
Datum: 09.10.2001
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 6/01
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2001:1009.21U6.01.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 17 O 171/00

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 28.11.2000 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Sicherheitsleistung kann auch durch Bankbürgschaft erbracht werden.

Das Urteil beschwert die Klägerin in Höhe von 88.309,90 DM.

Tatbestand:

1

2

Der Beklagte beauftragte eine Firma W2 GmbH unter dem 23.04.1999 unter Einbeziehung der VOB/B mit den Bauleistungen "Kläranlage Abtsküche, Stickstoffelimination und Niederschlagswasserbehandlung, Los 2, M-Technik". Dem Vertrag lag ein Angebot der Firma W2 GmbH vom 26.10.1998 zugrunde, das mit einem Werklohn von 1.968.868,00 DM abschloß. Mit der Erstellung und Montage des im Rahmen dieser Arbeit im geschuldeten Sandfangräumers beauftragte die Firma W2 GmbH die Klägerin. Nach einem entsprechenden Angebot der Klägerin vom 27.07.1999 übersandte die Firma W2 GmbH der Klägerin unter dem 16.08.1999 ihre Bestellung der Werkleistung zu einem Pauschal festpreis von 105.500,00 DM netto. Gleichzeitig leitete die Firma W2 GmbH der Klägerin das von ihr ebenfalls unter dem 16.08.1999 unterzeichnete Exemplar eines Subunternehmervertrages zu. Wegen der Einzelheiten wird auf die zu den Akten gereichten Ablichtung (Bl. 188 bis 196) Bezug genommen. Die Klägerin unterzeichnete beide Urkunden, unter dem 31.08.1999 und übersandte der Firma W2 ebenfalls am 31.08.1999 eine Auftragsbestätigung (Bl. 197 ff. GA), mit der sie auf umseitige Vertragsbedingungen Bezug nahm.

Mit Abschlagsrechnung vom 16.09.1999 (Bl. 109 GA) stellte die Klägerin der Firma W2 GmbH 30 % des Pauschalwerklohns, das sind brutto 36.714,00 DM, in Rechnung, worauf die Firma W2 GmbH eine Zahlung von 34.847,30 DM erbrachte. Die Fertigstellung ihrer Arbeiten zeigte die Klägerin der Firma W2 mit Schreiben vom 08.12.1999 (Bl. 114 GA) an und bat um Abnahme. 3

Die Firma W2 GmbH ihrerseits hatte dem Beklagten am 22.11.1999 eine erste Abschlagsrechnung über insgesamt 504.405,12 DM erteilt (Bl. 42 bis 45 GA). In dieser Abschlagsrechnung ist der Titel "Sandfangräumer" mit einem Betrag von netto 172.944,00 DM enthalten, wobei 110.300,00 DM auf die Räumerbrücke, 52.644,00 DM auf die SandWasserFörderung und 10.000,00 DM auf die Schaltanlage entfielen. Der Beklagte zahlte am 29.12.1999 an die Firma W2 GmbH einen Betrag von 240.000,00 DM auf diese Abschlagsrechnung. Über die Berechtigung der weitergehenden Abschlagsforderung entwickelte sich eine streitige Korrespondenz zwischen der Firma W2 GmbH und dem Beklagten. Nach einer Zahlungsaufforderung vom 05.01.2000 unter Fristsetzung bis zum 12.01.2000 erklärte die Firma W2 GmbH durch anwaltliches Schreiben vom 14.01.2000 (Bl. 51 GA) die außerordentliche Kündigung des Werklieferungsvertrages gemäß § 9 Nr. 1 b VOB/B. Der Beklagte hielt die Kündigung für unwirksam, sah darin arber die endgültige Verweigerung der weiteren Vertragserfüllung und nahm dies zum Anlaß, mit Schreiben vom 26.01.2000 seinerseits die außerordentliche Kündigung des Vertrages zu erklären (Bl. 52 GA). 4

Mit Beschluß des Amtsgerichts Weiden (Oberpfalz) vom 14.02.2000 wurde über das Vermögen der Firma W2 GmbH die vorläufige Insolvenzverwaltung angeordnet. Zwischenzeitlich ist das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Die W OP e.G. legte mit Schreiben vom 14.02.2000 (Bl. 33 GA) dem Beklagten gegenüber die Globalzession alle Ansprüche der W GmbH offen. 5

