BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 333/00

Verkündet am:
24. Juli 2003
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

InsO § 85 Abs. 2, § 313 Abs. 3 Satz 1; ZPO § 240 Satz 1

Erklärt der Treuhänder im vereinfachten Insolvenzverfahren dem Schuldner, er erkenne das Absonderungsrecht eines Dritten an der vom Schuldner gerichtlich geltend gemachten Forderung an und werde deshalb insoweit keine Verwertung vornehmen, bringt er damit in der Regel zum Ausdruck, daß er die Aufnahme des unterbrochenen Rechtsstreits ablehnt.

BGB §§ 765, 662

Erhält der Gläubiger vom Kreditinstitut seines Vertragspartners eine Bürgschaft zur Sicherung einer vertraglich geschuldeten Anzahlung, soll die Sicherheit jedoch erst in Kraft treten, wenn die Anzahlung bei der Bank "bedingungslos und auflagenfrei" eingegangen ist, kommt zwischen Gläubiger und Kreditinstitut ein Treuhandauftrag zustande, wenn der Gläubiger dem Kreditinstitut die Auflage erteilt, die Auszahlung dürfe erst nach Freigabe durch ihn erfolgen, und das Kreditinstitut die geleistete Zahlung nicht zurückweist.

BGH, Urteil vom 24. Juli 2003 - IX ZR 333/00 - OLG München
LG München I

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juli 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Dr. Fischer, Dr. Ganter, Kayser und Dr. Bergmann

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 30. Mai 2000 - berichtigt durch Beschluß vom 7. November 2000 - und das Urteil des Einzelrichters der 24. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 19. März 1999 aufgehoben.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 376.004,05 € nebst 4 % Zinsen seit dem 26. April 1995 zu zahlen.

Der in der Revisionsinstanz gestellte Hauptantrag auf Zahlung an die Ehefrau des Klägers wird zurückgewiesen.

Zur Verhandlung und Entscheidung über den weitergehenden Zinsanspruch und die Kosten des Rechtsstreits wird die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit Generalübernehmervertrag vom 3. Dezember 1993 (nachfolgend GÜV) verpflichtete sich die M. GmbH (nachfolgend: M.) gegenüber dem Kläger zur Errichtung eines Verbrauchermarktes in P. Der vereinbarte Werklohn war in Teilzahlungen zu entrichten.

Am 15. Dezember 1993 nahm der Kläger mit Wertstellung zum 22. Dezember eine Überweisung in Höhe von 1.200.000 DM auf ein Konto der M. bei der beklagten Bank vor. Der Überweisungsträger bezeichnet als Verwendungszweck: "Generalübernehmervertrag vom 3.12.1993 Anzahlung". An diesem Tage war der Kläger bereits in Besitz einer Bürgschaftserklärung der Beklagten vom 14. Dezember 1993, die sich auf den GÜV ("Auftrag") bezieht, den Kläger als Auftraggeber bezeichnet und auszugsweise lautet:

> "Für diesen Auftrag leistet der Auftraggeber eine Anzahlung von DM 1.200.000,--, wenn dagegen eine Bankbürgschaft in gleicher Höhe erbracht wird.
>
> Zur Sicherung eines etwaigen Anspruchs auf Rückgewähr dieser Anzahlung übernehmen wir für den Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Höchstbetrag von insgesamt DM 1.200.000 ... unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtung, Aufrechnung und Vorausklage ...
>
> Unsere Verpflichtungen aus der Bürgschaft erlöschen mit Rückgabe der Bürgschaftserklärung.
>
> Die Bürgschaft tritt in Kraft, wenn der Betrag von DM 1.200.000,-- bei unserer Bank ... zu Gunsten des Kontos Nr. , lautend auf M. GmbH, bedingungslos und auflagenfrei eingegangen ist."

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Der Kläger richtete am 15. Dezember 1993 ein Schreiben an die Beklagte, in dem er sich für die Bürgschaft bedankte, die Absendung der Überweisung von 1.200.000 DM mitteilte und sodann erklärte:

> "Die Auszahlung an die Firma M. erfolgt nach Vorlage einer prüffähigen Rechnung und Freigaben durch mich.
>
> Ordnungshalber bestätige ich, daß der Gesamtpreis des Werkvertrages zur Verfügung steht."

