

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 173/92

Verkündet am:
8. Dezember 1993
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma Kuno G [REDACTED] E [REDACTED], Inhaber Kuno G [REDACTED],
M [REDACTED] Ring [REDACTED], W [REDACTED],

Klägerin, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Waltraud S [REDACTED] GmbH, vertreten durch die Geschäftsführerin
Waltraud S [REDACTED], F [REDACTED]-E [REDACTED]-Straße [REDACTED], W [REDACTED],

Beklagte, Revisionsbeklagte
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Streitverkündete:

K [REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Klaus K [REDACTED],
J [REDACTED]straße [REDACTED], N [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und [REDACTED],
II. Instanz: [REDACTED], [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 1993 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Zülch, Dr. Paulusch, Groß und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 9. Juli 1992 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist.

Die Anschlußrevision der Beklagten gegen das vorbezeichnete Urteil wird zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin handelt mit Edelstahlblechen. Die Beklagte vertreibt Behälter für die Getränkeindustrie. Beide standen mit der S. GmbH in Geschäftsbeziehungen, die u.a. solche Behälter herstellte. Die S. GmbH befindet sich inzwischen in Liquidation. Am 11. Oktober 1982 hatte sie sämtliche künftige Forderungen an die Klägerin, am 15. Oktober 1984 die Forderungen gegen ihre Schuldner mit den Anfangsbuchstaben A bis W an die F. R. bank und am 23. Januar 1985 sämtliche künftigen Forderungen an Maria W. abgetreten.

Im April 1985 erhielt die Beklagte von der Bezirkswinzergenossenschaft W. den Auftrag zur Lieferung von 60 Weinlagertanks (= 30 Tankeinheiten, bestehend aus Sattel- und Bodentank) zum Preise von insgesamt 265.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer. Sie bestellte ihrerseits am 23. April 1985 die Tanks bei der S. GmbH zum Preise von zusammen 240.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer. Ein erster Teil, bestehend aus 12 Tankeinheiten (Pos. 3 und 4 des Auftrages), sollte Anfang August 1985, der Rest vier Wochen später geliefert werden. Die S. GmbH trat aus dem Gesamtauftrag eine Teilforderung in Höhe von 81.000 DM an die Klägerin ab. Die Beklagte bestätigte die Abtretung, die ihr mit Schreiben vom 9. Mai 1985 offengelegt worden war, am 7. August 1985 und sicherte der Klägerin Zahlung nach Eingang der Summe bei ihr zu. Diese Abtretung erhöhte die Firma S. GmbH mit Zustimmung der Beklagten Mitte August 1985 auf 109.440 DM, nachdem sich die Klägerin bereiterklärt hatte, zur Fertig-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

stellung der ersten Teillieferung noch fehlende Edelstahlbleche an die S. GmbH zu liefern. Die Beklagte akzeptierte auch diese Abtretung und sagte zu, den Teilbetrag von 109.440 DM an die Klägerin zu zahlen. Die Klägerin führte die Lieferung in einem Umfang von insgesamt 4.584 kg unter Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehaltes aus und stellte sie der S. GmbH am 19. August 1985 mit 24.822,36 DM in Rechnung.

Ende August 1985 befand sich die S. GmbH in Auflösung. Um die Fertigstellung der Tanks sicherzustellen, kam es am 28. August 1985 und 1. September 1985 zu Vereinbarungen, über die stichwortartige Niederschriften gefertigt und die von den jeweils Beteiligten unterschrieben wurden.

Die Niederschrift der Vereinbarung vom 28. August 1985, bei der für die Beklagte deren Bevollmächtigter Konrad Sc[REDACTED], für die S. GmbH deren Gesellschafter Josef S[REDACTED] sowie deren Angestellter Jürgen R[REDACTED] und für die Klägerin deren Inhaber Kuno G[REDACTED] handelten, lautet:

- "1) Für die 12 kub Tanks à 5.000 Ltr. sind Böden und Dächer fertig. Vormat. von KGW (= Klägerin). Bleche (aus Lieferg. KGW - M x 2,5 - liegen im Lager) Fa. Sc[REDACTED] (= Beklagte) hat 12 Satz Armaturen (kompl.) bereitgestellt.
- 2) Herren S[REDACTED] + R[REDACTED] stellen ab morgen Arbeitskolonne, die v.g. Tanks bis 8.9. fertig stellen.
- 3) Aufwand pro Tank 32 Stdn x 12 Tanks = 384 Stdn
- 4) KGW ist bereit DM 5.760,-- (fünftausendsiebenhundertsechzig) sofort nach einwandfreier Abnahme, in bar oder Scheck zu bez.