Die Klägerin erteilte der Firma W2 GmbH unter dem 06.03.2000 ihre Rechnung, in der sie die Pauschalvergütung von 105.500,00 DM sowie Mehrkosten für Stehlager in geteilter Ausführung von 670,00 DM, insgesamt 106.170,00 DM netto, das sind 123.157,20 DM brutto berechnete und die erste Akontozahlung über 34.847,30 DM in Abzug brachte, so daß sich ein Restbetrag von 88.309,90 DM ergab. Mit Schreiben vom 31.03.2000 wies sie den Beklagten darauf hin, daß zwischen ihr und der Firma W2 GmbH ein verlängerter Eigentumvorbehalt vereinbart worden sei, und forderte den Beklagten zur Zahlung der Vergütung im Umfang ihrer Restwerklohnforderung gegen die Firma W2 GmbH von 6

88.309,90 DM auf. Diese Forderung wiederholte sie durch anwaltliches Schreiben vom 03.05.2000 unter Fristsetzung zum 12.05.2000.

Nach fruchlosem Ablauf der Zahlungsfrist hat die Klägerin den Betrag mit der Klage geltend gemacht. Sie hat die Auffassung vertreten, daß aufgrund eines zwischen ihr und der Firma W2 GmbH vereinbarten verlängerten Eigentumsvorbehalts Werklohnansprüche der Firma W2 GmbH gegen den Beklagten an sie in Höhe von 88.309,90 DM abgetreten worden seien. Hierzu hat sie behauptet, auf der Rückseite ihrer Auftragsbestätigung vom 31.08.1999 seien Vertragsbedingungen über einen Eigentumsvorbehalt sowie einen verlängerten Eigentumsvorbehalt abgedruckt gewesen. Der Text betreffend den verlängerten Eigentumsvorbehalt habe wie folgt gelautet:

Verlängerter Eigentumsvorbehalt 8

Alle unsere Lieferungen unterliegen dem verlängerten Eigentumsvorbehalt. Der Käufer ist berechtigt, die Ware im ordentlichen Geschäftsgang, jedoch nicht unter Gestehungskosten, weiter zu verkaufen und/oder zu verarbeiten. Er tritt der Firma B GmbH & Co. KG bereits jetzt alle ihm aus der Weiterveräußerung und/oder Verarbeitung erwachsenen Forderungen ab, zu deren Einzug er ermächtigt ist, solange er seinen Zahlungsverpflichtungen der Firma B GmbH & Co. KG gegenüber nachkommt und diese die Einziehungsermächtigung nicht widerruft. Auf Verlangen hat er der Firma B GmbH & Co. KG die zur Einziehung erforderlichen Angaben zu machen, Unterlagen auszuhändigen und dem Drittschuldner die Abtretung mitzuteilen. 9

Mit Schreiben vom 09.09.1999 (Bl. 95 GA), so hat die Klägerin behauptet, habe sie der Firma W2 GmbH die Klauseln zum Eigentumsvorbehalt und zum verlängerten Eigentumsvorbehalt erneut mitgeteilt und um Bestätigung gebeten, daß diese Vertragsbestandteil werden. Die Firma W GmbH habe das Schreiben unter dem 16.09.1999 unterzeichnet. Werklohnansprüche der Firma W2 GmbH gegen den Beklagten, so hat die Klägerin gemeint, seien deshalb in Höhe ihrer noch offenstehenden Forderungen gegen die Firma W2 GmbH wirksam an sie abgetreten worden. 10

Die Klägerin, die behauptet hat, in Höhe der Klageforderung Bankkredite zu einem Zinssatz von 11,25 % in Anspruch zu nehmen, hat beantragt, 11

den Beklagten zu verurteilen, an sie 88.309,90 DM nebst 11,5 % seit dem 13.05.2000 zu zahlen. 12

Der Beklagte hat beantragt, 13

die Klage abzuweisen. 14

Er hat die Auffassung vertreten, daß es bereits an einer wirksamen Abtretung fehle. Nachdem der Werkvertrag zwischen der Klägerin und der Firma W2 GmbH durch die Annahmeerklärung der Firma W2 GmbH vom 16.08.1999 wirksam zustande gekommen sei, habe die Klägerin durch ihre Auftragsbestätigung vom 31.08.1999 einen verlängerten Eigentumsvorbehalt nicht wirksam in den Vertrag einbeziehen können. Angesichts der vorangegangenen Globalzession zugunsten der W O wäre eine entsprechende Abtretung auch wirkungslos. 15

Der Beklagte hat weiterhin gemeint, daß ein evtl. auf die Klägerin übergegangener Anspruch durch Zahlung des Beklagten an die Firma W2 GmbH in Höhe von 240.000,00 DM erloschen 16

sei. Hilfsweise hat der Beklagte eine Tilgungsbestimmung dahin vorgenommen, daß mit der Zahlung die Teilforderung der Klägerin in voller Höhe erfüllt worden sei.

