



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 216/02

Verkündet am:
30. Mai 2003
K a n i k ,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

BGB § 315

Auf das Leistungsbestimmungsrecht eines Drittbegünstigten (§ 328 Abs. 1 BGB) finden die Regeln zur Leistungsbestimmung durch eine Partei (§ 315 BGB), und nicht die Vorschriften zur Leistungsbestimmung durch einen Dritten (§§ 317 ff. BGB) Anwendung.

BGH, Urt. v. 30. Mai 2003 - V ZR 216/02 - OLG München

LG München II

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Mai 2003 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Wenzel und die Richter Tropf, Prof. Dr. Krüger, Dr. Klein und Dr. Gaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 11. April 2002 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 29. März 1989 kaufte die Klägerin von der damaligen D. B. die Grundstücke des "Euro-Industrieparks" in M. zum Preis von 390 Mio. DM. Der Kauf umfaßte neben verschiedenen bebauten Grundstücken, die mit Erbbaurechten und dinglichen Vorkaufsrechten zugunsten der Erbbauberechtigten belastet waren, sämtliche Flächen eines privaten Erschließungssystems. Außerdem übertrug die D. B. der Klägerin ihre gegenüber der Landeshauptstadt M. übernommene Verpflichtung, das private Erschließungssystem zu erhalten und zu unterhalten. Die Klägerin verpflichtete sich, die erforderlichen infrastrukturellen

Maßnahmen "federführend" für alle Käufer auf deren Rechnung durchzuführen. Dafür sollten die Käufer eine angemessene Vergütung zahlen. Als Federführende durfte die Klägerin "alles ... noch Offene" nach billigem Ermessen bestimmen. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben als Federführende erhielt die Klägerin von der D. B. einen einmaligen Zuschuß in Höhe von 29 Mio. DM. Nach Abschnitt B § 4 der Urkunde darf die Klägerin die Käufer erst dann in Anspruch nehmen, wenn der Zuschuß von 29 Mio. DM zuzüglich aufgelaufener Zinsen von 4 % p.a. verbraucht ist.

Die Beklagte, die Erbbauberechtigte eines der Grundstücke war, übte in der Folgezeit ihr Vorkaufsrecht aus. Die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten übertrug sie anschließend auf ihren Sohn, der im Dezember 1989 - ohne Zwischenerwerb der Beklagten - als Eigentümer des Grundstücks eingetragen wurde.

Die Klägerin behauptet, der von der D. B. gewährte Zuschuß zuzüglich der vertraglichen Zinsgutschriften sei in Erfüllung der Federführungsaufgaben bereits bis zum April 1994 vollständig verbraucht worden. Über diesen Betrag hinaus sei sie weiter mit insgesamt 23.066.579 DM zugunsten der Grundstückseigentümer in Vorlage getreten. Auf dieser Grundlage hat die Klägerin in einer Zwischenabrechnung zum 30. September 1997 die auf die Beklagte entfallenden Kosten der Federführung einschließlich ihrer Vergütung ("Federführungsgebühren") mit zunächst 107.347,01 DM errechnet und diesen Betrag im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemacht. Nach Abweisung der Klage durch das Landgericht hat die Klägerin in zweiter Instanz ihre Forderung auf 85.131,03 DM reduziert. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie ih-

ren zuletzt gestellten Klageantrag weiterverfolgt. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht meint, die Beklagte sei allein wegen der Ausübung des Vorkaufsrechts gegenüber der Klägerin als Federführender verpflichtet. Die Übertragung der Rechte aus dem Kaufvertrag auf ihren Sohn habe hieran nichts geändert, weil die Beklagte aus dem Vertragsverhältnis mit der Klägerin nicht entlassen worden sei. Allerdings habe die Klägerin hinsichtlich der Federführungsgebühren von dem ihr eingeräumten Leistungsbestimmungsrecht nicht wirksam Gebrauch gemacht. Es fehle an einer ausreichenden Bestimmtheit, weil sie sich eine rückwirkende Erhöhung vorbehalten habe. Außerdem habe sie nicht hinreichend dargetan, daß der von der D.

