Schreibens der B [REDACTED] und die Zusage, die "von der B [REDACTED] anerkannten und angewiesenen Rechnungen aus den dafür zur Verfügung stehenden Mitteln" zu überweisen. An einem eigenen Interesse des Versprechenden fehle es völlig. Der Wille, für die Verpflichtungen der B [REDACTED] gegenüber der Klägerin einzustehen, sei weder aus dem Schreiben noch aus den besonderen Umständen des Falls zu entnehmen. Diese sprächen sogar gegen ein Garantieverprechen. Daß die Beklagte aus früherer Kreditgewährung erhebliche Forderungen gegen die B [REDACTED] gehabt habe, lasse es als höchst unwahrscheinlich, ja sogar als ausgeschlossen erscheinen, daß sich die Beklagte durch die Übernahme solcher Verpflichtungen der Gefahr zusätzlicher Belastung habe aussetzen wollen. Das Schreiben vom 19. Dezember 1951 habe nur die Voraussetzungen klarstellen wollen, unter denen die Beklagte bereit gewesen sei, direkte Zahlungen an die Klägerin zu leisten. Diese Bereitschaft sei an die Anerkennung und Anweisung der Rechnungen durch die B [REDACTED] geknüpft gewesen.

Es sei auch keine Zahlungsanweisung der B [REDACTED] durch die Beklagte anzunehmen. Selbst wenn man in dem Schreiben der B [REDACTED] vom 17. Dezember 1951 eine solche Zahlungsanweisung erblicken wollte, liege in dem Schreiben der Beklagten vom 19. Dezember 1951 weder die Annahme einer solchen Zahlungsanweisung noch eine eigene Verpflichtung im Zusammenhang mit dem vorausgegangenen Schreiben der B [REDACTED]. Auch hier sei zu berücksichtigen, daß die

Beklagte jede Zahlung von der Anerkennung der Rechnungen und deren Anweisung durch die B[REDACTED] abhängig gemacht habe. Das zeige deutlich, daß die Beklagte keinesfalls unter eigener Verantwortlichkeit derartige Zahlungen an die Klägerin habe leisten, sondern ausschließlich von Fall zu Fall entsprechende Aufträge ihrer Kundin, der B[REDACTED] habe abwarten wollen. Auch wenn man der Ansicht der Klägerin folgen wollte, daß unter diesen Umständen das Schreiben vom 19. Dezember 1951 bedeutungslos und überflüssig wäre, sei daraus nichts Gegenteiliges zu folgern; denn oft würden schriftlich Bestätigungen gegeben, die keine andere rechtliche Bedeutung als eben die der Bestätigung eines eingegangenen Schreibens enthielten. Die erste Verhandlung vom 7. Dezember 1951 habe in der Zentrale der Beklagten mit Direktor T[REDACTED] stattgefunden, ohne daß von der Klägerin behauptet worden oder sonst ersichtlich sei, daß der Leiter der Filiale W[REDACTED], Ge[REDACTED] von diesen vorangegangenen Verhandlungen Kenntnis gehabt habe. Man werde also davon ausgehen müssen, daß er nur das Schreiben der B[REDACTED] habe bestätigen wollen. Andererseits könne unterstellt werden, daß die Zentrale der Beklagten bereits vor Februar 1952 Kenntnis von dem Schreiben vom 19. Dezember 1951 gehabt habe. Das ergebe sich aus der Entlassung des Ge[REDACTED] zum 31. Januar 1952, sei auch mit Sicherheit aus der Wichtigkeit der Beziehungen zwischen der B[REDACTED] und der Beklagten zu entnehmen. Die Beklagte sei aber nicht gezwungen gewesen, zu dem Schreiben der Filiale Stellung zu nehmen und zum Ausdruck zu bringen, daß sie es nicht als Garantie oder Zahlungszusage auffasse. Etwas anderes sei auch aus der späteren Äußerung des Direktors T[REDACTED] nicht zu entnehmen: "Ach, Sie sind ja noch im Besitz dieses unglückseligen Schreibens; einen solchen Brief hätten Sie von mir nicht bekommen".

Aus dem vorgelegten Briefwechsel der Klägerin mit der B[REDACTED] ergebe sich, daß die Klägerin selbst bis zur Klagerhebung weder die Übernahme einer Garantiezusage noch ein Zahlungsversprechen angenommen habe, daß sie

sich vielmehr durchaus im klaren gewesen sei, mindestens bis zur ersten Rechnungslegung, also bis Januar 1952, sei eine unwiderrufliche Zahlungsanweisung noch nicht erteilt gewesen. Die Klägerin habe zwar ursprünglich den Beginn ihrer Arbeit von einer Zession oder einer unwiderruflichen Zahlungsanweisung abhängig gemacht, sie habe aber dann ohne Erfüllung dieser Bedingung mit den Arbeiten begonnen. Wenn sie in verschiedenen Schreiben immer wieder die Erteilung einer unwiderruflichen Zahlungsanweisung gefordert habe, könne sie nicht davon ausgegangen sein, daß eine solche schon erteilt sei und das Schreiben vom 19. Dezember 1951 deren Bestätigung bedeutet haben müsse.