Weiter hilfsweise hat der Beklagte mit einem angeblichen Schadensersatzanspruch in Höhe der Klageforderung gegen die Firma W2 GmbH aufgerechnet. Hierzu hat er die Auffassung vertreten, berechtigterweise das Vertragsverhältnis mit der Firma W2 GmbH aus wichtigem Grund gekündigt zu haben, nachdem die Firma W2 GmbH ihrerseits eine Kündigung ausgesprochen habe, die jedoch unberechtigt gewesen sei. Wegen erheblicher Mängel der bisher ausgeführten Teilleistungen habe die Firma W2 GmbH über die seitens des Beklagten erbrachten Zahlen von 240.000,00 DM hinaus keine weitergehenden Forderungen stellen können. Aufgrund der durch die Firma W2 GmbH veranlaßten Kündigung sei dem Beklagten ein erheblicher Mehraufwand, Behinderungs- und Stillstandkosten, Preissteigerungen aus einer nunmehr notwendigen Neubeauftragung der Restarbeiten sowie erhöhte Abwasserabgaben wegen der zur vertretenden Verzögerung der Inbetriebnahme der Kläranlage entstanden, die insgesamt die Klageforderung überstiegen.

17

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Es hat die Auffassung vertreten, daß die Klägerin zwar im Wege des verlängerten Eigentumsvorbehalts eine Restwerklohnforderung der Firma W2 GmbH gegen den Beklagten in Höhe der Klageforderung wirksam erlangt habe. Durch das als kaufmännisches Bestätigungsschreiben zu wertende Schreiben der Klägerin vom 31.08.1999 seien ihre Klauseln, die einen verlängerten Eigentumsvorbehalt enthielten, wirksam in das Vertragsverhältnis mit der Firma W2 GmbH einbezogen worden. Die zeitlich vorgehende Globalzession der Firma W2 GmbH gegenüber der W O stehe der Wirksamkeit der Abtretung ebenfalls nicht entgegen. Der an die Klägerin abgetretene Forderungsteil sei jedoch durch Zahlung der Beklagten erloschen. Da die Zahlung von 240.000,00 DM geringer gewesen sei als die von der Firma W2 GmbH geltend gemachte Abschlagsforderung von 504.405,12 DM, sei eine verhältnismäßige Tilgung nach § 366 Abs. 2 BGB erfolgt. Die von der Klägerin erbrachten Leistungen seien in die Abschlagsrechnung mit netto 172.944,00 DM eingeflossen, was einem Anteil an der Gesamtrechnungssumme von 40 % entspreche. Demgemäß seien 40 % der Zahlung des Beklagten, das sind 96.000,00 DM, auf die Tilgung der Forderung der Klägerin entfallen. Da die Forderung lediglich in Höhe von 88.309,90 DM bestanden habe, sei sie in vollem Umfang durch die Zahlung des Beklagten getilgt worden. Die an die Firma W2 GmbH geleistete Zahlung müsse die Klägerin auch gegen sich gelten lassen.

18

Wegen der Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil (Bl. 120 bis 126 GA) Bezug genommen.

19

Das ihr am 05.12.2000 zugestellte Urteil ficht die Klägerin mit ihrer am 15.12.2000 eingegangenen und – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 15.02.2001 – am 13.02.2001 begründeten Berufung an. Sie vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen, wonach die geltend gemachte Werklohnforderung im Wege des verlängerten Eigentumsvorbehalts wirksam an sie abgetreten worden sei. Die Abtretung sei lediglich in Höhe des Wertes der von ihr erbrachten Leistungen erfolgt und habe deshalb nicht zu einer Übersicherung geführt. Die Klausel, mit der der verlängerte Eigentumsvorbehalt jedenfalls durch das von der Firma W2 GmbH unterzeichnete Schreiben der vom 09.09.1999 in den Vertrag einbezogen worden sei, sei auch hinreichend bestimmt.