In der Folgezeit gab der Kläger gegenüber der M. einen Betrag von 177.100 DM frei. Die Beklagte erteilte mit Datum vom 6. April 1994 eine auf 1.022.900 DM reduzierte Bürgschaft. Diese enthält den Vermerk, die Bürgschaft trete in Kraft, wenn der Betrag von 1.022.900 DM auf dem Konto der M. bei der Beklagten bedingungslos und auflagenfrei eingegangen sei.

Später stimmte der Kläger der Auszahlung eines weiteren Betrages von 287.500 DM zu. Das Bauvorhaben wurde nicht zu Ende geführt. Der Kläger verlangte von der M. Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Diese rechnete die erbrachten Teilleistungen gegenüber dem Kläger ab. Über ihr Vermögen wurde inzwischen das Konkursverfahren eröffnet.

Der Kläger verlangt von der Beklagten Rückzahlung des von ihm nicht gegenüber der M. freigegebenen Betrages von 735.400 DM zuzüglich 16,75 % Zinsen seit dem 18. Oktober 1994. Das Berufungsgericht hat die Klageabweisung durch das Landgericht bestätigt. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. Er begehrt in erster Linie Zahlung an seine Ehefrau, hilfsweise an sich selbst.

Während des Revisionsrechtszuges ist über sein Vermögen das Verbraucherinsolvenzverfahren eröffnet worden. Dort hat der Kläger aufgedeckt, daß er den geltend gemachten Anspruch mit Erklärung vom 6. Februar 1997 - nach Klageerhebung - an seine Ehefrau sicherheitshalber abgetreten habe wegen einer Darlehensforderung in gleicher Höhe sowie eines Aufwendungsersatzanspruchs betreffend künftige Anwalts- und Gerichtskosten. Der Treuhänder des Klägers hat mit Schreiben vom 19. Mai 2003 erklärt, er erkenne das Absonderungsrecht der Ehefrau des Klägers insoweit an, als von dieser Abtretung Ansprüche des Klägers gegenüber der Beklagten erfaßt würden. Wegen der von der Abtretung erfaßten Ansprüche werde er insoweit keine Verwertung im Sinne von § 313 Abs. 3 Satz 1 InsO vornehmen. Der Kläger hat diesen Sachverhalt zum Gegenstand seines Revisionsvorbringens gemacht. Die Beklagte hat bestritten, daß der Kläger die streitgegenständliche Forderung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens an seine Ehefrau abgetreten habe.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg; sie führt in der Hauptsache zur antragsgemäßen Verurteilung der Beklagten und wegen eines Teils des Zinsanspruchs zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

Der Senat ist durch das anhängige Verbraucherinsolvenzverfahren nicht gehindert, über den vom Kläger geltend gemachten Anspruch eine Sachentscheidung zu treffen.

1. Der Rechtsstreit war zunächst infolge der Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens über das Vermögen des Klägers gemäß § 240 Satz 1 ZPO unterbrochen; denn der streitgegenständliche Anspruch betrifft die Insolvenzmasse. Dies gilt unabhängig von dem zugunsten der Ehefrau des Klägers infolge der Sicherungsabtretung gemäß § 51 Nr. 1 InsO begründeten Absonderungsrecht; denn dadurch hat sich nichts an der haftungsmäßigen Zuordnung der Forderung des Klägers zur Insolvenzmasse geändert. Zwar steht dem Treuhänder gemäß § 313 Abs. 3 Satz 1 InsO im Gegensatz zum Insolvenzverwalter (§ 166 Abs. 1 InsO) nicht das Recht zur Verwertung von Gegenständen zu, an denen ein Absonderungsrecht besteht. Das Verwertungsrecht des Gläubigers (§ 313 Abs. 3 Satz 2 InsO) ändert indes nichts daran, daß der Gegenstand zur Masse gehört und der Schuldner die Verfügungsbefugnis auch insoweit durch die Insolvenzeröffnung verloren hat. Die Vorschrift des § 240 Satz 1 ZPO greift daher entsprechend dem Normzweck auch in einem solchen Falle ein.