Es könne daher dahingestellt bleiben, ob die Filialangestellten V. und Ge. rechtlich in der Lage gewesen seien, derartige Verpflichtungen mit Wirksamkeit gegenüber der Beklagten zu übernehmen, oder ob aus dem Genossenschaftsgesetz etwas anderes zu folgern wäre.

Die Klägerin habe sich zu Unrecht auch auf das Reichsgericht (RGZ 118, 235) berufen; denn in dem dortigen Fall habe die Schuldnerin eine unwiderrufliche Zahlungsanweisung an ihre Bank erteilt und diese habe durch Schreiben bestätigt, daß sie den Zahlungsauftrag unwiderruflich ausführen werde. Daran fehle es hier aber gerade.

Es sei daher ohne Bedeutung, daß die Beklagte in ihrem Schreiben vom 19. Dezember 1951 den einschränkenden Zusatz des Schreibens der B. vom 17. Dezember 1951 fortgelassen habe. Diese Einschränkung habe lediglich die Beziehungen zwischen B. und der Beklagten betroffen.

Es liege auch entgegen den Ausführungen des Landgerichts kein Treuhandverhältnis vor. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Bank ein Faktor im Wirtschaftsleben sei und damit die Verpflichtung habe, die Verteilung der eingehenden Gelder zu überwachen. Es könnte daraus allein

1

nicht gefolgert werden, daß derartige Pflichten dahingehen, die Befriedigung aller an einem derartigen Unternehmen Beteiligten zu überwachen. Eine solche treuhänderische Verpflichtung der Bank würde höchstens der geldgebenden Stelle gegenüber bestehen, nicht gegenüber den übrigen am Bauprojekt beteiligten Firmen, mit denen die Bank regelmäßig in keinem vertraglichen Verhältnis stehe. Im einzelnen Fall könnten zwar solche vertraglichen Beziehungen der geldverwaltenden Stelle auch gegenüber den Subunternehmern bestehen. Das könne aber nur auf Grund besonderer Abmachungen geschehen und ergebe sich nicht allein aus der Einschaltung der Bank.

Die Beklagte habe auch hier eine gewisse treuhänderische Funktion auszuüben gehabt, aber allein gegenüber der geldgebenden Stelle, also der amerikanischen Militärregierung oder dem Besatzungskostenamt, oder gegenüber ihrer Bankkundin, der B [REDACTED]. Wenn es auch denkbar sei, daß zwischen der Bauherrin und der geldgebenden und geldverwaltenden Stelle eine Vereinbarung getroffen werde, die als Vertrag zugunsten Dritter den Subunternehmern direkte Ansprüche und Rechte gebe, so gehe eine solche Vereinbarung weder aus den Umständen noch aus einer ausdrücklichen Erklärung der Parteien hervor.

Auch eine aus den besonderen Umständen zu folgernde Treuhänderstellung der Beklagten mit entsprechenden Verpflichtungen nach beiden Seiten sei nicht anzunehmen. Die Übernahme einer solchen Verpflichtung hätte irgendwie sichtbar ihren Ausdruck finden müssen. Die Beklagte habe aber gerade am 7. Dezember 1951 durch Direktor T [REDACTED] zu erkennen gegeben, daß sie eine solche Verpflichtung gegenüber der Klägerin ohne Mitwirkung der B [REDACTED] nicht übernehmen wolle und könne.

Aus Ziff VII der Kreditbedingungen der Beklagten sei

nichts Gegenteiliges zu folgern. Dort sei gesagt, der bewilligte Kredit dürfe nur für den Zweck verwendet werden, für den er nachgesucht sei. Die Beklagte sei danach der Kreditnehmerin, also der B. gegenüber berechtigt, aber nicht verpflichtet gewesen, die Verwendung der ausgezahlten Gelder zu überprüfen. Diese Bestimmung habe sich zudem nicht auf die Verwendung der der Beklagten von dem Besatzungskostenamt zufließenden Beträge, sondern auf die der B. auf Grund des ihr gewährten Kredits ausbezahlten Gelder bezogen. Da die B. seit Anfang November 1951 sich ständig auf Grund der Bevorschussung ihrer geldlichen Verpflichtungen durch die Beklagte im Debet befunden habe, seien die vom Besatzungskostenamt eingehenden Zahlungen offensichtlich im wesentlichen zur Abdeckung des jeweiligen Schuldsaldos der B. verwandt worden.