20

Die Klägerin greift die Argumentation des Landgerichts zur Verrechnung der von der Beklagten geleisteten Zahlung in Höhe von 240.000,00 DM an und meint, daß eine Verrechnung auf den Forderungsteil von 88.309,90 DM schon deshalb nicht in Betracht komme, weil diese Forderung zum Zeitpunkt der Stellung der Abschlagsrechnung im

21

Verhältnis zwischen ihr, der Klägerin, und der Firma W2 noch nicht fällig gewesen sei. Zudem habe das Landgericht verkannt, daß sich in der Abschlagsrechnung nur ein Betrag von netto 120.300,00 DM auf Leistungen der Klägerin bezogen habe. Die Position 81.1.2 der Abschlagsrechnung, mit der 2 Stück "Sand-Wasser-Förderung" zum Preis von 52.644,00 DM netto berechnet worden seien, habe eine ausschließlich von der Firma W2 GmbH zu erbringende Leistung betroffen. Wenn man davon ausgehe und zudem berücksichtige, daß die Abschlagszahlung nur in Höhe von 223.416,00 DM angesetzt werden könne, verbleibe ein zu verrechnender Betrag von 61.796,86 DM, so daß jedenfalls 26.513,04 DM noch zu zahlen seien.

Der Beklagte hält die Abtretung weiterhin für unwirksam. Er bestreitet zum einen, daß der Auftragsbestätigung vom 31.08.1999 überhaupt Geschäftsbedingungen beigelegt gewesen seien. Weiterhin bestreitet er, daß das Schreiben der Klägerin vom 09.09.1999 tatsächlich unter dem 16.09.1999 von dem Mitarbeiter der Firma W2 GmbH L gegengezeichnet worden sei. Unabhängig davon, so behauptet der Beklagte, sei der Zeuge L nicht befugt gewesen, abweichende Vertragsbedingungen zu vereinbaren.

22

Der Beklagte meint zudem, daß die hier in Rede stehende Werklohnforderung von der behaupteten Abtretungsvereinbarung gar nicht erfaßt werde. Bereits der Wortlaut verhalte sich nicht über Werklohnforderungen. Jedenfalls sei die Abtretung unwirksam. Der Umfang der Abtretung im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts sei weder bestimmt noch bestimmbar; zudem habe eine Wertgrenze gefehlt, was die Übersicherung zur Folge haben könne und somit ebenfalls zur Unwirksamkeit der Klausel führe.

23

Der Beklagte bestreitet weiterhin das Bestehen einer fälligen Werklohnforderung der Klägerin gegen die Firma W2. Insoweit behauptet er, daß die Leistungen der Klägerin weder abgenommen noch abnahmefähig seien. Für den Fall, daß gleichwohl der geltend gemachte Werklohnanspruch an die Klägerin wirksam abgetreten worden sei, so meint der Beklagte, sei diese durch Erfüllung erloschen. Dem Beklagten habe wegen der fehlenden Kenntnis der Abtretung zum Zeitpunkt seiner Zahlung ein nachträgliches Tilgungsbestimmungsrecht zugestanden, das er dahin ausgeübt habe, daß in erster Linie die an die Klägerin abgetretene Forderung erloschen sein solle. Aber selbst wenn man von einer verhältnismäßigen Tilgung ausgehe, habe die Zahlung in Höhe von 240.000,00 DM zur Tilgung der mit der Klage geltend gemachten Restwerklohnforderung geführt, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt habe.

24

Schließlich verweist der Beklagte auf die bereits in erster Instanz geltend gemachte Hilfsaufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch wegen der durch die Firma W2 GmbH verursachten Kündigung aus wichtigem Grunde.

25

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt ihrer Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

26

Entscheidungsgründe:

27

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Der Klägerin steht der geltend gemachte Restwerklohnanspruch aus mehreren Gründen nicht zu; eine evtl. Werklohnforderung wäre zudem nicht fällig.

28

I.