2. Im vereinfachten Insolvenzverfahren werden die Aufgaben des Insolvenzverwalters vom Treuhänder wahrgenommen (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO). Dessen Rechtsstellung bestimmt sich grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 80 ff InsO. Lehnt der Insolvenzverwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab, so kann der Schuldner den Prozeß selbst aufnehmen (§ 85 Abs. 2 InsO). Dazu ist der Kläger im Streitfall berechtigt.

a) Die Ablehnungserklärung des Insolvenzverwalters erfolgt gegenüber dem Schuldner oder der Gegenpartei. Sie ist nicht an eine bestimmte Form gebunden und kann deshalb auch durch schlüssiges Verhalten - etwa durch Frei-

gabe des Gegenstandes an den Schuldner - wirksam erfolgen (MünchKomm-InsO/Schumacher, § 85 Rn. 22; Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 85 Rn. 55).

b) Im Streitfall hat der zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte des Klägers den Treuhänder unter Vorlage der Abtretungserklärung aufgefordert, das Absonderungsrecht der Ehefrau des Klägers anzuerkennen. Nach dem Inhalt dieser Abtretungsurkunde bestand schon am 6. Februar 1997 eine Forderung der Ehefrau in Höhe der Klagesumme. Seitdem sind weitere Gerichts- und Anwaltskosten angefallen, von denen es in der Urkunde heißt, Frau B. werde diese für den Kläger bezahlen. Der Treuhänder hat mit Schreiben vom 19. Mai 2003 das darauf gestützte Absonderungsrecht uneingeschränkt anerkannt und erklärt, er werde hinsichtlich des vom Kläger gegen das beklagte Kreditinstitut geltend gemachten Anspruchs keine Verwertungsmaßnahmen vornehmen. Dieses Verhalten kann nur in dem Sinne verstanden werden, daß er selbst den Rechtsstreit nicht weiterführen, sondern es dem Kläger überlassen will, den Prozeß selbst aufzunehmen; denn das anerkannte Absonderungsrecht stützt sich auf eine Forderung, die jedenfalls in der Hauptsache mindestens so hoch ist wie der streitgegenständliche Anspruch. Ein Nachteil für die Insolvenzgläubiger entsteht daraus ohnehin nicht, weil die absonderungsberechtigte Gläubigerin den nach Befriedigung eventuell verbleibenden Restbetrag - der sich im Streitfall ergeben kann, wenn der Zinsanspruch auch der Höhe nach gerechtfertigt ist - an die Masse abzuliefern hat. Der Schriftsatz des Revisionsanwalts vom 2. Juni 2003 bringt den Aufnahmewillen des Klägers hinreichend zum Ausdruck.

II.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Kläger könne von der Beklagten die Rückzahlung des überwiesenen Restbetrages von 735.400 DM nicht verlangen, weil er die 1.200.000 DM nicht an die Beklagte, sondern an die M. geleistet habe. Das ergebe sich aus dem Text der Überweisung und sei vom Kläger in späteren Schreiben selbst so gesehen worden. Die Rückgewähr dieser Anzahlung sei durch die Bürgschaft der Beklagten vom 14. Dezember 1993 gesichert worden. Der Kläger habe sich mit dieser Regelung in seinem Schreiben vom 14. (richtig: 15.) Dezember 1993 ausdrücklich einverstanden erklärt. Die Annahme, der Kläger habe eine Leistung an die Beklagte erbracht, sei schon deshalb ausgeschlossen, weil in diesem Falle eine Absicherung seines Anspruchs durch Bürgschaft nicht notwendig gewesen wäre.

Inwieweit die M. im Verhältnis zur Beklagten nur beschränkt über den eingezahlten Betrag habe verfügen können, sei unerheblich, weil davon das Rechtsverhältnis der Beklagten zum Kläger nicht berührt werde. Dieser habe auch durch das Behalten der Bürgschaftsurkunde zum Ausdruck gebracht, daß zwischen den Parteien eine vertragliche Beziehung lediglich auf bürgschaftsrechtlicher Grundlage bestehe. Ein Anspruch aus der Bürgschaft sei jedoch nicht begründet, weil die M. Bauleistungen erbracht habe, deren Wert die Vorauszahlung des Klägers übersteige.

