



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XI ZR 216/04

Verkündet am:  
27. September 2005  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

---

EMRK Art. 6 Abs. 1  
GG Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3, Art. 103 Abs. 1  
ZPO §§ 141, 448

Erfordert der Grundsatz der Waffengleichheit, dass der Partei, die für ein Gespräch keinen Zeugen hat, Gelegenheit gegeben wird, ihre Darstellung des Gesprächs persönlich in den Prozess einzubringen, kann nicht sowohl die Vernehmung der Partei gem. § 448 ZPO als auch ihre Anhörung gem. § 141 ZPO von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit für ihr Vorbringen abhängig gemacht werden.

BGH, Urteil vom 27. September 2005 - XI ZR 216/04 - OLG Stuttgart  
LG Stuttgart

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. September 2005 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe, den Richter Dr. Joeres, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Ellenberger und Prof. Dr. Schmitt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerinnen wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 9. Juni 2004 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerinnen und die beklagte Bank streiten über Ansprüche im Zusammenhang mit angeblichen Pflichtverletzungen bei der Valutierung eines Darlehens. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin zu 2) ist eine in Liquidation befindliche Bauträgerin, die Klägerin zu 1) Liquidatorin und Geschäftsführerin der Komplementär-GmbH. Die Klägerin zu 2) kaufte durch notariell beurkundeten Vertrag vom 23. Januar 1992 zwei Grundstücke zum Preis von 1,6 Millionen DM. Zur Finanzierung gewährte die Beklagte ihr am 13. März 1992 einen Kredit, der durch eine Bürgschaft der Klägerin zu 1) und Grundschulden auf mehreren Grundstücken der Klägerinnen gesichert war. Nachdem die Klägerin zu 2) 0,5 Millionen DM an den Verkäufer gezahlt hatte und Zweifel an der Bebaubarkeit eines der Grundstücke aufgetreten waren, verpflichtete sich der Verkäufer in einer notariell beglaubigten Vereinbarung vom 7./15. September 1992 mit der Klägerin zu 2) für den Fall, dass diese nicht binnen zwei Jahren eine rechtskräftige Baugenehmigung erhalten sollte, zum Tausch dieses Grundstücks gegen ein anderes. Ferner heißt es in der Vereinbarung: "Der Restkaufpreis aus dem Vertrag vom 23.01.1992 wird am 8.09.1992 bezahlt. Der Verkäufer erklärt sodann unmittelbar die Auflassung." Am 11. September 1992 beauftragte die Klägerin zu 2) die Beklagte, von ihrem Kreditkonto 1,1 Millionen DM auf das Konto des Verkäufers bei einem anderen Kreditinstitut zu überweisen. Dabei gab sie auf dem Überweisungsformular in dem Feld "Verwendungszweck (nur für Empfänger)" an: "Grundstückszahlung unter Vorbehalt baulicher Nutzung ... oder Tausch ge. Vereinbarung vom 07.09.1992". Aufgrund einer Absprache mit dem Verkäufer verbuchte die

Beklagte den Überweisungsbetrag zunächst auf ihrem CpD-Konto. So dann überwies sie 300.000 DM auf das im Überweisungsauftrag angegebene Konto und schrieb, unter entsprechender Änderung des Empfängerkontos auf dem Überweisungsformular, 800.000 DM einem bei ihr neu eröffneten Festgeldkonto des Verkäufers gut. Der Verkäufer erklärte daraufhin die Auflassung, die im Grundbuch vollzogen wurde.

Nachdem die Baugenehmigung rechtskräftig abgelehnt worden war und der Verkäufer sich auf die Formunwirksamkeit der Vereinbarung vom 7./15. September 1992 berufen hatte, erklärte das Oberlandesgericht S. die Klage der Klägerin zu 2) gegen den Verkäufer auf Schadensersatz in Höhe von 1.260.000 DM nebst Zinsen gemäß § 463 Satz 2 BGB a.F. sowie wegen vorsätzlichen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen durch rechtskräftiges Urteil vom 22. Juni 1999 dem Grunde nach für gerechtfertigt und verwies die Sache zur Entscheidung über den Betrag des streitigen Anspruchs an das Landgericht zurück.