B. gewährte Zuschuß verbraucht sei und in welcher Höhe ihr ein etwaiger Ausgleichsanspruch zustehe. Die Klägerin sei nicht Dritte im Sinne des § 317 BGB, so daß ihre Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 BGB nur dann verbindlich sei, wenn sie der Billigkeit entspreche. Für die Federführungsgebühr sei die Bestimmung der Klägerin unwirksam, weil sie für deren Billigkeit nicht ausreichend vorgetragen habe; ihre Ausführungen seien zum Teil unklar und unvollständig. Die Klägerin habe auch zu Unrecht Zinsen für die Federführungsgebühr in ihre Abrechnung eingestellt; Fälligkeit habe insofern erst mit einer wirksamen Leistungsbestimmung eintreten können. Eine richterliche Ersatzleistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 BGB sei nicht zu treffen. Einen dahingehenden Willen habe die Klägerin nicht zum Ausdruck

gebracht; im übrigen könne eine solche Gestaltung nur einheitlich gegenüber allen Verkäufern erfolgen.

Dies hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

II.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß die Beklagte, obwohl sie nicht Eigentümerin des im "Euro-Industriepark" gelegenen Grundstücks wurde, gegenüber der Klägerin zur Zahlung der Kosten der Federführung verpflichtet ist.

a) Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Beklagte ist gemäß § 505 Abs. 2 BGB a.F. mit ihr als Käuferin ein Kaufvertrag zustande gekommen. Dieser Vertrag verpflichtet die Beklagte auch, die näher bezeichneten Infrastrukturaufgaben durch die Klägerin als der von der Verkäuferin bestellten Federführenden erledigen zu lassen (Senat, Urt. v. 14. Juli 1995, V ZR 31/94, NJW 1995, 3183, 3184). Diese Verpflichtung umfaßt nach A § 15 des Kaufvertrages auch die Übernahme der Kosten der Federführung einschließlich einer "angemessenen Vergütung" der Klägerin. Da hiernach allein die Ausübung des Vorkaufsrechts die Verpflichtung der Beklagten begründete, bleibt - auch für § 242 BGB - der Umstand ohne Bedeutung, daß sie zu keiner Zeit Eigentümerin des von der Federführung betroffenen Grundstücks war.

b) Von dieser Verpflichtung ist die Beklagte nicht infolge des Eigentums-erwerbs ihres Sohnes frei geworden. Dies wäre nur auf dem Wege einer befreienden Schuldübernahme möglich gewesen, was im vorliegenden Fall an

der fehlenden Genehmigung des Gläubigers scheitert (vgl. § 415 BGB). Zwar mag jedenfalls unter den gegebenen Umständen - nach dem Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen und der Interessenlage - eine Mitwirkung der Verkäuferin als Versprechensempfängerin nicht erforderlich sein, unverzichtbar ist aber eine Genehmigung der Klägerin als derjenigen, die als Dritte den Leistungsanspruch gegen die Beklagte nach § 328 Abs. 1 BGB erworben hat (vgl. für den Erlaßvertrag MünchKomm-BGB/Gottwald, 4. Aufl., Bd. 2a, § 328 Rdn. 29, § 335 Rdn. 15 jew. m.w.N.; Staudinger/Jagmann, BGB [2001], § 328 Rdn. 43, § 335 Rdn. 20). Eine solche Genehmigung der Schuldübernahme durch den Sohn der Beklagten hat die Klägerin nicht erteilt. Auf eine ausdrückliche Zustimmung verweist die Beklagte nicht; sie ergibt sich auch nicht aus den Umständen. Daß die Klägerin mit dem Sohn der Beklagten als dem Grundstückseigentümer Vereinbarungen aus Anlaß der Übergabe der Erschließungseinrichtungen an die Landeshauptstadt M. geschlossen hat, womit wechselseitig eigene Rechte und Pflichten begründet wurden, und ihn deshalb in einem anderen Rechtsstreit in Anspruch nimmt, läßt noch nicht den Schluß darauf zu, daß sie für den streitgegenständlichen, aus einem anderen Rechtsgrund folgenden Anspruch die Beklagte aus ihrer Verpflichtung entlassen wollte. In dieser Hinsicht unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem Sachverhalt, der den - in der Revisionserwiderung zitierten - Entscheidungen des Oberlandesgerichts München (Urt. v. 5. März 2001, 17 U 4446/00) und des Senats (Beschl. v. 21. März 2002, V ZR 142/01) zugrunde lag. Dort hatte die Klägerin ihre Genehmigung zur Schuldübernahme durch die Landeshauptstadt M. konkludent erteilt.

2. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht ferner an, daß ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Erstattung der Kosten der Federführung

einschließlich einer "angemessenen Vergütung" nur dann besteht, wenn der von der Verkäuferin geleistete Zuschuß nebst den aufgelaufenen Zinsen und Verkaufserlösen für Infrastrukturmaßnahmen aufgebraucht ist (so bereits Senat, Urt. v. 14. Juli 1995, aaO, 3185). In diesem Zusammenhang ist insbesondere die von der Klägerin hinsichtlich ihrer Vergütung ("Federführungsgebühren") getroffene Leistungsbestimmung von Bedeutung.

3. Fehl geht hingegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Leistungsbestimmung der Klägerin sei mangels ausreichender Bestimmtheit unwirksam (vgl. BGH, Urt. v. 21. März 1961, I ZR 133/59, NJW 1961, 1251 zur Bestimmung eines Mindestbetrages). Zwar hat die Klägerin in ihrer Abrechnung zum 30. September 1997, mit der sie ihr Leistungsbestimmungsrecht ausübte, ausdrücklich den Vorbehalt einer Nachforderung erklärt. Das nimmt ihrer Erklärung aber nicht die Wirksamkeit.

a) Durch den Vorbehalt wird die Bestimmtheit des derzeit geforderten Betrages, der allein Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist, nicht in Frage gestellt; die Beklagte ist nicht im Ungewissen darüber, was sie in jedem Fall schulden soll. Hinsichtlich des hier geltend gemachten Betrages hat die Klägerin von ihrem Gestaltungsrecht ohne den Widerrufsvorbehalt und - falls dieses Erfordernis zu beachten sein sollte (bejahend Staudinger/Rieble, BGB [2001], § 315 Rdn. 68; a.A. MünchKomm-BGB/Gottwald, aaO, § 315 Rdn. 36) - auch ohne Bedingung Gebrauch gemacht. Fraglich kann nur sein, ob die Klägerin künftig, wenn sie ihren Vorbehalt umsetzen will, eine Nachforderung zu begründen vermag. Dies beantwortet sich danach, ob ihr Gestaltungsrecht als einmaliges Recht mit seiner Ausübung erloschen ist, oder ob es mit einem Inhalt vereinbart wurde, der eine mehrmalige Ausübung ermöglicht (vgl. Münch-

Komm-BGB/Gottwald, aaO, § 315 Rdn. 34; auch Staudinger/Rieble, aaO, § 315 Rdn. 210). Für den vorliegenden Rechtsstreit ist diese Frage unerheblich; über sie ist erst dann zu entscheiden, wenn die Klägerin tatsächlich eine Nachzahlung fordert.

b) Es liegt auch keine nur teilweise Leistungsbestimmung vor, so daß es keiner Entscheidung darüber bedarf, ob dieser Umstand eine Unwirksamkeit der Leistungsbestimmung begründen kann (bejahend Staudinger/Rieble, aaO, § 315 Rdn. 217). Eine Teilleistungsbestimmung ist nur dann gegeben, wenn die Bestimmung nicht alle Unbestimmtheitslücken erfaßt, die nach dem Regelungsprogramm des Vertrages geschlossen werden sollen (Staudinger/Rieble, aaO, § 315 Rdn. 217). Demgegenüber betrifft die Leistungsbestimmung der Klägerin ihrem Gegenstand nach all das, was nach der einschlägigen Regelung unter A § 15 des Kaufvertrages vom 29. März 1989 geregelt werden sollte. Danach konnte die Klägerin über die Federführungskosten einschließlich ihrer Vergütung bestimmen und diesen Rahmen schöpfte sie auch aus. Ihr Vorbehalt bezieht sich lediglich auf das Ergebnis der umfassenden Leistungsbestimmung.