III.

Der Senat hat bei der sachlich rechtlichen Nachprüfung von dem Parteivorbringen auszugehen, das aus dem Berufungsurteil ersichtlich ist (§ 561

Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F.). Er hat daher die Sicherungsabtretung, die in den Tatsacheninstanzen nicht erwähnt wurde, außer Betracht zu lassen. Daher ist der erstmals im Revisionsrechtszug gestellte Antrag auf Zahlung an die Ehefrau des Klägers, der allein auf die angeblich am 6. Februar 1997 erfolgte Abtretung gestützt wird, unbegründet.

Neue Tatsachen dürfen im Revisionsrechtszug grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Zwar legt der Bundesgerichtshof die Vorschrift des § 561 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F. einschränkend in dem Sinne aus, daß Tatsachen, die sich erst während des Revisionsverfahrens ereignen, in die rechtliche Beurteilung einbezogen werden, sofern sie unstreitig sind und schutzwürdige Belange einer Partei nicht entgegenstehen (BGHZ 104, 215, 221; 139, 214, 221). Im Streitfall wurde die Abtretung jedoch vorgenommen, als der Rechtsstreit noch in erster Instanz anhängig war. Der Kläger hätte diese Tatsache somit vor der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz in den Prozeß einführen können. Die aus dieser Unterlassung ihn zukünftig eventuell treffenden Nachteile fallen daher in seinen Verantwortungsbereich. Das schutzwürdige Interesse der Beklagten, nicht zweimal leisten zu müssen, ist durch § 407 Abs. 2 BGB ausreichend gewahrt.

IV.

Die Revision rügt mit Erfolg, daß das Berufungsgericht den Inhalt der Rechtsbeziehung des Klägers zu der Beklagten rechtsfehlerhaft bestimmt habe. Diese hat einen Auftrag des Klägers angenommen, der festlegte, unter welchen Voraussetzungen sie die vom Kläger geleistete Anzahlung an die M. weiterleiten durfte.

1. Die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen der Parteien ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Dessen Auslegung enthält jedoch Rechtsfehler, wenn er versäumt hat, wesentlichen Tatsachenstoff in die Abwägung einzubeziehen. Die Revision zeigt zutreffend einen solchen Fehler des Berufungsgerichts auf.

a) Der Kläger hat in dem Schreiben vom 15. Dezember 1993, das sich auf die Überweisung des Betrages von 1.200.000 DM bezieht, der Beklagten erklärt, die Auszahlung dieses Betrages an M. erfolge nach Vorlage einer prüffähigen Rechnung und Freigabe durch ihn. Der Wortlaut dieser Erklärung spricht dafür, daß die für das Konto der M. bestimmte Überweisung dieser nicht zur freien Verfügung zustehen sollte, der Kläger sich vielmehr die Entscheidung über Zeitpunkt und Umfang der Auszahlung vorbehalten wollte. Eine Geldschuld wird im Wege der Banküberweisung erst dann erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB), wenn der Empfänger den Betrag zur freien Verfügung erhält (BGH, Urt. v. 17. Februar 1994 - IX ZR 158/93, WM 1994, 647, 648; Beschl. v. 23. Januar 1996 - XI ZR 75/95, WM 1996, 438, 439; Urt. v. 28. Oktober 1998 - VIII ZR 157/97, WM 1999, 11). Der Leistende hat die Möglichkeit, den Eintritt dieser Wirkung zu verhindern, indem er dem Empfänger die entsprechende Rechtsmacht nicht einräumt (BGH, Beschl. v. 23. Januar 1996, aaO). Das konnte durch die Anweisung an die beklagte Bank geschehen, die Anzahlung erst nach Freigabe durch den Kläger der M. zur Verfügung zu stellen. Ist das Schreiben des Klägers in diesem Sinne zu verstehen und hat die Bank das darin liegende Angebot angenommen, so haben die Parteien einen entsprechenden Treuhandvertrag (vgl. dazu BGH, Urt. v. 6. Juni 2002 - III ZR 206/01, WM 2002, 1440, 1441) geschlossen.