Die Abtretung der der B. gegen das Besatzungskostenamt zustehenden Forderung an die Beklagte zwingt nicht zu anderen Ergebnissen. Diese Abtretung sei nicht auf Wunsch der Beklagten, sondern auf ausdrückliches Verlangen der amerikanischen Militärregierung und des Besatzungskostenamts vorgenommen worden. Daraus sei zu folgern, dass die Abtretung nicht zugunsten der Beklagten erfolgt sei, sondern lediglich zur Erleichterung der Abrechnungsvorgänge zwischen den geldgebenden Stellen und der Beklagten. Wenn die Beklagte auch nach außen eine volle Gläubigerstellung erlangt habe, so sei diese doch nach innen weitgehend eingeschränkt gewesen. Die Beklagte habe nicht frei über die ihr zufließenden Gelder verfügen können; sie sei nach wie vor darauf angewiesen gewesen, die Weisungen ihrer Bankkundin, der B. abzuwarten. Aus dem Verschweigen einer solchen Abtretung gegenüber der Klägerin bei den Vorbesprechungen könnten daher keine Schlüsse zu Ungunsten der Beklagten gezogen werden. Die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, diese Abtretung, die nur rech-

nerische Bedeutung gehabt habe, den Subunternehmern bekannt zu geben, da keine nachteiligen Folgen für die übrigen beteiligten Firmen aus der Abtretung herzuleiten seien. Die Beklagte habe sich auch stets an die Weisungen der B [REDACTED] gebunden erachtet.

2. Die Revision wendet dagegen ein, es widerspreche jeder Lebenserfahrung, im Schreiben vom 19. Dezember 1951 lediglich die Bestätigung des Eingangs der Mitteilung eines Dritten, nämlich des Schreibens der B [REDACTED] an die Beklagte vom 17. Dezember 1951 zu sehen. Es sei im Bankwesen gänzlich unüblich, den Eingang des Schreibens eines Kunden (der B [REDACTED]) gegenüber einem Dritten zu bestätigen. Die Auffassung des Berufungsgerichts verstoße gegen die allgemeine Lebenserfahrung und die gesetzlichen Auslegungsregeln. Dem Schreiben habe mit Rücksicht auf die vorherigen Verhandlungen zwischen den Parteien eine rechtsgeschäftliche Bedeutung beigemessen werden müssen. Das Berufungsgericht habe das Schreiben der Klägerin vom 21. Dezember 1951 und das Schweigen der Beklagten darauf unberücksichtigt gelassen. Aus dem Inhalt der beiden Briefe vom 19. und 21. Dezember 1951 und dem Schweigen der Beklagten darauf ergebe sich eine Verpflichtung der Beklagten, den Gesamtbetrag von 105 000 DM an die Subunternehmer zu überweisen.

Der Annahme eines eigenen Interesses der Beklagten zur Begründung einer Zahlungsverpflichtung bedürfe es nicht, aber selbst wenn dies der Fall wäre, habe das Berufungsgericht ein solches Interesse nicht verneinen dürfen, sondern habe das dafür im Schriftsatz vom 28. November 1953 (Bl 204 f GA) Vorgetragene berücksichtigen und die angetretenen Beweise erheben müssen.

Diese Einwendungen richten sich gegen die Auslegung von Erklärungen der Parteien, die in der Revisionsinstanz

nur beschränkt nachgeprüft werden können. Es ist möglich, das Schreiben der Beklagten vom 19. Dezember 1951 so auszulegen, wie es das Berufungsgericht getan hat. Es ist übrigens nicht richtig, daß das Berufungsgericht dieses Schreiben nur als eine Mitteilung ohne rechtlichen Gehalt aufgefasst hat, es hat lediglich verneint, daß darin ein Garantieverprechen oder die Annahme einer unwiderruflichen Zahlungsanweisung zu sehen sei, und die Beklagte hat in rechtsgeschäftlich bedeutsamer Weise die Grenzen umrissen, innerhalb deren sie sich zu Leistungen verpflichten wollte. Dabei hat das Berufungsgericht die Umstände und die verschiedenen, dem Schreiben vom 19. Dezember vorangegangenen und die ihm nachfolgenden Erklärungen der Beteiligten eingehend gewürdigt. Es ist nicht anzunehmen, daß das Berufungsgericht gerade das Schreiben der Klägerin vom 21. Dezember 1951 übersehen hätte, wenn es sich auch nicht ausdrücklich mit ihm auseinandersetzt. Das ist auch erklärlich, denn gerade dieses Schreiben ist ein reines Bestätigungsschreiben, in dem aus der Fassung "daß Sie die Beträge direkt überweisen werden", ersichtlich ist, daß der Schwerpunkt die direkte Überweisung ist, während darauf, welche Beträge überwiesen werden sollen, nicht eingegangen wird. Im übrigen enthält das Schreiben noch die im Schreiben vom 19. Dezember erbetene Angabe der Bankkonten der Subunternehmer.