5) Termin mit 2 ist Fixtermin. Fa. Sc[REDACTED] holt Tanks 9.9.85."

Die Niederschrift der Vereinbarung vom 1. September 1985, an der für die Beklagte deren Bevollmächtigter Konrad Sc[REDACTED], für die Klägerin deren Inhaber Kuno G[REDACTED] und für die F[REDACTED] Bank deren Bevollmächtigter B[REDACTED] beteiligt waren, hat auszugsweise folgenden Inhalt:

"1) W[REDACTED] (1. Teill./Abtretung KGW ~ 109')

- a) Mat. vorhanden (von KGW)
- b) Kanten + biegen b. Binder. Kosten KGW
- c) Wir zahlen nach Aufstellg. d. Tank beim Weingut W[REDACTED] Löhne Scheck an H. B[REDACTED]. Bitte zur Auszahlg. (bar) gem. Vertrag vom 28.8.85

2) W[REDACTED] (2. Teill ~ 145 + MWST)

- a) Wir liefern 10 to Bl. an W. Sc[REDACTED]. Berechnung an Sch. Einlagerung bei F[REDACTED] Bank. H. B[REDACTED] gibt sugg. frei.

...

- h) Nach Abschl. W[REDACTED] wird Nachkalku. erstellt. Bruttoerlös wird aufgeteilt zu Gunsten
60 % F[REDACTED] Bank
40 % KGW G[REDACTED]."

Die Tanks der ersten Teillieferung wurden sodann fertiggestellt und an die Abnehmerin der Beklagten ausgeliefert.

Unter dem Datum des 23. August 1985 stellte die S. GmbH diese Tanks der Beklagten mit 109.440 DM in Rechnung und forderte unter Hinweis auf die erfolgte Abtretung Zah-

lung zugunsten der Klägerin. Die Rechnung ging Anfang September 1985 bei der Beklagten ein.

Am 4. September 1985 wandte sich die in der Berufungsinstanz der Beklagten als Streitverkündete beigetretene Firma K [REDACTED] GmbH an die Beklagte und wies darauf hin, von ihr seien wesentliche Grundmaterialien an die Beklagte unter Eigentumsvorbehalt geliefert worden, so daß sie Eigentümerin der hergestellten Gegenstände geworden sei; außerdem seien Forderungen aus dem Vertrieb der Gegenstände vorab an sie abgetreten.

Der von der Beklagten ihrer Abnehmerin für die erste Teillieferung berechnete Betrag von 132.559,20 DM wurde am 7. Oktober 1985 gezahlt. Die Behälter aus der vorgesehenen zweiten Teillieferung wurden durch die Streitverkündete fertiggestellt.

Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin die Beklagte auf Zahlung von 109.440 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen. Die Beklagte hat mit Gegenforderungen und Schadensersatzansprüchen, die ihr angeblich gegen die S. GmbH zustehen, die Aufrechnung erklärt, ein Zurückbehaltungsrecht wegen Nichterfüllung des Gesamtauftrages durch die S. GmbH geltend gemacht und auf die ihrer Meinung nach der Abtretung an die Klägerin vorgehenden Globalzessionen an die R [REDACTED] bank und Maria W [REDACTED] verwiesen.

Das Landgericht hat der Klage mit Ausnahme eines Teils der begehrten Zinsen stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten, mit der diese außerdem geltend machte, sie habe

der S. GmbH als Vorkasse zu dem Auftrag "Wonnegau" vier Wechsel vom 15. Juli 1985 über insgesamt 35.000 DM gegeben, die sie zu den Fälligkeitsdaten - dem 15. August, 31. August, 15. September und 30. September 1985 - eingelöst habe, hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil geändert. Es hat die Verurteilung der Beklagten lediglich in Höhe von 24.822,36 DM nebst Zinsen hieraus aufrechterhalten und die Klage im übrigen abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt. Die Beklagte hat sich dem Rechtsmittel mit dem Ziel der völligen Klageabweisung angeschlossen.