29

30

Die mit der Klage geltend gemachte Teilwerklohnforderung der Firma W2 GmbH gegen den Beklagten ist nicht wirksam an die Klägerin abgetreten worden. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Klausel über den verlängerten Eigentumsvorbehalt, auf die sich die Klägerin allein stützen kann, überhaupt in den Vertrag mit der Firma W2 GmbH einbezogen worden ist, ob also der Auftragsbestätigung vom 31.08.1999 die von der Klägerin behaupteten Geschäftsbedingungen beigelegt waren und dadurch der Vertragsinhalt im übrigen abgeändert werden konnte oder ob die Firma W2 GmbH den Inhalt des Schreibens vom 09.09.1999 durch einen vertretungsberechtigten Mitarbeiter unterzeichnet und damit akzeptiert hat. Weiterhin kann offenbleiben, ob die Klausel über den verlängerten Eigentumsvorbehalt, in der von Lieferung von Ware an einen Käufer die Rede ist, den hier in Rede stehenden Vertrag über die Fertigung und Montage des Sandfangräumers überhaupt erfaßt, was der Beklagte in Abrede stellt. Selbst wenn der verlängerte Eigentumsvorbehalt mit der von der Klägerin dargelegten Formulierung in den Vertrag zwischen ihr und der Firma W2 GmbH einbezogen worden sein sollte und die Klausel dahin ausgelegt werden könnte, daß sie sich auch auf die zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Leistung erstreckt, kann darauf die Abtretung nicht gestützt werden. Die Vereinbarung des verlängerten Eigentumsvorbehalts wäre nämlich wegen Übersicherung nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit unwirksam.

Die von Anfang an bestehende Übersicherung läßt das zugrunde liegende Geschäft als sittenwidrig erscheinen, wenn es im Zeitpunkt seines Abschlusses nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht vereinbar ist (BGH NJW 1998, 2047). Dies setzt zum einen eine tatsächliche Übersicherung und zum anderen eine verwerfliche Gesinnung des Sicherungsnehmers voraus (BGH a.a.O.). Beide Voraussetzungen liegen hier vor. 31

1. 32

Das Sicherungsinteresse der Klägerin erstreckt sich nach dem Vertragsinhalt auf eine Forderung gegen die Firma W2 GmbH in Höhe von brutto 122.380,00 DM. Die im Wege des verlängerten Eigentumsvorbehalts abgetretene Werklohnforderung der Firma W2 gegen den Beklagten hatte dagegen einen Nennwert von brutto 1.968.868,00 DM. Das bedeutet eine Sicherung in Höhe des 16fachen der zu sichernden Forderung, wofür es keinerlei Anlaß gab. Bei dem Beklagten drohte realistischweise auch kein Forderungsausfall, so daß selbst ein Sicherheitszuschlag nicht angezeigt war. 33

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist bei der hier vorzunehmenden Prüfung davon auszugehen, daß von der Zession im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts die gesamte Werklohnforderung der Firma W2 GmbH gegen den Beklagten erfaßt wird und nicht lediglich ein Teilbetrag, der sich auf die von der Klägerin erbrachte Leistung bezieht, das hieße in Höhe des Werklohnanspruchs der Firma W2 GmbH bezüglich des Sandfangräumers. Die letztgenannte Auffassung ist mit dem Wortlaut der Klausel nicht in Einklang zu bringen. Nach Satz 3 der Klausel trat die Firma W2 GmbH der Klägerin "alle ... aus der Weiterveräußerung und/oder Verarbeitung erwachsenen Forderungen" ab. Da der von der Klägerin geschuldete Sandfangräumer nicht isoliert weiterveräußert werden sollte, wie beiden Vertragsparteien bekannt war, sondern Teil einer von der Firma W2 GmbH als Ganzes geschuldeten Kläranlage war, spricht die Formulierung "alle ... erwachsenen Forderungen" dafür, daß die gesamte Werklohnforderung aus dem Vertragsverhältnis, zu deren Erfüllung der Sandfangräumer geleistet werden sollte, abgetreten wurde. Eine Wertgrenze etwa auf den zu sichernden Werklohnanspruch oder den Anteil, mit dem der Sandfangräumer in die Werklohnforderung der Firma W2 GmbH gegen den Beklagten einfließen würde, ist nicht zum 34

Ausdruck gebracht. Soweit die Klägerin meint, diese Wertgrenze ergebe sich aus der Regelung in Satz 2 der Klausel, wonach der Käufer berechtigt sei, die Ware im ordentlichen Geschäftsgang, jedoch nicht unter Gestehungskosten weiter zu verkaufen und/oder zu verarbeiten, kann der Senat dem nicht folgen. Hierin wird lediglich eine Beschränkung für die Weiterveräußerung bzw. Weiterverarbeitung geregelt.