Auf den Schriftsatz vom 28. November 1953 (Bl 201 GA) wird unten in anderem Zusammenhang noch einzugehen sein. Hier ist nur darauf hinzuweisen, daß das Berufungsgericht ein eigenes Interesse daran für notwendig hielt, gerade die Garantieverpflichtung zu übernehmen, und dieses Interesse verneint, während die Revision auf die Interessen der Beklagten an der B[REDACTED] und der Abwicklung der von dieser bereits übernommenen Bauvorhaben hinweist.

Die Revision hat in der mündlichen Verhandlung noch vorgetragen, das Berufungsgericht habe das Vertragsver-

1

hältnis zwischen den Parteien nur dahin untersucht, ob es als Garantievertrag oder als Zahlungsanweisung anzusehen sei. In Wirklichkeit liege ein Vertrag eigener Art vor, in dem sich die Beklagte verpflichtet habe, die Verwendung der vom Besatzungskostenamt ihr überwiesenen, von ihr auf dem "Konto H. [REDACTED] weg" gutgeschriebenen Beträge durch die Firma B. [REDACTED] zu überwachen und dafür zu sorgen, daß aus diesen Beträgen die Klägerin und die mit ihr zusammenarbeitenden Firmen befriedigt werden. Sie hat auch auf das Urteil des IV. Zivilsenats vom 9. November 1955 - IV ZR 196/54 - (zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt) hingewiesen.

Eine solche Verpflichtung kann aber aus den Erklärungen der Beklagten und aus dem vorgetragenen Sachverhalt nicht entnommen werden. Sie wäre bei dem Verhältnis, in dem die Parteien einerseits und die Beklagte und die Firma B. [REDACTED] andererseits zueinander standen, ungewöhnlich. Im allgemeinen hat die Errichtung eines Kontos bei einer Bank und die Einräumung eines Kredits an den Bankkunden den Zweck, dem Bankkunden die Verfügung über das Konto im Rahmen seines Guthabens und des eingeräumten Kredits nach seinem Ermessen zu überlassen. Wenn die Bank weitergehende Verpflichtungen Dritten gegenüber, insbesondere die Überwachung der Verwendung der auf dem Konto stehenden Gelder übernehmen sollte, so müßte dies ausdrücklich gesagt werden. Es mag sein, daß in neuerer Zeit auf Grund schlechter Erfahrungen, die mit unsicheren Generalunternehmern gemacht wurden, Verträge geschlossen werden, die Sicherungen enthalten, wie sie die Klägerin wünscht. Das würde aber nicht rechtfertigen, im Wege der Auslegung solche Verpflichtungen einer Bank aus früheren Verträgen zu entnehmen, wenn diese nicht ausdrücklich vereinbart sind. Im vorliegenden Fall hat es die Zentrale der Beklagten gerade abgelehnt, ohne Zustimmung der B. [REDACTED] besondere Verpflichtungen zu übernehmen und hat die Klä-

gerin auf Verhandlungen mit der B. [REDACTED] verwiesen. Die Klägerin konnte also nicht annehmen, daß die Beklagte Verpflichtungen übernehmen wolle, die weiter gingen, als aus ihren Erklärungen zu entnehmen ist. Aus der angeführten Entscheidung des IV. Zivilsenats kann nichts Gegenteiliges entnommen werden. Der Sachverhalt liegt dort anders.

