

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 404;

ScheckG Art. 22, 24

Zur Frage des Einwendungsausschlusses gegenüber dem Erwerber
eines mit einem Nichteinlösungsvermerk versehenen Schecks.

BGH, Urteil v. 23. Mai 1989 - XI ZR 82/88 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 82/88

Verkündet am:
23. Mai 1989
Bartholomäus,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Mai 1989 durch den Vorsitzenden Richter Schimansky und die Richter Bundschuh, Dr. Schramm, Dr. Siol und Dr. Bungeroth

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 26. Februar 1988 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist im Besitz eines Inhaberschecks über 360.000 DM, den die Beklagte am 17. November 1983 ausstellt und auf ihr Konto bei der Bank M, gezogen hat. Diese hat den Scheck, als er ihr am 21. November 1983 vorgelegt worden ist, nicht bezahlt und am 22. November 1983 mit dem entsprechenden Vermerk versehen, weil die Beklagte ihn inzwischen hatte sperren lassen. Der Kläger nimmt die Beklagte als Scheckausstellerin auf Zahlung eines Restbetrages in Höhe von 160.000 DM in Anspruch und hat gegen sie im Scheckprozeß ein Vorbehaltsurteil erwirkt.



Im Nachverfahren hat die Beklagte beantragt, das Vorbehaltsurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen. Ihren Einwendungen gegen die Klageforderung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die I. I GmbH, M (im folgenden: I.), kaufte durch notariellen Vertrag vom 6. Oktober 1983 für 3,5 Mio. DM ein Hausgrundstück von der N W mbH, später NW N W mbH, M (im folgenden: N), und verkaufte es am 17. November 1983 für 4,6 Mio. DM an die Beklagte. Bei Abschluß dieses notariellen Kaufvertrages wurde die I. durch den Kläger vertreten, der das Geschäft auch vermittelt hatte. Die Beklagte zahlte auf den Kaufpreis 100.000 DM in bar und übergab dem Kläger als Vertreter der I. den Scheck. Die I. übertrug den Scheck noch am 17. November 1983 der H. H und T GmbH, M (im folgenden: H.), die ihn nach der Nichteinlösung dem Kläger übergab.

Am 30. Dezember 1983 erklärte die N den Rücktritt von dem Kaufvertrag mit der I. und schloß mit der Beklagten einen notariellen Kaufvertrag über das Hausgrundstück zum Preis von 4,1 Mio. DM. Durch Schreiben vom 23. Januar und 12. November 1984 trat die Beklagte gegenüber der I. vom Kaufvertrag vom 17. November 1983 zurück. Die I. wies die Rücktrittserklärungen zurück und nahm die Beklagte, nachdem sie ihr zuvor vergeblich zur Erfüllung des Kaufvertrages eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung gesetzt

hatte, mit Schreiben vom 15. November 1984 auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch. Die Beklagte zahlte 1985 den Kaufpreis an die N und verkaufte das Grundstück 1986 weiter.

Die Beklagte hat behauptet: Der Kläger habe den Scheck erst im Mai 1984 erworben. I., H. - nach dem Vortrag der Beklagten eine Tochtergesellschaft der I. - und der Kläger hätten bei den Übertragungen des Schecks in der Absicht zusammengewirkt, ihr die Einwendungen gegen die I. abzuschneiden. Jedenfalls seien die Übertragungen nur zu Inkassozwecken erfolgt. Von ihrer dem Scheck zugrundeliegenden Kaufpreisverbindlichkeit gegenüber der I. sei sie freige worden, weil dieser die Erbringung ihrer Leistung durch den Rücktritt der N unmöglich geworden sei. Hilfsweise macht sie geltend, die N habe ihr am 1. Dezember 1983 fällige Forderungen gegen die I. in Höhe von 160.000 DM abgetreten, mit denen sie gegen die Kaufpreisforderung aufgerechnet habe. Ferner habe sie mit eigenen Ansprüchen auf Schadensersatz gemäß §§ 826, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB sowie auf Rückzahlung der von ihr geleisteten Maklerprovision aufgerechnet. Diese stünden ihr zu, weil der Kläger ihr vor Abschluß des Kaufvertrages vom 17. November 1983 arglistig vorgetäuscht habe, die Nutzfläche des Hauses betrage 750 qm statt tatsächlich 500 qm; er habe weiter vorgegeben, das Grundstück sei auf 10 Jahre an einen bekannten Konzern vermietet, während tatsächlich nur ein - zudem fingierter - Mietvertrag mit der H. bestanden habe.