b) Das Berufungsgericht meint, eventuelle Verfügungsbeschränkungen der M. über den auf ihr Konto eingezahlten Betrag hätten sich ausschließlich aus einer Vereinbarung zwischen ihr und der Beklagten ergeben; der Kläger sei in dieses Rechtsverhältnis nicht einbezogen worden. Dabei ist unbeachtet geblieben, wie sich die Auszahlung der zwei Teilbeträge von 177.100 DM und 287.500 DM vollzogen hat. Unstreitig wurden diese Raten der M. jeweils erst zur freien Verfügung überlassen, nachdem sie dem Kläger prüffähige Teilrechnungen ausgestellt und dieser gegenüber der Beklagten sein Einverständnis mit der Auszahlung erklärt hatte. So heißt es im Schreiben des Klägers vom 6. April 1994 an die Beklagte, er gebe den Betrag von 177.100 DM frei. Erst danach konnte die M. über diese Summe verfügen. Unstreitig hat der Kläger mit der M. zudem über die Freigabe eines dritten Teilbetrages verhandelt. Die M. schrieb am 14. Juli 1994:

> "... absprachegemäß hatten wir Ihnen am 30.06.1994 unsere 3. Abschlagsrechnung für das vorgenannte BV überreicht.
>
> ...
>
> Trotz mehrfacher mündlicher Unterredungen, haben Sie bis zum heutigen Tage ... die längst überfälligen Zahlungsraten nicht freigegeben."

Das Berufungsurteil läßt nicht erkennen, daß der Tatrichter diese Umstände in seine Würdigung einbezogen hat. Seine Auffassung, der Kläger habe nach dem Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Absprachen über die Auszahlung des Betrages an die M. nicht bestimmen können, ist schon auf der Grundlage des unstreitigen Sachverhalts nicht nachvollziehbar.

2. Da die für die inhaltliche Gestaltung des Rechtsverhältnisses der Parteien maßgeblichen Tatsachen unstreitig sind und nach ihrem Vorbringen keine

weiteren entscheidungserheblichen Feststellungen in Betracht kommen, kann der Senat die Auslegung selbst vornehmen. Sie führt zu dem Ergebnis, daß die beklagte Bank dem Kläger gegenüber verpflichtet war, nur nach dessen Weisung die M. über den Betrag von 1.200.000 DM verfügen zu lassen.

a) Der Kläger hat der Beklagten mit Schreiben vom 15. Dezember 1993 vorgegeben, die Auszahlung erfolge "nach Vorlage einer prüffähigen Rechnung und Freigaben durch mich". Daraus war für die Beklagte ohne weiteres der Wille des Klägers erkennbar, sich trotz der Überweisung die Entscheidung über die Weiterleitung an die M. vorzubehalten. Indem die Beklagte dem nicht widersprochen und den erhaltenen Betrag nicht zurücküberwiesen, sondern auf dem Konto behalten hat, hat sie den in dem Schreiben des Klägers enthaltenen Treuhandauftrag angenommen. Diese Annahme hat sie in der Folgezeit dadurch bestätigt, daß sie an der Auszahlung von zwei Teilbeträgen entsprechend den beschriebenen Vorgaben des Klägers mitgewirkt hat.