4. Auch mit der weiteren von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung, die Klägerin habe zur Billigkeit ihrer Leistungsbestimmung nicht hinreichend vorgetragen, kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben. Zwar kann der Senat die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB im konkreten Fall nur daraufhin überprüfen, ob der rechtliche Ansatz zutreffend gewählt ist, alle wesentlichen Umstände Beachtung gefunden haben, die Grenzen der Ermessensausübung eingehalten sind und von der Ermächtigung in einer ihrem Zweck entsprechenden Weise Gebrauch ge-

macht worden ist (vgl. BGHZ 115, 311, 321; auch Senat, Urt. v. 24. November 1995, V ZR 174/94, NJW 1996, 1054, 1055). Das Berufungsurteil hält jedoch auch diesen Prüfungsmaßstäben nicht stand.

a) Allerdings ist der rechtliche Ansatz des Berufungsgerichts zutreffend. Das Leistungsbestimmungsrecht der Klägerin ist nach Maßgabe des § 315 BGB und nicht, wie die Revision meint, nach den Regeln der Drittleistungsbestimmung (§§ 317 ff BGB) auszuüben.

aa) Obwohl ihnen die Auslegungsregel zugunsten des billigen Ermessens gemeinsam ist, unterscheiden sich beide Regelungsbereiche erheblich. Zum einen ist der Prüfungsmaßstab verschieden, weil für eine Leistungsbestimmung nach § 315 BGB jede fehlende Billigkeit schadet, während eine Drittleistungsbestimmung nur im Fall offenkundiger Unbilligkeit nach § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB unverbindlich ist. Zum anderen trifft die berechnete Partei (hier also die Klägerin) bei § 315 BGB die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der von ihr getroffenen Bestimmung (BGHZ 41, 271, 279), während bei der einem Dritten überlassenen Leistungsbestimmung die Partei, die sich auf die offenkundige Unrichtigkeit beruft (hier also die Beklagte), die hierfür maßgebenden Umstände darlegen und beweisen muß (vgl. BGH, Urt. v. 21. September 1983, VIII ZR 233/82, NJW 1984, 43, 45).

bb) Hier ist die Klägerin, der unter A § 15 des Vertrages vom 29. März 1989 ohne weitere Maßgabe das Leistungsbestimmungsrecht eingeräumt wurde, nicht als Dritte mit der Folge der Anwendung der §§ 317 ff BGB anzusehen. Es gelten vielmehr die Regelungen aus § 315 BGB für eine Leistungsbestimmung durch eine Vertragspartei.

(1) Der Wortlaut des § 315 BGB spricht allerdings gegen seine Anwendbarkeit im vorliegenden Fall. Er geht von dem Leistungsbestimmungsrecht eines der Vertragschließenden aus, während die Klägerin nicht Partei des Vertrages wurde, der ihr das Leistungsbestimmungsrecht verschaffte. Dieser Vertrag ist vielmehr durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zwischen der Verkäuferin und der Beklagten zustande gekommen. Die Klägerin ist jedoch Drittbegünstigte (§ 328 Abs. 1 BGB) dieses Vertrages (Senat, Urt. v. 14. Juli 1995, aaO, 3184). Auf Grund dieser Rechtsstellung sind für sie nach der Systematik und insbesondere nach dem Zweck des Gesetzes die Regeln zur Leistungsbestimmung durch eine Partei (§ 315 BGB) und nicht die Vorschriften zur Leistungsbestimmung durch einen Dritten (§§ 317 ff BGB) anzuwenden (a.A. Staudinger/Rieble, aaO, § 316 Rdn. 1).