Der Kläger hat bestritten, die Beklagte getäuscht zu haben, und vorgetragen, die Übertragungen des Schecks von der I. auf die H. und sodann - Ende November 1983 -

auf ihn seien jeweils zur Bezahlung von Forderungen erfolgt. Im Verlauf des Rechtsstreits hat er seine Klage hilfsweise auf die von der I. erhobene Forderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gestützt, die ihm in Höhe von 160.000 DM abgetreten worden ist.

Das Landgericht hat das Vorbehaltsurteil für vorbehaltlos erklärt. Das Berufungsgericht hat die Klage unter Aufhebung des Vorbehaltsurteils abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache.

I.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Beklagten stehe gegen die Scheckforderung die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung zu, weil der Kaufpreisanspruch der I. erloschen sei und der Scheckforderung auch nicht der nunmehr hilfsweise geltend gemachte Schadensersatzanspruch zugrundegelegt werden könne. Diese Einrede könne sie gemäß § 404 BGB dem Kläger entgegenhalten, weil er den bereits mit dem Nichteinlösungsvermerk versehenen Scheck nur mit den Wirkungen einer gewöhnlichen Abtretung erworben habe.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Art. 24 Abs. 1 ScheckG ist zwar auf einen mit einem Nichteinlösungsvermerk versehenen Inhaberscheck, der - wie hier - ohne Indossament übertragen wird, entsprechend anwendbar. Ein solcher Scheck kann also nur noch mit den Wirkungen einer gewöhnlichen Abtretung übertragen werden (BGH, Urteil vom 16. Mai 1974 - II ZR 36/73, WM 1974, 748, 749). Das bedeutet aber nicht, daß der Kläger sich ohne weiteres sämtliche Einwendungen der Beklagten aus dem Kaufvertrag mit der I. entgegenhalten lassen muß. Da er den Scheck nicht von der I., sondern von der H. erworben hat, sind die Rechte aus dem Scheck so auf ihn übergegangen, wie sie der H. zustanden (vgl. Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 16. Aufl. 1988, Art. 24 ScheckG, Rdn. 1; Art. 20 WechselG, Rdn. 4). Dadurch kann er eine bessere Rechtsposition erlangt haben, als sie der I., der ersten Scheckgläubigerin, zustand, weil gegenüber der H., die den Scheck noch ohne den Nichteinlösungsvermerk erworben hat, möglicherweise bereits nach Art. 22 ScheckG Einwendungen ausgeschlossen waren (vgl. für die entsprechende Rechtslage gemäß Art. 17 WechselG: Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, 1955, S. 625, FN 4). Der Regelungszweck des Art. 24 Abs. 1 ScheckG ist darauf beschränkt, dem Erwerber eines nicht eingelösten Schecks den erhöhten scheckrechtlichen Schutz des Art. 22 ScheckG zu versagen. Er rechtfertigt jedoch - vom Rückerwerb des Nichtberechtigten abgesehen - nicht das Wiederaufleben von Einwendungen, die durch einen vorangegangenen gutgläubigen Erwerb bereits ausgeschlossen

waren. Die Beklagte kann dem Kläger demnach nur die Einwendungen entgegenhalten, die ihr vor der Übertragung des Schecks an ihn gegen die H. zustanden.