Die Revision macht weiter geltend, die Beklagte hafte außer aus Vertrag auch unter dem Gesichtspunkt von culpa in contrahendo gemäss §§ 242, 276, 278 BGB. Die Beklagte habe spätestens seit der Besprechung mit Direktor T. [REDACTED] am 7. Dezember 1951 das Bedürfnis der Klägerin nach Sicherstellung erkannt. Der Klägerin sei nicht mitgeteilt worden, daß die Ansprüche der B. [REDACTED] am 2. November 1951 an die Beklagte abgetreten worden seien. Das Berufungsgericht habe auch die Umstände, unter denen das Schreiben vom 19. Dezember 1951 zustande gekommen sei, nicht richtig gewürdigt. Das Schreiben vom 19. Dezember an die Klägerin habe nach dem von dem Filialleiter Ge. [REDACTED] angefertigten Entwurf einen anderen Wortlaut gehabt als das an die Klägerin abgesandte Schreiben. Das Berufungsgericht hätte daher zu dem Ergebnis kommen müssen, die Beklagte habe bei der Abfassung des Schreibens absichtlich den einschränken- den Zusatz aus dem Schreiben der B. [REDACTED] vom 17. Dezember verschwiegen, der dahin gegangen sei, daß nur Rechnungsbeträge innerhalb der der B. [REDACTED] frei zur Verfügung stehenden Mittel anerkannt werden sollten.

Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Klägerin von dieser Einschränkung erst später erfahren habe und bei der Kenntnis davon ihre Lieferungen nicht gemacht hätte, die erst im Anschluß an das Schreiben vom 19. Dezember begonnen hätten.

Die Beklagte sei daher wegen der unterlassenen Offenbarung von Umständen, die für die Klägerin erheblich gewe-

sen seien, unter dem Gesichtspunkt von culpa in contrahendo schadenersatzpflichtig geworden. Durch die Verhandlungen zwischen den Parteien sei ein Vertrauensverhältnis begründet worden, das die Beklagte im Hinblick auf das ihr bekannte Bedürfnis der Klägerin nach Sicherstellung ihrer Forderungen verpflichtet habe, auf den einschränkenden Satz im Schreiben der B[REDACTED] aufmerksam zu machen.

Die Beklagte hafte für ihre Angestellten Genzke und Vahl, die das Schreiben vom 19. Dezember unterschrieben hätten. Da das Berufungsgericht deren Vollmacht habe dahingestellt sein lassen, sei dies für die Revisionsinstanz zu unterstellen.

Diese Einwendungen schlagen nicht durch. Wenn das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommt, die Beklagte habe der Klägerin von der Abtretung der Forderungen der Bau-Gemä gegen das Besatzungskostenamt an die Beklagte keine Kenntnis geben müssen, so kann darin kein Rechtsverstoß gesehen werden. Wenn die Beklagte aus dieser von der Militärregierung verlangten Abtretung im Innenverhältnis mit der B[REDACTED] keinen Gebrauch machen, sondern nur auf eine besondere Anweisung durch die B[REDACTED] hin Gelder an Dritte überweisen wollte und wenn sie demgemäß auch nach aussen gegenüber Dritten von ihrer erweiterten Rechtsstellung keinen Gebrauch machen wollte, so brauchte sie der Klägerin davon ^{auch} keine Kenntnis zu geben; es wäre dadurch gerade die Gefahr eingetreten, daß die Klägerin der Meinung gewesen wäre, die Beklagte wolle sich ihr gegenüber zu mehr verpflichten, als wozu sie bereit war.

Die Revision legt auch dem Umstand, daß das Schreiben der Beklagten vom 19. Dezember 1951 im Entwurf eine andere Fassung hatte als in der an die Klägerin gesandten Fertigung, eine Bedeutung bei, die er nicht hat.

Daraus ergibt sich nur, daß das Schreiben bei der Beklagten von verschiedenen Bearbeitern geprüft und wohl überlegt worden ist. Es ist auch nicht so, daß die Beschränkung der Zahlungspflicht der Beklagten, die sich aus dem Schreiben der B [REDACTED] vom 17. Dezember ergibt, in dem ursprünglichen Entwurf des Schreibens vom 19. Dezember enthalten gewesen und dann herausgestrichen worden wäre. Im Gegenteil, in der zweiten Fassung ist die Verpflichtung mehr eingeschränkt als im ersten Entwurf, da hier nur versprochen wurde, die anerkannten und angewiesenen Rechnungen zu überweisen. Aus dieser Fassung mußte die Klägerin erkennen, daß die Beklagte immer noch die Anweisung der B [REDACTED] haben und sich nicht zu einer selbständigen Verteilung der einkommenden Gelder verpflichten wollte. Wenn die Klägerin sich durch dieses Schreiben gesichert glaubte, so kann dies darin seinen Grund haben, daß sie der B [REDACTED] einen Durchschlag ihres Aktenvermerks vom 17. Dezember 1951 übersandt hatte, in dem es heißt:

"Die B [REDACTED] wird die ihr zugeleiteten Rechnungen in der Freitagabrechnung für die Militärregierung miterfassen und bei Weiterleitung des Rechnungsdurchschlags an ihre Bankverbindung derselben eine unwiderrufliche Zahlungsanweisung geben, bei Eingang des Gesamtrechnungsbetrages für die B [REDACTED] den für Stahlbauarbeiten entfallenden Betrag an die einzelnen beteiligten Firmen direkt zu überweisen."