(2) Aus § 316 BGB, der als Auslegungsregel § 315 BGB ergänzt (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 316 Rdn. 1), läßt sich schließen, daß derjenige, der eine Leistung "zu fordern hat", nicht Dritter im Sinne des § 317 BGB sein kann. Im Fall eines berechtigenden oder "echten" Vertrages zugunsten Dritter ist der Drittbegünstigte, obgleich nicht Vertragspartei, derjenige, dem das hier entscheidende, aus dem Vertragsverhältnis abgespaltene Forderungsrecht gegenüber dem Versprechenden zusteht (vgl. BGHZ 54, 145, 147; BGH, Beschl. v. 10. Februar 1993, XII ZB 80/88, NJW-RR 1993, 770, 771). Zwar sieht § 335 BGB vor, daß auch dem Versprechensempfänger (Gläubiger) ein Forderungsrecht (auf Leistung an den Dritten) zusteht, diese Regelung ist aber nicht zwingend (vgl. MünchKomm-BGB/Gottwald, aaO, § 335 Rdn. 5 m.w.N.). Wird Abweichendes vereinbart, so würde § 316 BGB bei (echten) Verträgen

zugunsten Dritter ins Leere gehen, wenn nicht der Drittbegünstigte für die Leistungsbestimmung als Gläubiger behandelt wird.

(3) Vor allem aber spricht der Zweck des für die Drittleistungsbestimmung durch § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB im Vergleich zu § 315 Abs. 3 BGB gelockerten Prüfungsmaßstabes dagegen, den Drittbegünstigten als Dritten im Sinne des § 317 BGB anzusehen. Der abgeschwächten Kontrolle auf offenbare Unbilligkeit der Leistungsbestimmung durch einen Dritten liegt ein Richtigkeitsvertrauen zugrunde, das nur gegenüber einem neutralen Dritten gerechtfertigt ist (vgl. Staudinger/Rieble, aaO, § 317 Rdn. 2; auch Senat, Urt. v. 18. Februar 1955, V ZR 110/53, NJW 1955, 665 für die Gefahr einer Interessenkollision bei Behörde als Schiedsgutachter). Bei ihm können Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Objektivität vorausgesetzt werden, so daß durch ihn eher als bei der Entscheidung einer Partei eine ausgewogene Leistungsbestimmung zu erwarten ist (vgl. MünchKomm-BGB/Gottwald, aaO, § 319 Rdn. 2). Für diese Erwartung fehlt aber jedenfalls dann die Grundlage, wenn der Dritte über eine Leistung zu bestimmen hat, die ihm selbst durch einen Vertrag zugunsten Dritter zugewandt worden ist und von ihm nach § 328 Abs. 1 BGB gegenüber dem Schuldner geltend gemacht werden kann. Er entscheidet hier über eine Leistung, die von ihm einzufordern ist, ihm selbst zufließt und bei ihm verbleibt. In wirtschaftlicher Hinsicht ist seine Position die eines Gläubigers und sein hierdurch geprägtes Interesse rechtfertigt ebensowenig wie bei einer Vertragspartei ein erhöhtes Vertrauen in die Ausgewogenheit der von ihm getroffenen Leistungsbestimmung.

b) Das Berufungsgericht hat jedoch bei Überprüfung der Billigkeit der Leistungsbestimmung durch die Klägerin die wesentlichen Umstände nicht hin-

reichend beachtet. Zu Recht beanstandet die Revision, daß im Berufungsurteil nur die Darlegungen der Klägerin Berücksichtigung gefunden haben, die sie zusätzlich als Kontrollüberlegungen zur Angemessenheit ihrer Leistungsbestimmung angestellt hat. Diese erachtet das Berufungsgericht als unklar und unvollständig, während es das Hauptvorbringen der Klägerin nur im Überblick darstellt, eine Würdigung im Hinblick auf die geltend gemachte Forderung jedoch unterläßt.