a) Die Einwendung, die Kaufpreisforderung der I. sei untergegangen, weil dieser durch das Verhalten der N die Erfüllung des Kaufvertrages unmöglich geworden sei, wird aus dem der Scheckbegebung zugrundeliegenden Rechtsgeschäft hergeleitet. Die Beklagte konnte, falls sie am 23. Januar 1984 wirksam vom Kaufvertrag mit der I. zurückgetreten war, die Herausgabe des Schecks gemäß §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 327 Satz 1, 346 Satz 1 BGB verlangen. Die Geltendmachung der Scheckforderung war daher durch den bei der Hingabe des Schecks vereinbarten Zweck nicht mehr gerechtfertigt (vgl. dazu auch BGHZ 85, 346, 348 f., für die Einrede gemäß § 320 BGB; Urteil vom 30. Januar 1986 - II ZR 257/85, WM 1986, 415, 417 für die Einrede gemäß § 478 BGB; Bundschuh, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Wechsel- und Scheckrecht 1987, S. 55 ff.). Ob die genannte Einwendung nach der Übertragung des Schecks von der I. auf die H. dieser entgegengehalten werden konnte, ist nach Art. 22 ScheckG zu beurteilen.

Ein Einwendungsausschluß nach dieser Vorschrift setzt voraus, daß - was das Berufungsgericht offen gelassen hat - die Übertragung des Schecks von der I. auf die H. ein Verkehrsgeschäft war (vgl. hierzu Baumbach/Hefermehl aaO Art. 22 ScheckG Rdn. 1; Art. 17 WechselG Rdn. 21). Der Parteivortrag gibt Anlaß, diese Frage unter zwei Gesichtspunkten, nämlich einer fiduziarischen Rechtsübertragung zum Inkasso (vgl. hierzu BGHZ 5, 285, 292 f.; siehe auch Canaris

ZHR 151 (1987), 517, 537 m.w.Nachw. sowie Bankvertragsrecht 3. Aufl. 1988, Rdn. 752) und einer "Personenidentität" von I. und H. zu prüfen.

Zur Frage der treuhänderischen Übertragung behauptet die Beklagte, die I. habe der H. den Scheck nur zum Inkasso übertragen; der Kläger hat demgegenüber vorgetragen, die H. habe den Scheck zur Bezahlung einer - bislang nicht näher bezeichneten - Forderung gegen die I. erhalten.

Ergeben die erforderlichen weiteren Feststellungen nicht bereits, daß ein Verkehrsgeschäft mit Rücksicht auf eine bloße Inkassoübertragung ausscheidet, ist dem Vortrag der Parteien zur Frage der "Personenidentität" weiter nachzugehen. Eine solche besteht nicht schon deshalb, weil I. und H. mit dem Geschäftsführer S denselben gesetzlichen Vertreter haben (vgl. hierzu für die Bestimmung des § 892 BGB: RGZ 119, 126, 128 ff.). Abzustellen ist vielmehr auf die Gesellschafter. Die Beklagte hat behauptet, die H. sei eine Tochtergesellschaft der . Sollte sich ergeben, daß die I. alleinige Gesellschafterin der H. ist, läge kein Verkehrsgeschäft vor (vgl. RGZ aaO; vgl. auch RG HRR 1931 Nr. 591). Dasselbe würde gelten, wenn die Gesellschafter beider Gesellschaften identisch wären. Falls die weiteren Feststellungen ergeben, daß ein Verkehrsgeschäft vorliegt, wäre zu prüfen, ob die H. beim Erwerb des Schecks bewußt zum Nachteil der Beklagten gehandelt hat (Art. 22 ScheckG).