Entscheidungsgründe:

A) Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Das angefochtene Urteil läßt sich, soweit zum Nachteil der Klägerin entschieden wurde, weder mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung noch aus anderen Gründen aufrechterhalten.

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin habe aus der Abtretung der Werklohnforderung der S. GmbH über einen Zahlungsanspruch in Höhe von 24.822,36 DM hinaus keine Rechte gegen die Beklagte erlangt. Die Abtretung von insgesamt 109.440 DM sei ins Leere gegangen, weil die S. GmbH die Forderung bereits vorher, nämlich am 15. Oktober 1984 an die F. R. [REDACTED] bank durch wirksame Globalzession abgetreten habe. Es könne daher offenbleiben, ob der strei-

tigen Abtretung nicht auch die Globalzessionen zugunsten der M. W. vom 23. Januar 1985 und der Klägerin selbst vom 11. Oktober 1982 vorgingen. Es brauche auch nicht entschieden zu werden, ob letztere wirksam gewesen sei und noch bestehe, da die Klägerin im vorliegenden Verfahren daraus keinerlei Rechte herleite. Die Abtretung der Werklohnforderung aus der ersten Teillieferung sei auch nicht dadurch wirksam geworden, daß die F. R. [REDACTED] bank sich bei der Besprechung am 1. September 1985 mit der Auszahlung der 109.400 DM an die Klägerin einverstanden erklärt habe. Dieses Einverständnis habe allenfalls die Bedeutung eines Verzichts der R. [REDACTED] bank auf ihre Rechte aus der Globalzession vom 15. Oktober 1984 haben können. Hierdurch sei aber die wegen der Vorausabtretung an diese Bank unwirksame Abtretung der Werklohnforderung in Höhe von 109.440 DM an die Klägerin nicht nachträglich wirksam geworden. Dazu hätte es "zumindest" einer erneuten Abtretung an die Klägerin seitens der S. GmbH bedurft. Daran fehle es aber.

Bei den Besprechungen vom 28. August und 1. September 1985 seien auch keine selbständigen neuen Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte etwa in Form eines Werkvertrages, eines abstrakten Schuldanerkenntnisses oder einer Schuldmitübernahme begründet worden.

II. Das hält der rechtlichen Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Nicht zu beanstanden sind allerdings die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es die Begründung einer selbständigen Zahlungsverpflichtung der Beklagten gegenüber

der Klägerin verneint hat. Die Revision wendet sich hiergegen auch nicht.

2. Zutreffend ist ferner der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß bei Mehrfachabtretungen grundsätzlich die zeitlich frühere gilt und daher eine spätere Abtretung nicht zum Erwerb der Forderung durch den Zessionar führt.

3. Von Rechtsfehlern beeinflußt ist dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Abtretung der Werklohnforderung der S. GmbH aus der ersten Teillieferung in Höhe von 81.000 DM bzw. 109.440 DM an die Klägerin sei an der zeitlich früheren Globalzession zugunsten der R. bank gescheitert.

a) Unzutreffend ist insoweit schon seine Auffassung, es sei unerheblich, ob die Globalzession zugunsten der Klägerin vom 11. Oktober 1982 wirksam gewesen sei und noch bestehe. Wäre das nämlich zu bejahen, so hätte diese Abtretung - gleichgültig ob die Klägerin daraus im vorliegenden Verfahren Rechte herleitet oder nicht - einem Rechtserwerb der R. bank durch die zu deren Gunsten erfolgte spätere - schwebend unwirksame - Globalzession entgegengestanden. Die Bank hätte keine Rechtsposition erlangt, die eine wirksame Abtretung der streitigen Werklohnforderung an die Klägerin hindern konnte. Gleiches gälte auch hinsichtlich der zeitlich ebenfalls späteren Globalzession an M. W..