Eine Beschränkung der nachfolgend geregelten Abtretung für den Fall, daß die vom Zessionar erbrachte Leistung im Rahmen einer von dem Zedenten geschuldeten umfassenden Werkleistung erbracht wird, ist damit nicht erfolgt. 35

Die Klausel ist auch ungeachtet des Wortlauts im Wege der teleologischen Auslegung nicht dahin zu reduzieren, daß die Parteien statt einer Vollabtretung tatsächlich nur eine Teilabtretung der Werklohnforderung gewollt hatten, um der mit der Vollabtretung typischerweise verbundenen unverhältnismäßigen Übersicherung und der daraus folgenden Unwirksamkeit des verlängerten Eigentumsvorbehalts zu entgehen. Eine solche einschränkende Auslegung, die im Wortlaut keine Stütze findet, widerspricht der Unklarheitenregel des § 5 AGBG (vgl. BGHZ 98, 303, 312). Nach dieser Vorschrift gehen Zweifel bei der Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders. Die Klägerin hat hier die Klausel über den verlängerten Eigentumsvorbehalt vorformuliert und der Firma W2 GmbH gestellt, so daß allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen, selbst wenn sie in einer allein darauf gerichteten Vereinbarung gemäß Schreiben vom 09.09./16.09.1999 enthalten waren. 36

Die von der Klägerin befürwortete einschränkende Auslegung der Abtretungsvereinbarung verstieße weiterhin gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion und hätte schließlich zur Folge, daß die Teilabtretung mangels hinreichender Bestimmtheit ihres Umfangs unwirksam wäre (vgl. BGHZ 98, 303, 312). Daß die Abtretung lediglich im Umfang der "Gestehungskosten", also des Rechnungsbetrages der Vorbehaltsware gewollt war, läßt sich der Klausel nicht mit ausreichender Deutlichkeit entnehmen, wie bereits dargelegt worden ist. 37

2. 38

Die nach § 138 Abs. 1 BGB notwendige verwerfliche Gesinnung der Klägerin als Sicherungsnehmerin läßt sich aus der vielfachen Übersicherung ableiten, mit der die wirtschaftliche Handlungsfähigkeit der Zedentin wesentlich eingeschränkt worden ist, ohne daß dem ein berechtigtes Sicherungsinteresse der Klägerin zugrunde lag. Eine anderweitige Beurteilung wäre lediglich dann angezeigt, wenn sich der vertraglichen Vereinbarung ein Freigabeanspruch der Sicherungsgeberin für den Fall der Übersicherung entnehmen ließe. Das ist jedoch nicht der Fall. Zwar hat der Große Senat des BGH in seiner Entscheidung vom 27.11.1997 (BGHZ 137, 212 = NJW 1998, 671) ausgeführt, daß der Sicherungsgeber bei formularmäßig bestellten revolvingierenden Globalsicherungen im Falle nachträglicher Übersicherungen einen Freigabeanspruch auch dann habe, wenn der Sicherungsvertrag keine Freigabeklausel enthalte. Dies folge aus dem Zweck der fiduziarischen Sicherungsabrede. Das Fehlen einer ausdrücklichen Freigabeklausel berühre damit nicht mehr die Wirksamkeit der Sicherungsabtretung im übrigen. 39

Dies gilt jedoch lediglich für den Fall der nachträglichen Übersicherung, d.h. die Situation, daß die zu sichernde Forderung und der Wert der Sicherheiten nach Vertragsschluß auseinanderlaufen, nicht für den Fall einer ursprünglichen Übersicherung (BGH NJW 1998, 671, 674; NJW 1998, 2047). Bei ursprünglicher Übersicherung, also dann, wenn bereits bei Vertragsschluß gewiß ist, daß im noch ungewissen Verwertungsfall ein auffälliges 40

Mißverhältnis zwischen dem realisierbaren Wert der Sicherheit und der gesicherten Forderung bestehen wird, gibt es keinen Grund, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ohne entsprechende Regelung einen Freigabeanspruch des Sicherungsgebers anzunehmen. Da die Wertverhältnisse bereits bei Vertragsschluß offenbar sind, ist die Situation grundlegend anders zu beurteilen, als bei einer erst nachträglich eingetretenen Divergenz von Forderung und Wert der Sicherheit.