b) Dem steht nicht entgegen, daß der Kläger schon im Besitz der Bürgschaftsurkunde vom 14. Dezember 1993 war, die etwaige die Anzahlung von 1,2 Mio. DM betreffende Rückgewähransprüche sichern sollte, als er das Schreiben vom 15. Dezember 1993 an die Beklagte richtete. Die Verpflichtung aus der Bürgschaft wurde gerade davon abhängig gemacht, daß der genannte Betrag bei der Beklagten "bedingungslos und auflagenfrei" einging. Diese Voraussetzung ist nicht eingetreten. Darauf hat sich die Beklagte in diesem Rechtsstreit - an sich konsequent - auch berufen. Die vom Kläger der Beklagten erteilte Weisung hatte zur Folge, daß deren Haftung aus der Bürgschaft für den jetzt noch geltend gemachten Betrag von 735.400 DM nicht begründet wurde. Eine andere Beurteilung ist nicht deshalb gerechtfertigt, weil der Kläger nach Auszahlung von 177.100 DM sich mit einer "Reduzierung der Bürgschaft" ein-

verstanden erklärt und anschließend die Bürgschaft der Beklagten vom 6. April 1994 über 1.022.900 DM angenommen hat. Der Umstand, daß der Kläger nach Freigabe der ersten Rate auf eine bürgschaftsrechtliche Sicherung hinsichtlich eines eventuell diesen Teilbetrag betreffenden Rückgewähranspruchs verzichtet hat, macht vielmehr deutlich, daß es ihm vorrangig darauf ankam, über Zeitpunkt und Umfang der Weiterleitung des Anzahlungsbetrages selbst zu entscheiden. Die Erteilung einer neuen, im Haftungsumfang eingeschränkten Bürgschaft stellte das Rechtsverhältnis der Parteien im übrigen schon deshalb auf keine neue Grundlage, weil diese Bürgschaft ebenfalls den Vermerk enthielt, sie trete erst in Kraft, wenn der für die M. bestimmte Betrag auflagenfrei zur Verfügung stehe.

c) Die Auslegung des erkennenden Senats führt zwar zu dem Ergebnis, daß die einen Rückgewähranspruch sichernden Bürgschaften wertlos geblieben sind, weil die Bedingung auflagenfreier Überweisung nicht eingetreten ist. Das ist indes die notwendige Folge des eindeutig zum Ausdruck gebrachten Willens des Klägers, selbst über die Weiterleitung der Anzahlung an die M. zu entscheiden. Sein die Begründung und Änderung der Bürgschaftsverträge betreffendes Verhalten steht einer solchen Wertung nicht entgegen; denn nach dem Vorbringen der Parteien sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß der Kläger damals die rechtliche Wechselwirkung zwischen den der Beklagten erteilten Weisungen und den Bürgschaftsverträgen verstanden hat.

V.

Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, soweit es um den Hauptanspruch geht (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO); zur Feststellung der Höhe des

Zinsanspruchs muß die Sache dagegen an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

1. Da der Kläger den überwiesenen Betrag in Höhe von 735.400 DM nicht freigegeben hat, muß die Beklagte ihn aufgrund des angenommenen Bankauftrages zurückerstatten (§ 667 BGB).

Ob der Kläger der M. gegenüber verpflichtet ist, weitere Zahlungen zu leisten, kann dahingestellt bleiben, weil dies das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht berührt. Daher braucht auch nicht geklärt zu werden, ob die Beklagte - wie sie in der Berufungsinstanz behauptet hat -, der M. den streitgegenständlichen Betrag zur Verfügung gestellt hat. In diesem Falle wäre die Klage in gleicher Höhe aus positiver Vertragsverletzung begründet. Dasselbe gilt, wenn die Beklagte den Betrag nicht der M. ausbezahlt hat, weil sie eine Verrechnung mit eigenen Ansprüchen vorgenommen hat. Da sie dazu nach dem Inhalt ihrer mit dem Kläger bestehenden Vereinbarung nicht berechtigt war, schuldet sie dann ebenfalls Schadensersatz in Höhe der Klagesumme.

2. Das Berufungsgericht hatte von seinem Rechtsstandpunkt aus keine Veranlassung, sich mit der Höhe des vom Kläger geltend gemachten Zinsanspruchs zu befassen. Das muß nunmehr nachgeholt werden, soweit der Kläger mehr als 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit verlangt. Dabei wird zu beachten

sein, daß sich die Höhe des Zinsanspruchs nach der zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung geltenden Fassung des § 288 BGB richtet (Art. 229 § 1 Abs. 1 Satz 3 EGBGB).

Kreft Fischer Ganter

Kayser Bergmann