Sollte das Berufungsgericht zu der Feststellung gelangen, daß kein Verkehrsgeschäft vorliegt, könnte die Beklagte

der H. und damit auch dem Kläger gemäß § 404 BGB entgegenhalten, daß die dem Scheck zugrundeliegende Kaufpreisforderung nicht mehr besteht. Zwar hat die H. den Scheck erworben, als die Kausalforderung noch bestand. Der Schuldner kann nach § 404 BGB dem neuen Gläubiger bei einem gegenseitigen Vertrag jedoch nicht nur Einwendungen entgegenhalten, deren Voraussetzungen im Zeitpunkt der Abtretung bereits sämtlich vorlagen, sondern auch solche, die sich erst aus der Weiterentwicklung des Vertragsverhältnisses ergeben haben (vgl. BGH, Urteile vom 25. September 1958 - VII ZR 181/57, LM BGB § 326 (Ea) Nr. 3; vom 7. November 1980 - V ZR 50/79 - WM 1981, 199, 200 und vom 23. März 1983 - VIII ZR 335/81, NJW 1983, 1903, 1905; Palandt-Heinrichs, BGB 48. Aufl., § 404 Anm. 3a). Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Kaufpreisforderung der I. gegen die Beklagte untergegangen ist, nachdem die Beklagte am 23. Januar und 12. November 1984 den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt und die I. mit Schreiben vom 15. November 1984 nach Ablauf der zuvor gesetzten Frist mit Ablehnungsandrohung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt hat. Ob die Beklagte ein Rücktrittsrecht hatte und durch dessen Ausübung ein Anspruch auf Herausgabe des Schecks gemäß §§ 325 Abs. 1 Satz 1, 327 Satz 1, 346 Satz 1 BGB entstanden ist, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben. Denn andernfalls wäre die I. berechtigterweise gemäß § 326 BGB vorgegangen und der Beklagten stünde der Anspruch auf Herausgabe des Schecks in diesem Fall gemäß §§ 326 Abs. 1 Satz 2 und 3, 325 Abs. 1 Satz 2, 280 Abs. 2 Satz 2, 346 Satz 1 BGB zu. In jedem Fall besteht aufgrund des Herausgabeanspruchs eine Einwendung der Beklagten gegen die Scheckforderung.

Die Frage, ob der Rücktritt der Beklagten berechtigt war oder ob der I. gemäß § 326 BGB eine Schadensersatzforderung zusteht, bedarf auch nicht deshalb einer Entscheidung, weil der Kaufpreisscheck zur Realisierung dieser Forderung benutzt werden könnte. Dies ist nicht der Fall. Das Gesetz sieht eine solche Forderungsauswechslung nicht vor. Sie kann allerdings von den Vertragsparteien vereinbart werden (vgl. BGHZ 51, 69, 73). Das Berufungsgericht hat die Abreden zwischen der Beklagten und der I. aber rechtsfehlerfrei dahin ausgelegt, daß die Geltendmachung des Schecks für etwaige Schadensersatzansprüche nicht vorgesehen ist. Auch eine ergänzende Vertragsauslegung (vgl. hierzu BGHZ 51, 69, 74) in diesem Sinne kommt nicht in Betracht, weil Entstehung und Höhe eines Schadensersatzanspruches im Zeitpunkt der Scheckausstellung noch ungewiß waren.

b) Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangen, daß die Beklagte mit ihrer vorstehend unter a) erörterten Einwendung nicht durchdringt, ist ihr weiteres Vorbringen zu untersuchen, der Kläger habe sie durch arglistige Täuschung über die Größe der Nutzfläche und die Vermietung des Hauses zum Abschluß des Kaufvertrages und zur Ausstellung des Schecks veranlaßt. Soweit sie deshalb die Scheckbegebung gemäß § 123 BGB angefochten hat, macht sie eine nicht-urkundliche Gültigkeitseinwendung geltend, deren Zulässigkeit gegenüber Erwerbern des Schecks nicht nach Art. 22 ScheckG, sondern nach den Grundsätzen der Haftung für zurechenbar veranlaßten Rechtsschein zu beurteilen ist (vgl. Baumbach/Hefermehl aaO Art. 22 ScheckG, Rdn. 1, Art. 17 WechselG, Rdn. 30 ff., insbesondere 44). Ob der Kläger die Einwendungen bereits unter diesem Gesichtspunkt gegen sich gelten lassen mußte, braucht nicht entschieden zu