Am 28. November 1996 kündigte die Beklagte die Geschäftsverbindung und forderte die Klägerin zu 2) zur Kreditrückzahlung auf. Sie betreibt die Zwangsvollstreckung aus zwei Grundschulden.

Die Klägerinnen sind der Auffassung, die Beklagte habe den Überweisungsauftrag vom 11. September 1992 nicht, jedenfalls nicht weisungsgemäß ausgeführt und sei zur Wiedergutschrift des Überweisungsbetrages verpflichtet. Die Beklagte habe Warn- und Aufklärungspflichten verletzt, indem sie nicht auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung vom 7./15. September 1992 hingewiesen habe. Die Klägerinnen behaupten, die Beklagte habe dem Verkäufer die Angabe des Verwendungszwecks

auf dem Überweisungsformular nicht zur Kenntnis gebracht. Die Klägerin zu 1) habe mit dem zuständigen Angestellten der Beklagten besprochen, dass die Beklagte mit der im Überweisungsauftrag angegebenen Empfängerbank des Verkäufers vereinbare, dass diese den Überweisungsbetrag bis zum Nachweis der Bebaubarkeit des verkauften Grundstücks oder bis zur Übereignung des Tauschgrundstücks treuhänderisch verwalte. Diese Verpflichtung habe die Beklagte nicht erfüllt.

Mit der Klage erstreben die Klägerinnen die Feststellungen, dass zwischen der Klägerin zu 2) und der Beklagten hinsichtlich eines Betrages von 1,1 Millionen DM und den darauf berechneten Zinsen und Kosten kein Schuldverhältnis entstanden und die Beklagte zur Ausbuchung der entsprechenden Kontobelastungen verpflichtet sei, dass die Klägerin zu 1) der Beklagten für den Betrag von 1,1 Millionen DM nebst Zinsen und Kosten weder als Bürgin noch aus einem anderen Rechtsgrund hafte und diesbezügliche Sicherheiten zurückverlangen könne, dass Grundschulden in Höhe von 200.000 DM und 300.000 DM auf Grundstücken der Klägerin zu 1) von der Beklagten nicht als Sicherheit für den der Klägerin zu 2) gewährten Kredit in Höhe von 1,6 Millionen DM in Anspruch genommen werden könnten und dass die Beklagte den Klägerinnen für den Ersatz des Schadens verantwortlich sei, der ihnen dadurch entstanden sei und noch entstehen werde, dass die Beklagte den Überweisungsauftrag vom 11. September 1992 nicht ausgeführt, sondern den Überweisungsbetrag auf einem CpD-Konto gutgeschrieben und von dort aus nach den Anweisungen des Verkäufers darüber verfügt habe. Außerdem nehmen die Klägerinnen die Beklagte auf Zustimmung zur Löschung einer Grundschuld in Höhe von 1,3 Millionen DM auf einem Grundstück der Klägerin zu 2) und auf Herausgabe des Grundschuldbrie-

fes an die Klägerin zu 2) in Anspruch. Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Klägerinnen ihre Klageanträge weiter.

### Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Zulässigkeit des auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz gerichteten Antrages könne dahinstehen. Im Übrigen sei die Klage zulässig.

Die Klage sei insgesamt unbegründet, weil die Klägerin zu 2) keine Ansprüche habe, die dem Darlehensrückzahlungsanspruch der Beklagten und der Zwangsvollstreckung entgegengesetzt werden könnten.

Die Beklagte sei nicht zur Rückerstattung des Überweisungsbetrages in Höhe von 1,1 Millionen DM zuzüglich Nebenkosten verpflichtet. Sie habe den Überweisungsauftrag zwar nicht weisungsgemäß ausge-

führt, sondern das Empfängerkonto geändert. Dadurch sei das Interesse der Klägerin zu 2) im Ergebnis aber nicht verletzt worden. Der von ihr mit der Überweisung verfolgte Zweck, die Tilgung des Restkaufpreisanspruches des Verkäufers, sei trotz der abweichenden Buchung erreicht worden. Der Verkäufer habe die Leistung als Erfüllung angenommen und seine Pflicht zur Auflassung umgehend erfüllt.