Um einen Fall der ursprünglichen Übersicherung handelt es sich im Streitfall. Bei unterstellter – Vereinbarung des verlängerten Eigentumsvorbehalts standen sowohl die zu sichernde Werklohnforderung aus dem Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Firma W2 GmbH als auch die künftigen Vergütungsansprüche der Firma W2 GmbH gegen den Beklagten im wesentlichen fest. Geringfügige Änderungen des Leistungsumfangs, die erfahrungsgemäß bei umfangreichen Baumaßnahmen auftreten können und sich auch auf die Höhe der Vergütung auswirken, sind angesichts des erheblichen Umfangs der Übersicherung ohne Bedeutung. 41

Nach alledem erweist sich die Abtretungsvereinbarung wegen Übersicherung als sittenwidrig und damit nichtig. 42

II. 43

Selbst wenn man von einer wirksamen Abtretung eines (Teil)Vergütungsanspruchs der Firma W2 GmbH gegen den Beklagten ausgehen wollte, wäre die Klage jedenfalls derzeit unbegründet, da es an der Fälligkeit der Werklohnforderung fehlt. Die Klägerin macht einen Teilanspruch aus der Abschlagsrechnung der Firma W2 GmbH vom 22.11.1999 geltend. Eine Klage auf Abschlagszahlung scheidet aber aus, nachdem der zugrunde liegende Werkvertrag spätestens durch die Kündigung des Beklagten beendet worden ist, denn durch die Kündigung wird das Schlußabrechnungsverfahren eingeleitet (Ingenstau/Korbion/Locher, 14. Aufl., B § 16 Rn. 76). In dieser Situation ist die Schlußrechnung zu legen, die dann allein Grundlage eines evtl. Werklohnanspruchs sein kann. Da es bisher an einer Schlußrechnung fehlt, die nach §§ 16 Nr. 3, 14 VOB/B Fälligkeitsvoraussetzung für den Werklohn ist, kann die Klage auch dann keinen Erfolg haben, wenn man das Klagebegehren dahin umdeutet, daß tatsächlich ein Teilbetrag der Schlußzahlung verlangt wird. Daß die VOB/B zwischen der Firma W2 GmbH und dem Beklagten vereinbart worden war, ergibt sich aus dem vorgelegten Auszug des Auftrags vom 23.04.1999 (Bl. 32 GA). 44

An den dargestellten Fälligkeitsvoraussetzungen ändert sich auch nichts dadurch, daß nicht die ursprüngliche Auftragnehmerin, sondern die Klägerin als Zessionarin die Werklohnansprüche geltend macht. Der Senat verkennt nicht, daß die Erstellung einer Schlußrechnung für die Klägerin als Außenstehende mit erheblichen Problemen verbunden ist. Dieses Risiko ist jedoch typischerweise mit der hier gegebenen Sicherungszession verbunden, wenn der Sicherungsfall eintritt, bevor der Sicherungsgeber die formellen Voraussetzungen zur Durchsetzung der Forderung geschaffen hat. 45

III. 46

Selbst wenn entgegen den vorstehenden Ausführungen die Klägerin noch berechtigt wäre, aus der Abschlagsrechnung vom 22.11.1999 vorzugehen und man eine wirksame Abtretung lediglich in Höhe der Klageforderung unterstellt, ist der Anspruch durch Erfüllung erloschen. Der Beklagte hat mit seiner Zahlung in Höhe von 240.000,00 DM die von der Klägerin nunmehr geltend gemachte Teilforderung erfüllt. 47

Es kann dahingestellt bleiben, ob bei Annahme einer verhältnismäßigen Tilgung nach § 366 Abs. 2 BGB entsprechend den Darlegungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil der – wie hier unterstellt wird – an die Klägerin lediglich abgetretene Teilanspruch in voller Höhe erfüllt worden wäre. Dies begegnet dann Zweifeln, wenn der Anteil der von der Klägerin erbrachten Leistung in der Abschlagsrechnung nicht, wie vom Landgericht angenommen worden ist, einen Betrag von 172.944,00 DM ausmacht, sondern lediglich 120.300,00 DM beträgt, wie die Klägerin geltend macht, die behauptet, daß die Position "SandWasserFörderung" mit 52.644,00 DM nicht Gegenstand ihrer Leistung gewesen sei. Diese Frage bedarf jedoch keiner abschließenden Klärung, da wegen einer von dem Beklagten vorgenommenen anderweitigen Tilgungsbestimmung kein Raum für eine anteilige Tilgung nach § 366 Abs. 2 BGB ist. Der Beklagte hat ausdrücklich erklärt, daß eine Verrechnung seiner Abschlagszahlung in erster Linie auf Forderungsteile vorzunehmen sei, die evtl. an die Klägerin abgetreten worden seien. In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, daß im Falle von Teilabtretungen, etwa aufgrund eines verlängerten Eigentumsvorbehalts, § 366 BGB entsprechend anwendbar ist (BGHZ 47, 168, 170; BGH NJW 1991, 2629, 2630). Demgemäß ist der Schuldner berechtigt, entsprechend § 366 Abs. 1 BGB bei der Erbringung von Teilleistungen zu bestimmen, daß ein Teil der durch den verlängerten Eigentumsvorbehalt aufgespaltenen Forderung getilgt sein soll.