aa) Die Klägerin hat die Bestimmung des Entgelts für ihre Federführungstätigkeit ("Federführungsgebühr") auf vier Gesichtspunkte gestützt, die sämtlich als Kriterien billigen Ermessens in Betracht zu ziehen sind. Das gilt, weil es um die Bemessung eines Entgelts für die Dienste der Klägerin geht, namentlich für die Bedeutung ihrer Tätigkeit (vgl. BGH, Urt. v. 21. März 1961, aaO, 1252). Insoweit hat die Klägerin zu dem angeblich drohenden Wertverfall von Grundstücken im Umfang von mindestens 1 Mrd. DM wegen der faktischen Bausperre infolge unzulänglicher Erschließung vorgetragen. Weiter sind Schwierigkeit, Ungewöhnlichkeit, Umfang und Dauer der Tätigkeit der Klägerin zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urt. v. 21. März 1961, aaO, 1252). Hierfür hat die Klägerin zunächst auf die Größe der betroffenen Grundstücke sowie die Vielzahl der Eigentümer und Mieter hingewiesen, was - auch wenn die Klägerin nicht schlechthin mit der Verwaltung des Euro-Industrieparks beauftragt war - Rückschlüsse auf die Anforderungen bei Erledigung der übernommenen Infrastrukturaufgaben zuläßt. Insbesondere aber hat sie zur Notwendigkeit vorgetragen, die Infrastruktureinrichtungen des Euro-Industrieparks auf die Landeshauptstadt M. zu überführen. Auf diese Übernahme hinzuwirken, gehörte nach A § 15 Nr. 2 des Vertrages vom 29. März 1989 zu den Aufgaben der Klägerin im Rahmen der Federführung. Ein erheblicher Gesichtspunkt ist ferner

der geltend gemachte Erfolg der Tätigkeit der Klägerin und die damit für die Beklagte bzw. deren Rechtsnachfolger verbundenen Vorteile (vgl. MünchKomm-BGB/Gottwald, aaO, § 315 Rdn. 30) in Gestalt der behaupteten Kostenersparnis gegenüber den üblichen Erschließungskosten und der angeblich erweiterten baulichen Nutzbarkeit. Die zudem noch geltend gemachten Risiken, die die Klägerin mit ihrer Federführungstätigkeit verbunden sehen will, können ebenfalls für die Billigkeit des Ermessens Bedeutung erlangen (vgl. MünchKomm-BGB/Gottwald, aaO, § 315 Rdn. 30).

bb) Ob diese Kriterien, nachdem die unter Berücksichtigung des Beklagtenvorbringens erforderlichen Feststellungen getroffen sind, in tatsächlicher Hinsicht einer Nachprüfung standhalten, kann der Senat im vorliegenden Revisionsverfahren nicht entscheiden. Auch die Auswirkungen der genannten Umstände auf die Kontrolle der von der Klägerin getroffenen Leistungsbestimmung muß zunächst umfassender tatrichterlicher Würdigung vorbehalten bleiben (vgl. Senat, BGHZ 71, 276, 283). Dies ändert jedoch nichts daran, daß es sich um wesentliche Umstände handelt, die das Tatsachengericht bei der ihm obliegenden Kontrolle der Leistungsbestimmung anhand der Grundsätze billigen Ermessens nicht unbeachtet lassen darf.

cc) Dem kann sich das Berufungsgericht nicht dadurch entziehen, daß es sich sogleich der Prüfung der Plausibilität der Kontrollüberlegungen der Klägerin zuwendet. Hierbei bedarf es zum gegenwärtigen Stand des Verfahrens keiner Entscheidung darüber, ob die Überlegungen der Klägerin für den angestellten Vergleich taugen und ihr hierzu gehaltener Vortrag nachvollziehbar ist. Die Kontrollüberlegungen können nämlich ihrer Funktion nach erst dann Bedeutung erlangen, wenn das Tatsachengericht nicht bereits nach dem

Hauptvorbringen der Klägerin und einer ggf. erforderlichen Beweisaufnahme bei seiner Überprüfung der Leistungsbestimmung auf Grund der Billigkeitsgrundsätze hinsichtlich des gesamten eingeklagten Betrages zu einer abschließenden positiven Einschätzung gelangen kann. Es handelt sich mithin um eine besondere Form hilfsweisen Vorbringens. Beschränkt sich die gerichtliche Prüfung auf diesen Teil der Behauptungen einer Partei, so bleibt das Hauptvorbringen außer Betracht und der Prozeßstoff wird nur unvollständig zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen.