Der Zweck der Überweisung sei auch dann nicht vereitelt worden, falls die Beklagte ihre Pflicht, den im Überweisungsformular angegebenen Verwendungszweck an den Verkäufer weiter zu leiten, verletzt habe. Gegen die Auffassung der Klägerinnen, der Zweck der Überweisung sei nicht die Erfüllung des Restkaufpreisanspruches gewesen, spreche, dass nach der Vereinbarung vom 7./15. September 1992 die Zahlung des Restkaufpreises am 8. September 1992 nicht von weiteren Bedingungen abhängig gewesen sei. Auch im Grundstückskaufvertrag vom 23. Januar 1992 fänden sich keine Hinterlegungs- oder Treuhandabreden. Mit dem in der Angabe des Verwendungszwecks zum Ausdruck gebrachten Vorbehalt hätten die Klägerinnen nur dem Verständnis der Leistung als Anerkennnis entgegnet und die Wirkung des § 814 BGB ausschließen wollen. Die Klägerinnen hätten deshalb durch die etwa unterbliebene Weiterleitung der Verwendungszweckangabe keinen Schaden erlitten.

Die Parteien hätten auch keine Treuhandabrede oder sonstige vertragliche Vereinbarung geschlossen, derzufolge die Beklagte die Empfängerbank in eine überwachte Zahlungsabwicklung gegenüber dem Verkäufer hätte einbinden sollen. Dies stehe aufgrund der Aussage des Zeugen L. , eines Angestellten der Beklagten, fest.

Die Beklagte habe ferner keine Hinweis-, Warn- oder Aufklärungspflichten verletzt. Selbst wenn der Zeuge L. die Vereinbarung vom 7./15. September 1992 gekannt haben sollte, sei er nicht zu einem Hinweis auf deren Formunwirksamkeit verpflichtet gewesen.

## II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Rechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klage sei nicht als unzulässig abzuweisen. Soweit die Klage auf Feststellung gerichtet ist, liegt ein Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 Abs. 1 BGB vor.

Ein solches fehlt zwar im Allgemeinen, soweit eine Leistungsklage möglich ist. Der Vorrang der Leistungsklage gilt aber nicht ausnahmslos. Wenn eine Feststellungsklage zur endgültigen Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führt, etwa weil von der Bereitschaft des Beklagten zur Leistung schon auf ein rechtskräftiges Feststellungsurteil hin auszugehen ist, bestehen gegen die Zulässigkeit keine Bedenken (Senat BGHZ 130, 115, 119 f. und Urteil vom 30. März 1995 - XI ZR 78/94, WM 1995, 1219, 1220, insoweit in BGHZ 130, 59 ff. nicht abgedruckt; jeweils m.w.Nachw.).

So liegt es hier. Die endgültige Erledigung des Streits durch ein Feststellungsurteil ist zu erwarten, weil die beklagte Bank die Zulässig-

keit der Feststellungsanträge nicht in Zweifel zieht und durch ihr prozessuales Verhalten gezeigt hat, dass auch ihr an der Klärung des Rechtsverhältnisses durch die von den Klägerinnen erhobene Feststellungsklage gelegen ist. Dies gilt auch hinsichtlich des Antrages festzustellen, dass die Beklagte den Klägerinnen zum Ersatz des entstandenen und künftig entstehenden Schadens verpflichtet ist.

2. Rechtsfehlerfrei ist auch die Begründung, mit der das Berufungsgericht Schadensersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung verneint hat.

a) Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte gegenüber den Klägerinnen keine Hinweis-, Warn- oder Aufklärungspflichten verletzt hat.