Das Berufungsgericht wird daher gegebenenfalls die Wirksamkeit und den Fortbestand der Globalzession vom 11. Oktober 1982 noch zu klären haben.

b) Ungeachtet dessen könnte aber auch bei Unbeachtlichkeit dieser Globalzession dem Standpunkt des Berufungsgerichts nicht beigespflichtet werden.

Die Klägerin hat unter Beweisantritt vorgetragen, die R[REDACTED]bank habe sich bei der Besprechung vom 1. September 1985 mit der Auszahlung der 109.400 DM an die Klägerin einverstanden erklärt. Mangels gegenteiliger Feststellung des Berufungsgerichts ist daher für die Revisionsinstanz von der Richtigkeit dieser Behauptung auszugehen. Der Bedeutung eines solchen Einverständnisses wird die Beurteilung durch das Berufungsgericht nicht gerecht. Es hat es lediglich unter dem Blickwinkel eines Verzichts der Bank auf ihre Rechte aus der Globalzession geprüft und gemeint, ein derartiger Verzicht habe die ins Leere gehende unwirksame Abtretung der Werklohnforderung an die Klägerin nicht wirksam gemacht; "hierzu hätte es zumindest einer" - nicht erfolgten - "erneuten Abtretung an die Klägerin seitens der S. GmbH bedurft". Damit hat das Berufungsgericht, was die Revision zu Recht rügt, das Einverständnis rechtlich unzulänglich gewürdigt. Bei Mehrfachabtretungen handelt es sich bei den der ersten nachfolgenden um Verfügungen eines Nichtberechtigten, von denen die eine oder die andere durch den Berechtigten mit der Folge genehmigt werden kann (§ 185 Abs. 2 BGB), daß sie als zunächst schwebend unwirksame Abtretung gemäß § 184 Abs. 1 BGB rückwirkend zur vollen Wirksamkeit erstarkt (BGH, Urteil vom 15. Januar 1990 - II ZR 311/88 = WM 1990, 600, 602 unter III 2 a). Dies und die sich geradezu aufdrängende Frage, ob in dem Einverständnis der Raiffeisenbank zur Auszahlung des Betrages der an die Klägerin einzeln abgetretenen Forderung nicht zugleich eine

solche Genehmigung lag, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft nicht erwogen. Es liegt nahe, die Frage zu bejahen, wenn - wofür auch der Besprechungsvermerk vom 1. September 1985 spricht - die R[REDACTED]bank tatsächlich der Auszahlung der an die Klägerin abgetretenen Forderung zugestimmt hat.

Einem unter dieser Voraussetzung wirksamen Forderungserwerb der Klägerin stand auch nicht, was das Berufungsgericht offengelassen hat, die der Abtretung an die Klägerin ebenfalls zeitlich vorangehende Globalzession zugunsten der M. W. im Wege. Dieser gegenüber genoß die Globalzession an die R[REDACTED]bank Priorität, so daß M. W. keine Rechtsposition erlangt hatte, die durch die Abtretung an die Klägerin hätte beeinträchtigt werden können. Die an M. W. erfolgte Abtretung war ebenso wie die zugunsten der Klägerin erfolgte Einzelabtretung im Jahre 1985 schwebend unwirksam. Welche davon die R[REDACTED]bank als Berechtigte genehmigte, stand in ihrem Belieben.

4. Sollte das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung zu der Feststellung gelangen, daß ein Forderungserwerb der Klägerin durch die Abtretungen der S. GmbH nicht an der früheren Globalzession zugunsten der R[REDACTED]bank scheiterte, wird es den Einwänden der Beklagten nachzugehen haben, soweit diese hierauf nicht nach Offenlegung der Abtretungen verzichtet haben sollte. Für einen solchen Verzicht könnten, was allerdings Auslegungsfrage ist, ihre der Klägerin gegenüber im August 1985 abgegebenen Zahlungszusagen sprechen (vgl. dazu Senatsurteil vom 23. Juni 1971 - VIII ZR 40/70 = DB 1971, 1347 sowie BGH, Urteile vom