Die Klägerin hat keinen Zweifel daran gelassen, daß das - von dem Berufungsgericht gewürdigte - Vorbringen nur im geschilderten Sinne zur Plausibilitätskontrolle Berücksichtigung finden sollte. Ein entsprechender Hinweis findet sich bei ihren Darlegungen zur Anlehnung der geforderten Vergütung an die Konstituierungs- und Verwaltungsgebühr eines Testamentsvollstreckers sowie ausdrücklich auch bei der Schätzung der anteiligen Personal- und Sachkosten der Behne-Gruppe. Auch die weiteren in der Abrechnung nicht erfaßten "Aufwendungen für die Federführung" und den Gewinnzuschlag auf den - von dem Berufungsgericht für nicht überprüfbar erachteten - Leistungsumsatz hat die Klägerin zu keinem anderen Zweck vorgetragen. In der Anlage, die das Berufungsurteil zitiert, wird hierzu nämlich klargestellt, daß all diese Kosten von den Federführungsgebühren gedeckt sein müßten.

5. Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen das Berufungsurteil auch insoweit, als es der Klägerin verwehrt, im Rahmen ihrer Abrechnung einen Teil der Federführungsgebühren rückwirkend geltend zu machen und hierfür Fälligkeitszinsen (§ 353 HGB) von dem Zuschuß der Verkäuferin in Abzug zu bringen. Zwar ist es zutreffend, daß eine Leistungsbestimmung nur ex nunc wirkt

(vgl. Senat, Urt. v. 24. November 1995, V ZR 174/94, NJW 1996, 1054, 1055 für eine gerichtliche Leistungsbestimmung ohne weitere Vereinbarung), so daß auch erst ab Zugang der entsprechenden Erklärung Fälligkeitszinsen geschuldet sind (Staudinger/Rieble, aaO, § 315 Rdn. 219). Das Berufungsgericht hat jedoch nicht beachtet, daß die Parteien nicht gehindert sind, eine Rückwirkung zu vereinbaren (Staudinger/Rieble, aaO, § 315 Rdn. 220; Soergel/Wolf, aaO, § 315 Rdn. 44). Eine solche Abrede muß nicht ausdrücklich getroffen sein, sondern kann sich nach den allgemeinen Grundsätzen auch aus den Umständen ergeben (vgl. Senat, Urt. v. 1. März 1996, V ZR 327/94, NJW 1996, 1748). Da mangels Feststellungen des Berufungsgerichts für das Revisionsverfahren davon auszugehen ist, daß die tatsächlichen Voraussetzungen für Fälligkeitszinsen nach § 353 HGB erfüllt sind, hat das Berufungsgericht die hiernach erforderliche Auslegung unterlassen.

6. Zu Recht beanstandet die Revision ferner, daß die Begründung des Berufungsgerichts eine Abweisung der Klageforderung in voller Höhe nicht trägt. Die von dem Berufungsgericht beanstandete Leistungsbestimmung der Klägerin hinsichtlich der Federführungsgebühren (in Höhe von insgesamt 70.677,06 DM) sowie die ebenfalls beanstandete Verrechnung der Fälligkeitszinsen (in Höhe von "in etwa" $2 \times 5.255,37 \text{ DM} = 10.510,74 \text{ DM}$) bleiben hinter den noch eingeklagten 85.131,03 DM zurück. Das Berufungsgericht geht selbst nur davon aus, daß wegen der - nach seiner Ansicht unberechtigten - Zinsen "möglicherweise" mehr als 10.510,74 DM von der Klageforderung in Abzug zu bringen seien, versäumt aber die erforderliche Feststellung, in welchem Umfang der verbleibende Rest der Klageforderung hiernach nicht begründet sein soll. Das Berufungsgericht hätte sich danach auch mit dem weiteren Vorbringen der Klägerin zur Begründung der Klageforderung, insbesondere mit der

von ihr geforderten "Schwarzkäuferumlage" von zuletzt 29.853,05 DM auseinandersetzen müssen.

