

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 1999 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Hausmann, Dr. Wiebel, Dr. Kuffer und Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 11. November 1998 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin fordert Restwerklohn aus abgetretenem Recht; in der Revision streiten die Parteien allein über die Wirksamkeit der Abtretung.

Die Beklagte beauftragte die Firma St. Ende August 1990 mit dem Neubau einer Lagerhalle, kurz darauf mit einer an die Lagerhalle sich anschließenden Kfz-Unterstellhalle und sodann im November 1990 mit der Errichtung eines Bürogebäudes. Im ersten und im dritten Vertrag, die schriftlich gefaßt wurden, waren als Vertragsbestandteil die von der Beklagten gestellten "Allgemeinen

Vertragsbedingungen für Nachunternehmer (AVN)" (künftig: AVN) vereinbart. Deren Nr. 9.3 lautet:

"Die Abtretung von Forderungen des NU gegen den HU an Dritte ist ohne Zustimmung des HU ausgeschlossen."

Nach Abschluß ihrer Arbeiten erteilte die Firma St. der Beklagten Ende 1991 drei Schlußrechnungen und forderte unter Berücksichtigung von Abschlagszahlungen restliche Vergütung. Sie hatte bereits Anfang 1991 einen Teil ihrer sämtlichen gegenwärtigen und künftigen Forderungen an die Klägerin, einer Bank, als Sicherheit abgetreten; dazu gehören die streitgegenständlichen Forderungen. Die Klägerin zeigte die Abtretung der Beklagten erstmals im Februar 1992 an und verlangte Zahlung an sich. Daran schloß sich eine umfangreiche Korrespondenz der Parteien an. Ein 1992 gegen die Firma St. gestellter Konkursantrag wurde im August 1992 mangels Masse abgewiesen.

Die Klägerin hat Anfang 1993 Zahlung von 111.335,15 DM begehrt. Das Landgericht hat der Klage nach Beweisaufnahme zur Höhe teilweise stattgegeben. Das Berufungsgericht hatte zunächst weiteren Beweis zur Höhe erhoben. Nach Hinweis der Beklagten auf Nr. 9.3 ihrer AVN hat es die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Abtretung der Ansprüche sei wirksam ausgeschlossen und eine Zustimmung sei nicht erteilt worden; die Anschlußberufung der Klägerin hat es zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

1. Das Berufungsgericht führt aus, die im ersten Vertrag vereinbarten AVN der Beklagten seien in den später mündlich erteilten Auftrag zum Bau der Kfz-Unterstellhalle einbezogen worden. Bei Verwendung gegenüber einem Kaufmann könnten Allgemeine Geschäftsbedingungen auch stillschweigend in einen späteren Vertrag einbezogen werden. Das sei hier der Fall.

Die AVN der Beklagten seien im Streitfall anwendbar. Bei objektiver Betrachtung bestehe kein Zweifel, daß im Sinne der AVN die Beklagte als Hauptunternehmerin und die Firma St. als Nachunternehmerin anzusehen seien. Das Abtretungsverbot sei jedenfalls anwendbar; es halte einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG stand.

2. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Das Berufungsgericht hat die Einbeziehung der AVN anhand unstreitiger Indiztatsachen angenommen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 12. Februar 1992 - VIII ZR 84/91, BGHZ 117, 190, 197). Diese Auslegung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie wird getragen von der zeitlichen Nähe sowie dem Gegenstand beider Verträge, die den Bau von zwei nacheinander zu errichtenden und zusammengehörenden Hallen auf demselben Betriebsgrundstück der Beklagten regelten. Ferner wurde dem zweiten Vertrag das Leistungsverzeich-



nis des ersten Vertrages zugrunde gelegt. Schließlich hatte die Firma St. ihren Willen zur Einbeziehung auch in ihrer Schlußrechnung über die Kfz-Unterstellhalle verdeutlicht. Dort hat sie die im ersten Vertrag vereinbarten "2 % Nachlaß laut Bauvertrag" abgezogen.

b) Die Verfahrensrügen der Revision zur Auslegung des Berufungsgerichts, das nach dem Wortlaut der Nr. 9.3 der AVN nur für Nachunternehmer geltende Abtretungsverbot sei Inhalt sämtlicher Verträge der Parteien geworden, greifen nicht durch; der Senat sieht von einer Begründung ab (§ 565 a ZPO).