25. Mai 1973 - V ZR 13/71 = NJW 1973, 2019 und 4. November 1976 - VII ZR 74/75 = DB 1977, 539).

Was die von der Beklagten behaupteten Wechselzahlungen anbelangt, wird gegebenenfalls im Hinblick auf § 407 BGB zu beachten sein, daß die vier Wechsel im Gesamtbetrag von 35.000 DM erst nach der Offenlegung der ersten Abtretung über 81.000 DM gegeben worden sind (vgl. dazu allgemein BGH, Urteil vom 21. Juni 1976 - II ZR 85/75 = WM 1976, 903). § 407 BGB könnte darüberhinaus auch hinsichtlich einer eventuell von der Beklagten vorgenommenen Verrechnung der Werklohnforderung mit dem Kaufpreis für behauptete eigene Materiallieferungen an die S. GmbH (20.755,70 DM) von Bedeutung sein. Diese Materiallieferungen sind - worauf die Rechnungsdaten hindeuten - offenbar erst nach der Offenlegung der ersten, zum Teil auch der zweiten Abtretung erfolgt.

B) Der Anschlußrevision der Beklagten war der Erfolg zu versagen.

I. Das Berufungsgericht hat, soweit es der Klage stattgegeben hat, ausgeführt, der der Klägerin zuerkannte Betrag von 24.822,36 DM stehe ihr aus einer im Wege des verlängerten Eigentumsvorbehalts erfolgten Vorausabtretung gegen die Beklagte zu. Unter Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehaltes habe sie zu einem Preis in dieser Höhe an die S. GmbH 4.584 kg Bleche geliefert, die zur Herstellung der Tanks aus der ersten Teillieferung verwendet worden seien. Dieser Zahlungsanspruch werde nicht durch Gegenansprüche der Beklagten gegenüber der S. GmbH berührt. Ob die

16

Beklagte, was streitig sei, der S. GmbH als Vorauskasse vier - später eingelöste - Wechsel über insgesamt 35.000 DM gegeben und zur Herstellung der Tanks unter verlängertem Eigentumsvorbehalt Material im Werte von 20.755,70 DM geliefert habe, könne dahinstehen. Auch nach Abzug dieser Beträge von der Werklohnforderung der S. GmbH (109.440 DM) verblieben noch 53.684,30 DM. Diese reichten aus, um neben der Klägerin auch dritte Blechlieferanten, die mit der S. GmbH einen verlängerten Eigentumsvorbehalt vereinbart hätten, zu befriedigen. Für die Herstellung der Tanks aus der ersten Teillieferung seien insgesamt nur 8.224,8 kg Bleche im Rechnungswert von weniger als 45.000 DM benötigt worden. Soweit die Beklagte Schadensersatzansprüche daraus herleite, daß der Gesamtauftrag vom 23. April 1985 nicht vollständig von der S. GmbH ausgeführt, die zweite Teillieferung vielmehr durch die Streitverkündete bewirkt worden sei, fehle es an einem substantiierten Vortrag hinsichtlich des entstandenen Schadens. Gleiches gelte für den von der Beklagten behaupteten Schadensersatzanspruch wegen eines angeblich erforderlichen Deckungskaufes.

II. Das hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung und den Revisionsangriffen stand.

1. a) Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, daß zwischen der Klägerin und der S. GmbH hinsichtlich der gelieferten 4.584 kg Edelstahlbleche wirksam ein verlängerter Eigentumsvorbehalt vereinbart worden sei, und dabei - wenn auch unausgesprochen - davon ausgegangen ist, die damit verbundene Vorausabtretung der Werklohnforderung in Höhe von 24.822,36 DM werde durch die früheren Globalzessionen

zugunsten der R [REDACTED] bank und der M. W. nicht berührt, nimmt die Revision dies hin. Aus Rechtsgründen ist dagegen auch nichts einzuwenden, zumal die Wirksamkeit der Globalzessionen eine Rücksichtnahme auf Forderungen voraussetzte, die die S. GmbH ihren Lieferanten aufgrund verlängerten Eigentumsvorbehalts künftig abtreten mußte und abtrat (vgl. dazu u.a. BGHZ 72, 308, 310).