werden, weil der Beklagten gegen ihn bei Zugrundelegung des von ihr behaupteten Sachverhalts jedenfalls eine unmittelbare persönliche Einwendung zusteht, nämlich ein Anspruch gemäß §§ 826, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB (vgl. grundsätzlich zu dieser Einwendung gegen wertpapierrechtliche Ansprüche: BGH, Urteil vom 19. September 1957 - II ZR 1/56, WM 1957, 1334) auf Freistellung von der Scheckverbindlichkeit. Der Kläger könnte dann seine Scheckforderung nach Treu und Glauben nicht mehr gegen die Beklagte durchsetzen, weil er ihr alsbald zu erstatten hätte, was er von ihr erhielte (vgl. BGHZ 10, 69, 75; 38, 122, 126; 47, 266, 269 f.). Deshalb werden, sofern die anderen Einwendungen der Beklagten nicht durchgreifen sollten, Feststellungen zu dem - vom Kläger bestrittenen - tatsächlichen Vorbringen der Beklagten über eine arglistige Täuschung erforderlich sein.

II.

Soweit der Kläger seinen Antrag im Schriftsatz vom 5. März 1987 hilfsweise auf einen ihm in Höhe der Klagesumme abgetretenen Schadensersatzanspruch der I. gestützt hat, hat das Berufungsgericht die darin liegende Klageänderung gemäß § 263 ZPO für unzulässig erachtet, weil sie nicht sachdienlich sei und die Beklagte ihr auch nicht zugestimmt habe.

Das rügt die Revision zu Recht.

Die Klageänderung ist gemäß §§ 263, 267 ZPO zulässig, weil sich die Beklagte, ohne der Änderung zu widersprechen, in der mündlichen Verhandlung vom 9. März 1987 auf die

abgeänderte Klage eingelassen hat. Einlassung im Sinne des § 267 ZPO ist die sachliche Erwiderung auf das neue Klagevorbringen in der mündlichen Verhandlung (Zöller-Stephan, ZPO 15. Aufl. 1987, § 267 Rdn. 2; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 47. Aufl. 1989, § 267 Anm. 1). Diese liegt hier darin, daß der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten in der mündlichen Verhandlung am 9. März 1987 seinen Antrag auf Klageabweisung wiederholt und in dem gemäß § 283 ZPO nachgelassenen und fristgerecht eingereichten Schriftsatz vom 16. März 1987 ausgeführt hat, Schadensersatzansprüche der I. , mit denen der Kläger aus abgetretenem Recht seine Klageforderung stützen könne, seien nicht ersichtlich. Er hat zugleich eine Abschrift seiner Klageerwiderung vom 7. Januar 1985 vorgelegt, mit der er in dem Rechtsstreit 22 O 21234/84 Landgericht München I der Schadensersatzklage der I. gegen die Beklagte in der Sache entgegengetreten war, und die darin enthaltenen Ausführungen zum Gegenstand seines Vortrages im vorliegenden Rechtsstreit gemacht. Für den Fall, daß das Gericht die Wiederholung dieses Vortrages in einem gesonderten Schriftsatz für erforderlich ansehen sollte, hat er um einen Hinweis gemäß § 139 ZPO gebeten. Dieser gemäß § 283 ZPO nachgereichte Schriftsatz stellt eine Ergänzung der mündlichen Verhandlung vom 9. März 1987 dar (vgl. Stein-Jonas-Leipold, ZPO 20. Aufl. 1985, § 283 Rdn. 29), mit der sich die Beklagte auf die geänderte Klage in der Sache eingelassen hat, ohne der Änderung zu widersprechen. Ihre spätere Verweigerung der Zustimmung vermag daran nichts zu ändern.

Das Berufungsgericht wird deshalb, wenn sich aufgrund seiner weiteren Feststellungen nicht bereits die Scheckforderung des Klägers als begründet erweisen sollte, auch den mit der Klageänderung verfolgten Hilfsantrag sachlich zu prüfen haben.

Schimansky

Bundschuh

Dr. Schramm

Dr. Siol

Dr. Bungeroth