Die Tilgungsbestimmung seitens des Beklagten ist auch nicht deshalb unbeachtlich, weil sie erst nach Vornahme der Zahlung erfolgt ist. Zwar sieht § 366 Abs. 1 BGB vor, daß die Tilgungsbestimmung "bei der Leistung" erfolgt. Eine nachträgliche Tilgungsbestimmung durch den Schuldner entfaltet danach grundsätzlich keine Wirkungen. Hiervon ist jedoch für den Fall eine Ausnahme zu machen, daß der Schuldner zum Zeitpunkt der Leistung nicht wußte, daß die Forderung auf verschiedene Gläubiger aufgespalten war und er deshalb ein Leistungsbestimmungsrecht hatte. Unter diesen Umständen ist dem Schuldner ein nachträgliches Tilgungsbestimmungsrecht zuzubilligen (MünchKommWenzel, 4. Aufl., § 366 Rn. 3; ErmanWestermann, 10. Aufl., § 366 Rn. 8; Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 366 Rn. 3; Derleder AcP 169 (1969), 107, 112; a.A. StaudingerOlzen (2000) § 366 Rn. 23; Gernhuber, Erfüllung, § 7 I 2 c). Allein dadurch wird die der gesetzlichen Regelung zugrunde liegende Vorstellung wirkungsvoll realisiert, daß der Schuldner bei einer Leistung das Wahlrecht haben soll, die zu tilgende Schuld frei zu bestimmen. Die Ausübung dieses Wahlrechts setzt aber voraus, daß der Schuldner überhaupt Kenntnis von einem Wahlrecht hat, was bei einem nicht offengelegten verlängerten Eigentumsvorbehalt nicht der Fall ist. Wenn sein Gläubiger einen Teil der Forderung ohne sein Wissen abtritt, könnte diese stille Zession den Schuldner insoweit benachteiligen, als er bei Zahlung nicht die Möglichkeit hätte, die möglicherweise lästigen neuen Gläubiger vorab zu befriedigen. Allein dieser Gesichtspunkt rechtfertigt nach Auffassung des Senats die Auslegung des § 366 Abs. 1 BGB dahin, daß bei Unkenntnis des Schuldners von seinem Wahlrecht zum Zeitpunkt der Leistung ein nachträgliches Tilgungsbestimmungsrecht besteht. Unerheblich ist dabei, daß auch im Falle einer Leistungszuordnung entsprechend § 366 Abs. 2 BGB Gegenrechte des Schuldners wegen §§ 404, 406, 407 BGB nicht abgeschnitten werden, was StaudingerOlzen (a.a.O.) zur Begründung der entgegenstehenden Ansicht in den Vordergrund stellt.

Der Beklagte hatte zum Zeitpunkt der Zahlung an die Firma W2 GmbH auch keine Kenntnis von der Abtretung von Teilansprüchen im Wege des verlängerten Eigentumsvorbehalts. Allein der Umstand, daß die Vereinbarung verlängerter Eigentumsvorbehalte in der Branche üblich seien, wie die Klägerin behauptet, führt nicht zu positiver Kenntnis des Beklagten, so lange die Abtretung ihm gegenüber nicht offengelegt worden war. Auf Vermutungen mußte sich der Beklagte nicht einlassen, zumal nicht ersichtlich ist, daß ihm der genaue Umfang der durch die Klägerin als Subunternehmerin der Firma W2 GmbH erbrachten Leistungen und die

Höhe einer evtl. Teilabtretung bekannt waren.

IV. 51

Die Berufung der Klägerin hat nach alledem keinen Erfolg und war mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 52