b) Gegen die rechtlich zutreffende Verneinung der von der Beklagten behaupteten Schadensersatzansprüche gegen die S. GmbH wendet sich die Revision gleichfalls nicht. Es braucht daher nicht entschieden zu werden, ob die Beklagte diese Ansprüche gemäß § 404 BGB oder § 406 BGB der Klägerin als Zessionarin überhaupt entgegensetzen könnte. Zweifel daran bestünden jedenfalls deshalb, weil die abgetretene Forderung die erste Teillieferung betrifft und die Beklagte die Schadensersatzansprüche lediglich aus dem Unterbleiben der von der S. GmbH geschuldeten - durch die Vereinbarungen vom 28. August und 1. September 1985 verselbständigten - zweiten Teillieferung herleitet (vgl. zu der Problemlage Senatsurteil vom 23. März 1983 - VIII ZR 335/81 = NJW 1983, 1903, 1905).

2. Soweit die Revision Rügen erhebt, greifen diese nicht durch.

a) Entgegen ihrer Auffassung hat das Berufungsgericht zu Recht bei der Prüfung der in Rede stehenden Forderungshöhe allein darauf abgestellt, ob der nach - vorsorglichem - Abzug der Wechselsummen und des Rechnungswertes der eigenen Lieferung der Beklagten verbleibende Restbetrag der

Werklohnforderung von 53.684,30 DM zur Befriedigung aller Lieferanten, einschließlich der Klägerin, ausreicht, von denen die S. GmbH Bleche bezogen hat, die zur Herstellung der Tanks aus der ersten Teillieferung verwendet wurden. Andere Forderungen, die vorrangig von diesem Restbetrag hätten abgezogen werden müssen, sind weder dargetan noch sonstwie ersichtlich. Auch die Revision nennt keine.

b) Der Revision kann ferner nicht darin gefolgt werden, das Berufungsgericht habe auch deshalb rechtsfehlerhaft seiner Beurteilung einen Restbetrag von 53.684,30 DM zugrundegelegt, weil es unberücksichtigt gelassen habe, daß nach Nr. 2 Buchst. h der Vereinbarung vom 1. September 1985 hinsichtlich "der Aufträge" Wonnegau eine Nachkalkulation habe erstellt und der sich danach ergebende Bruttoerlös mit 60 % zugunsten der Raiffeisenbank und mit 40 % zugunsten der Klägerin habe aufgeteilt werden sollen. Nach dem Inhalt der Vereinbarung vom 1. September 1985, insbesondere nach der räumlichen Zuordnung der unter Buchst. h getroffenen Regelung zu Nr. 2 der Vereinbarung bezieht sich die vorgesehene Nachkalkulation und Aufteilung des Bruttoerlöses, worauf bereits im erstinstanzlichen Urteil hingewiesen ist und was der an der genannten Vereinbarung beteiligte Zeuge B. bestätigt hat, lediglich auf die - von der S. GmbH nicht mehr ausgeführte - zweite Teillieferung. Hier geht es in-
dessen um eine Forderung, die die erste Teillieferung betrifft.

c) Schließlich vermag die Revision auch nicht mit ihrem Einwand durchzudringen, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Beklagten gegenüber der Forderung der Klägerin

ein Zurückbehaltungsrecht wegen nicht ordnungsgemäßer Erfüllung des Gesamtauftrages vom 23. April 1985 durch die S. GmbH zustehe. Diese Rüge ist schon deshalb unberechtigt, weil die Beklagte auch gegenüber der S. GmbH kein Zurückbehaltungsrecht (mehr) geltend machen könnte. Sie leitet es aus der Nichtausführung der zweiten Teillieferung ab. Insoweit hat sich die Beklagte jedoch vom Vertrag mit der S. GmbH gelöst und die betreffenden Tanks durch einen Dritten herstellen lassen. Ein Gläubiger, der selbst nicht mehr am Vertrag festhält und vom Schuldner keine Erfüllung mehr beansprucht, kann sich indessen nicht auf ein - die Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs bezweckendes - Zurückbehaltungsrecht berufen.

3. Da somit davon auszugehen ist, daß die Klägerin als Zessionarin von der Beklagten Zahlung jedenfalls in Höhe des vom Berufungsgerichts zuerkannten Betrags beanspruchen kann, war die Anschlußrevision zurückzuweisen.

Wolf

Groß

Dr. Zülch

Wiechers

Dr. Paulusch