Daß die B [REDACTED] diesem Aktenvermerk widersprochen hätte, ist nicht festgestellt. Sie hat aber entgegen dem Vermerk der Beklagten nur eine beschränkte Erklärung abgegeben. Daß die Beklagte von diesem Aktenvermerk Kenntnis gehabt habe, ist nicht festgestellt und kaum anzunehmen. Es mag sein, daß die Klägerin im Vertrauen auf die Vereinbarung mit der B [REDACTED] geglaubt hat, eine sicherere Stel-

lung zu haben, als sie aus dem Schreiben der Beklagten vom 19. Dezember allein - und nur dieses war maßgebend - hätte entnehmen können.

Für einen etwaigen Irrtum der Klägerin, der sich aus dem zwiespältigen Verhalten der B [REDACTED] ergeben hätte, kann die Beklagte nicht verantwortlich gemacht werden, da nichts dafür dargetan ist, daß sie davon wußte.

Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht in der Tat dahingestellt sein lassen, ob die Filialleiter Vohl und Ge [REDACTED] die Beklagte wirksam verpflichten konnten.

3. Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, die Klägerin stütze den Anspruch auch auf unerlaubte Handlung. Ihre Auffassung, das Schreiben der Beklagten vom 19. Dezember 1951 enthalte eine bewußte Irreführung über die Sicherstellung der Forderung der Klägerin, durch die sie sich zum Beginn und zur Durchführung der Arbeit habe bewegen lassen, gehe aber fehl. Die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, irgend einen einschränkenden Zusatz im Schreiben der B [REDACTED] vom 17. Dezember weiterzugeben, zumal keine vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien bestanden hätten und sie deutlich zum Ausdruck gebracht habe, daß sie Zahlungen von der Anerkennung und Anweisung der B [REDACTED] abhängig mache. Daraus sei für die Klägerin zu entnehmen gewesen, daß die Beklagte weder eigene Verpflichtungen übernehme, noch einen Einfluß auf die Rechnungsführung der B [REDACTED] nehme, sondern sich ausschließlich als kontoführende Bank betätigen wolle. Es könne daher keine Rechtsverpflichtung der Beklagten anerkannt werden, die Klägerin, deren alleinige Vertragspartnerin die B [REDACTED] gewesen sei, über Einzelheiten der geschäftlichen Beziehungen zu ihren Kunden zu unterrichten.

Die Revision meint, die vom Berufungsgericht nicht

gewürdigten Umstände ließen den Klaganspruch auch unter dem Gesichtspunkt des § 826 BGB als begründet erscheinen. Sie bezieht sich hier auf Entscheidungen des Reichsgerichts (RGZ 91, 80; 139, 103). Diese liegen aber tatbestandlich ganz anders. Es handelt sich dort um Auskünfte einer Bank, und das Reichsgericht spricht aus, daß bei Gefahr der Haftung unrichtige Auskünfte nicht gegeben werden dürften, auch nicht durch Verschweigen von wesentlichen Umständen, wenn die Auskunft den Eindruck der Vollständigkeit erwecke. Im vorliegenden Fall hat aber die Beklagte nur angegeben, wie weit sie sich verpflichten wollte, und zwar in einer Weise, aus der die Klägerin, wenn sie lediglich das Schreiben der Beklagten berücksichtigte, erkennen konnte, wie weit die Beklagte ihre Verpflichtung eingeschränkt hatte, und für die Klägerin konnten das Schreiben der Beklagten, nicht Vereinbarungen mit der Bau-Ge-Ma, allein maßgebend sein.

4. Das Berufungsgericht hat endlich erwogen: Bei dem Vorbringen der Klägerin, die Beklagte sei bei der Führung des Sonderkontos H. [REDACTED] weg nicht mit der gebotenen Sorgfalt verfahren und habe sich dabei schadensersatzpflichtig gemacht, werde übersehen, daß es sich um ein Konto der B. [REDACTED] gehandelt habe und daß die Bank grundsätzlich allein ihren Bankkunden, nicht aber Dritten, die mit ihr hinsichtlich dieses Kontos nicht in rechtlicher Beziehung stünden, verantwortlich sei.

Es sei nicht zu verkennen, daß dieses Konto Zugänge und Abgänge enthalte, die mit dem Bauvorhaben H. [REDACTED] weg in keinem Zusammenhang stünden. Es ergebe sich aber, daß dem Konto rund 91 000 DM an kontofremden Mehrbeträgen zugeflossen seien, denen rund 30 000 DM Abgänge dieser Art gegenüberstünden, so dass also dem Konto etwa 61 000 DM mehr zur Verfügung gestanden hätten, was sich nur zu Gunsten der Berechtigten ausgewirkt haben könne.