c) Zu Unrecht hält die Revision die Klausel in Nr. 9.3 der AVN für AGBG-widrig. § 354 a HGB, der zum 30. Juli 1994 in Kraft getreten ist, ist nicht einschlägig. Es entspricht der Rechtsprechung der Bundesgerichtshofs, daß ein Abtretungsausschluß mit Zustimmungsvorbehalt möglich ist und grundsätzliche Bedenken gegen seine Zulässigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht bestehen (z.B. für Bauverträge: Senatsurteil vom 29. Juni 1989 - VII ZR 211/88, BGHZ 108, 172, 174 f.; vgl. auch: BGH, Urteil vom 11. März 1997 - X ZR 146/94, NJW 1997, 3434). Maßgeblich für die Beurteilung ist die bei der Vereinbarung des Abtretungsausschlusses mit Zustimmungsvorbehalt bestehende Interessenlage, wobei eine generalisierende, typisierende Sicht und nicht die Besonderheiten des Einzelfalls ausschlaggebend sind. Das Berufungsgericht hat eine Interessenabwägung vorgenommen und die Umstände in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise gewürdigt.

II.

1. Das Berufungsgericht führt weiter aus, in den vorprozessualen Schreiben der Beklagten liege keine Zustimmung zur Forderungsabtretung der Firma St. an die Klägerin. Die Beklagte habe die Abtretung weder ausdrücklich noch stillschweigend als gültig behandelt. Sie habe bereits in ihrem Antwortschreiben vom 20. Februar 1992 zumindest vorläufig Zahlungen verweigert. Dies spreche von vornherein gegen eine Zustimmung zur Abtretung. Die Beklagte habe ihr Recht, das Abtretungsverbot geltend zu machen, nicht verwirkt. Die Tatsache, daß sie sich vorprozessual und zunächst auch im Prozeß nicht auf das Abtretungsverbot berufen habe, begründe keinen schützenswerten Vertrauenstatbestand für die Klägerin.

2. Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht uneingeschränkt stand.

a) Die Verfahrensrügen der Revision zur Auslegung des Berufungsgerichts, der vorprozessualen Korrespondenz der Parteien sei eine Zustimmung der Beklagten zur Abtretung nicht zu entnehmen, greifen nicht durch; der Senat sieht von einer Begründung ab (§ 565 a ZPO).

b) Das Recht der Beklagten, sich auf das Abtretungsverbot zu berufen, hat das Berufungsgericht als nicht verwirkt beurteilt. Diese Würdigung, die die Revision nicht in Zweifel zieht, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

c) Das Berufungsgericht hat allerdings nicht geprüft, ob der Einwand der Beklagten, ihre Zustimmung zur Abtretung fehle, rechtsmißbräuchlich ist, wenn auf ihrer Seite kein erkennbares Interesse an der Durchsetzung der Rechtsfolge des Verbotes der Abtretung besteht. Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts legen dies nahe.

aa) Hat der Klauselverwender die Wirksamkeit der Abtretung einer vertraglichen Forderung von seiner Zustimmung abhängig gemacht, so darf er sie später nicht unbillig verweigern (BGH, Urteil vom 7. Dezember 1994 - VIII ZR 153/93, NJW 1995, 665, 666; BGH, Urteil vom 20. Juni 1996 - I ZR 94/94, NJW-RR 1996, 1313). Ein unbilliges Verweigern wird regelmäßig anzunehmen sein, wenn ein schützenswertes Interesse des Schuldners an dem Verbot nicht mehr besteht oder die berechtigten Belange des Vertragspartners an der Abtretbarkeit der Forderung nunmehr überwiegen. Für diese Beurteilung ist spätestens der Zeitpunkt maßgeblich, in dem der Vertragspartner des Klauselverwenders die Zustimmung zur Abtretung fordert oder in dem der Verwender gegenüber seinem Vertragspartner oder dem Zessionar erstmals die fehlende Zustimmung einwendet.

bb) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat sich die Beklagte erstmals im zweiten Rechtszug auf ihre fehlende Zustimmung berufen. Zu diesem Zeitpunkt stand ihr ein schutzwürdiges Interesse an der Durchsetzung des Abtretungsverbotes nicht erkennbar zur Seite. Es ist kein Anhalt dafür

ersichtlich, daß zu diesem Zeitpunkt die erfolgte Abtretung die Rechtsverteidigung der Beklagten, etwa wegen der Gefahr doppelter Inanspruchnahme oder wegen eintretender Unübersichtlichkeit ihres Rechts- und Pflichtenkreises, erschweren konnte.

Ullmann

Hausmann

Wiebel

Kuffer

Kniffka