III.

1. Das angefochtene Urteil kann nach alledem keinen Bestand haben (§ 564 Abs. 1 ZPO a.F.). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO a.F.). Da Feststellungen des Berufungsgerichts nicht nur zum Hauptvorbringen der Klägerin hinsichtlich der Federführungsgebühren fehlen, sondern auch zu deren Vortrag für die bei der Abrechnung berücksichtigten weiteren Positionen, ist der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif. Der Senat ist daher gehindert, in der Sache selbst zu entscheiden (§ 565 Abs. 3 ZPO a.F.).

2. Durch die Zurückverweisung erhält das Berufungsgericht - für den Fall, daß sich die erforderlichen Feststellungen zu den Tatbestandsvoraussetzungen des § 353 HGB treffen lassen - auch Gelegenheit, die Auslegung nachzuholen, die es im Hinblick auf eine etwa vereinbarte Rückwirkung der Leistungsbestimmung versäumt hat.

3. Falls das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß die Leistungsbestimmung der Klägerin nicht der Billigkeit entspricht, so wird es sich einer gerichtlichen Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht entziehen können. Ob im Fall einer Leistungsklage auf Grund vorausgegangener Leistungsbestimmung durch den Berechtigten für eine solche richterliche Gestaltung eine eindeutige Willensentschließung der Partei erforderlich ist (so Staudinger/Rieble, aaO, § 315 Rdn. 236; a.A. wohl MünchKomm-BGB/Gott-

wald, aaO, § 315 Rdn. 49), bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Die Klägerin hat jedenfalls inzwischen ihrem Willen, hilfsweise ein Gestaltungsurteil anzustreben, eindeutig Ausdruck verliehen. Dem kann das Berufungsgericht nach der Zurückverweisung ebenfalls Rechnung tragen. Seine - nicht näher ausgeführten, wohl auf § 62 ZPO gestützten - Bedenken wegen einer vermeintlich notwendigen einheitlichen Leistungsbestimmung gegenüber allen Vorkäufern entbehren einer Grundlage. Da eine aus prozessualen Gründen notwendige ("uneigentliche") Streitgenossenschaft (§ 62 Abs. 1 Alt. 1 ZPO) nicht zur Unzulässigkeit der Einzelklage führt (BGHZ 30, 195, 198; Senat, BGHZ 36, 187), könnte allenfalls eine aus materiell-rechtlichen Gründen notwendige ("eigentliche") Streitgenossenschaft (§ 62 Abs. 1 Alt. 2 ZPO) ein Gestaltungsurteil allein gegenüber der Beklagten ausschließen. Dies setzt voraus, daß der gestaltende Anspruch nach dem materiellen Recht nur von mehreren oder gegen mehrere Personen geltend gemacht werden kann (vgl. MünchKomm-ZPO/Schilken, 2. Aufl., § 62 Rdn. 27). Hier haben sich die Vorkäufer jedoch in getrennten Verträgen der Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen unterworfen und sich jeweils gesondert zur Zahlung nur des Betrages verpflichtet, der für sie in dieser Weise ermittelt worden ist. Die für die Billigkeit der Leistungsbestimmung im konkreten Fall zu beachtenden Grundsätze mögen für alle Vorkäufer von Bedeutung sein, hierbei handelt es sich aber nur um eine einheitliche Vorfrage,

deren Beantwortung noch keine Streitgenossenschaft zu begründen vermag (vgl. BGH, Urt. v. 24. Juni 1992, VIII ZR 203/91, NJW 1992, 2413, 2414, insoweit BGHZ 119, 35 nicht abgedruckt, für die Gesamtschuldnerklage).

Wenzel

Tropf

Krüger

Klein

Gaier