Es möge als richtig unterstellt werden, daß das am 15. Oktober 1951 errichtete Zwischenfinanzierungskonto H. [REDACTED] kurz nach diesem Zeitpunkt beträchtliche Ausgänge aufweise, die möglicherweise nicht für die erst in diesem Zeitpunkt begonnene Sporthalle Verwendung gefunden hätten. Da die Klägerin erst am 2. November 1951 den Auftrag erhalten habe, erst am 6./7. Dezember 1951 wegen Sicherstellung ihrer Forderungen an die Beklagte herangetreten sei und den einzigen schriftlichen Bescheid am 19. Dezember 1951 von der Beklagten erhalten habe, hätten sich die Buchungsvorgänge vor diesem Zeitpunkt weder zum Nachteil der Klägerin auswirken, noch im Bewußtsein einer Schädigungsmöglichkeit vorgenommen sein können.

Die Behauptung, das Konto sei undurchsichtig geführt und erst nachträglich erstellt worden, und die Beklagte habe aus den Eingängen auf diesem Konto die Schulden der B. [REDACTED] aus früheren Kreditgewährungen abgedeckt, sei nicht substantiiert.

Es könne dahingestellt bleiben, ob gegenüber der Klägerin aus allgemeinen Gesichtspunkten eine Verpflichtung bestanden habe, den Verbleib der ausgehenden Gelder zu überprüfen. Der Beklagten hätten allenfalls der B. [REDACTED] als ihrer Kundin gegenüber derartige Rechte zugestanden, nicht aber Pflichten gegenüber der Klägerin obgelegen.

Es fehle aber an einer ausreichenden Substantiierung und Beweisantritten. Es stehe fest, dass ein direkter Zufluß von Geldern des Sonderkontos H. [REDACTED] auf andere Kreditkonten der B. [REDACTED] bei der Beklagten nicht stattgefunden habe. Die Klägerin meine aber, die Beklagte habe es geduldet und gefördert, daß Beträge auf dem Konto H. [REDACTED] zur Beendigung anderer Bauvorhaben der B. [REDACTED] benutzt worden seien, um der Beklagten es zu ermöglichen, sich für ihre eigenen Forderungen gegen die B. [REDACTED]

██████ zu befriedigen. Es sei aber lediglich erwiesen, daß der Beklagten durch Zession vom 15. Oktober 1951 eine Forderung der B██████ Maschinenbau AG, vormals E. S██████ in Höhe von 120 780,49 DM abgetreten worden sei, auf die bereits am 24. Oktober 1951 60 000 DM gezahlt worden seien. Im übrigen habe dazu die Klägerin nur unsubstantiierte Vermutungen vorgetragen, und die insoweit angetretenen Beweise dienten lediglich der Beweisermittlung und müßten grundsätzlich als unzulässig angesehen werden.

Eine unerlaubte Handlung könnte auch nur dann angenommen werden, wenn die Beklagte das Bewußtsein, die Klägerin zu schädigen, gehabt hätte. Die Klägerin hätte zum mindesten im einzelnen vortragen und unter Beweis stellen müssen, welche Summen aus dem Konto H██████weg auf diese Weise über andere Bauvorhaben der Beklagten zugeflossen seien. Es seien aber nur entsprechende Vermutungen, in die Form der Behauptung gekleidet, vorgetragen worden, die mangels ausreichender Substantiierung nicht als Grundlage für eine Beweiserhebung dienen könnten.

Der Einholung eines Obergutachtens bedürfe es nicht, da das Gutachten des Sachverständigen W██████ das Beweis-thema im großen und ganzen erschöpfe. Eine verfahrensrechtliche Pflicht zur Einholung eines Obergutachtens bestehe nur dann, wenn besonders schwerwiegende Fragen zur Erörterung stünden oder das vorhandene Gutachten besonders große Mängel aufweise.

Aber selbst wenn eine Beweisaufnahme die Behauptungen der Klägerin erweisen würde, könnte - mangels einer der Klägerin obliegenden Rechtspflicht - nicht gefolgert werden, daß die Beklagte in sittenwidriger Schädigungsabsicht oder auch nur im Bewußtsein einer Schädigungsmöglichkeit gehandelt habe, zumal die Beklagte den an sie ergangenen Überweisungsauftrag der B██████ zugunsten der

Klägerin prompt ausgeführt habe, obwohl auch zu dieser Zeit die B [REDACTED] im Debet gestanden sei.

Die Klägerin habe auch angedeutet, daß die Beklagte eine unerlaubte Handlung dadurch begangen haben könne, daß sie eine zu günstige Auskunft über die wirtschaftliche Lage der B [REDACTED] erteilt und dieser im eigenen Interesse der Beklagten den Auftrag verschafft habe. Es könne dahingestellt sein, ob dies richtig sei, denn die Klägerin habe nicht behauptet, daß eine derartige Auskunft ihr gegenüber erteilt worden sei. Aus einer - selbst unrichtigen - Auskunft Dritten gegenüber könne die Klägerin eigene Ansprüche nicht herleiten.

Dazu hat die Revision nur und zwar in anderem Zusammenhang, daß nämlich die Beklagte ein eigenes Interesse an der Begründung einer Zahlungsverpflichtung gegenüber der Klägerin gehabt habe, gerügt, daß das Berufungsgericht die im Schriftsatz vom 28. November 1953 (Bl 201 GA) angebotenen Beweise nicht erhoben habe.

Mit diesem Vorbringen kann die Klägerin nicht durchdringen. Sie hat behauptet, die Gelder des Kontos H [REDACTED] weg seien unter den Augen der Beklagten und mit ihrem Wissen und Willen dazu verwendet worden, Aufwendungen zur Fertigstellung des Bauauftrags S [REDACTED] und anderer Bauaufträge, die die Klägerin namentlich nicht benennt, zu bezahlen. Als Beweis sollen Schecks und Wechsel dienen, die die Firma B [REDACTED] ausgestellt hat. Aus diesen geht aber der Verwendungszweck nicht hervor und es kann aus ihnen nicht entnommen werden, ob die Beklagte die Verwendung der Gelder, über die durch Wechsel und Schecks verfügt wurde, gekannt hat. Die Klägerin bezieht sich auf das Zeugnis des Kaufmanns Gu [REDACTED] des Geschäftsführers der B [REDACTED]. Dieser ist bereits auf Grund des Beweisbeschlusses vom 10. Mai 1952 (Bl 34 GA) darüber vernommen worden, ob hinter dem Rücken der Klägerin zwischen

der B[REDACTED] und der Beklagten vereinbart worden war, daß die aus dem Bauvorhaben H[REDACTED]weg überwiesenen Mittel zunächst für andere Zwecke, insbesondere zur Verminderung der sonstigen Schulden der B[REDACTED] dienen sollten. Er hat bei seiner Vernehmung am 21. August 1952 (Bl 61 GA) diese Frage verneint. Die Klägerin hat ferner die Vernehmung des Konkursverwalters der B[REDACTED], N[REDACTED], beantragt, der auf Grund der Betriebsunterlagen der B[REDACTED] - welcher, sagt die Klägerin nicht - Bekundungen machen könne, daß die Beklagte die Fertigstellung des Bauvorhabens S[REDACTED] gewünscht habe, obwohl sie gewußt habe, daß die B[REDACTED] dieses Bauvorhaben nur mit den Mitteln aus dem Konto H[REDACTED]weg fertigstellen könne. Damit ist aber kein Beweis dafür angetreten, daß die Beklagte tatsächlich gewußt hat, ob die B[REDACTED] wirklich Mittel zu diesem Zweck verwendet hat. Der als Zeuge benannte Dr. K[REDACTED] von der Firma S[REDACTED] sollte bekunden, daß dieses Bauvorhaben erst im November oder Dezember 1951 wieder in Gang gekommen sei.

Bei Prüfung dieser Beweisantritte ist dem Berufungsgericht darin zuzustimmen, daß, selbst wenn die Beweisaufnahme das von der Klägerin erwartete Ergebnis hätte, damit der Beweis noch nicht erbracht wäre, daß die Beklagte das Bewußtsein gehabt habe, daß die Verfügungen der B[REDACTED] über das Konto H[REDACTED]weg durch Wechsel und Schecks dazu gedient hätten, die auf diesem Konto stehenden Mittel für andere Bauvorhaben der B[REDACTED] zu verwenden und dadurch die Klägerin zu schädigen. Nur in diesem Fall könnte von einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 826 BGB gesprochen werden.

Im übrigen lassen die Ausführungen des Berufungsgerichts zu diesem Punkt einen entscheidenden Rechtsirrtum nicht erkennen.

Dem Berufungsgericht war deshalb darin beizustimmen,
daß die Klage nicht begründet ist, und die Revision war
auf Kosten der Klägerin zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Schuster

Dr. Oechßler

Dr. Spieler

Dr. Dorschel