Eine kreditgebende Bank ist zur Risikoaufklärung über das finanzierte Geschäft nur unter ganz besonderen Voraussetzungen verpflichtet. Sie darf regelmäßig davon ausgehen, dass der Kreditnehmer entweder selbst über die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt oder sich jedenfalls der Hilfe von Fachleuten bedient hat. Nur ausnahmsweise können sich Aufklärungs- und Hinweispflichten aus den besonderen Umständen des Einzelfalls ergeben. Dies kann der Fall sein, wenn die Bank im Zusammenhang mit der Planung, der Durchführung oder dem Vertrieb des Projekts über ihre Rolle als Kreditgeberin hinausgeht, wenn sie einen zu den allgemeinen wirtschaftlichen Risiken hinzutretenden besonderen Gefährdungstatbestand für den Kreditnehmer schafft oder dessen Entstehung begünstigt, wenn sie sich im Zusammenhang mit der Kreditgewährung in schwerwiegende Interessenkonflikte verwickelt oder wenn

sie in Bezug auf spezielle Risiken des Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung vor dem Kreditnehmer hat und dies auch erkennen kann (st.Rspr.; vgl. Senat, Urteile vom 23. März 2004 - XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1224 f. und vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830, jeweils m.w.Nachw.).

Solche besonderen Umstände hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei nicht festgestellt. Die Klägerinnen berufen sich insoweit ohne Erfolg darauf, die Klägerin zu 1) habe die Beklagte auf Bedenken gegen die Bebaubarkeit des Grundstücks und die Formwirksamkeit des Vertrages vom 7./15. September 1992 angesprochen. Die Beklagte durfte ohne weiteres davon ausgehen, dass die Klägerin zu 2) als gewerbliche Bau-trägerin diese Bedenken ebenso wie alle sonstigen Risiken des finanzierten Grundstückskaufs selbst prüfen würde. Dass die Beklagte sich ausdrücklich verpflichtet hätte, die Klägerin zu 2) in dieser Frage zu beraten, haben die Klägerinnen nicht vorgetragen.

b) Rechtlich zutreffend ist ferner die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Klägerinnen durch die etwaige Verletzung der vertraglichen Nebenpflicht der Beklagten zur vollständigen und richtigen Weiterleitung der Verwendungszweckangabe (vgl. BGH, Urteil vom 11. März 1976 - II ZR 116/74, WM 1976, 904, 906 f.; Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 49 Rdn. 28) keinen Schaden erlitten haben.

Das Berufungsgericht hat den in der Verwendungszweckangabe zum Ausdruck gebrachten Vorbehalt rechtsfehlerfrei dahin ausgelegt, dass die Klägerin zu 2) lediglich dem Verständnis ihrer Leistung als An-

erkenntnis (§ 208 BGB a.F.) entgegneten und die Wirkung des § 814 BGB ausschließen, sich also die Möglichkeit offen halten wollte, das Geleistete gemäß § 812 BGB zurückzufordern (vgl. Senat, BGHZ 139, 357, 367 f.). Diese Auslegung einer Individualerklärung ist revisionsrechtlich nur beschränkt, nämlich darauf überprüfbar, ob der Tatrichter gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denk- oder Erfahrungssätze verletzt oder den unterbreiteten Sachverhalt nicht erschöpfend gewürdigt hat (st.Rspr., vgl. BGH, Urteile vom 26. Februar 2003 - VIII ZR 270/01, WM 2003, 1089, 1090 und vom 13. März 2003 - IX ZR 199/00, WM 2003, 795, 796, jeweils m.w.Nachw.). Ein solcher Rechtsfehler liegt nicht vor. Die Revision versucht lediglich, andere Auslegungsmöglichkeiten, etwa die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung oder einer Beweislastumkehr, an die Stelle der Auslegung durch das Berufungsgericht zu setzen. Damit kann sie keinen Erfolg haben.

Die von den Klägerinnen gegen den Verkäufer erhobenen Rückforderungsansprüche, deren Offenhaltung die Verwendungszweckangabe diente, sind durch das rechtskräftige Urteil des Oberlandesgerichts S. vom 22. Juni 1999 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden. Dass das Oberlandesgericht Ansprüche gemäß §§ 812, 123 BGB wegen Versäumung der Anfechtungsfrist gemäß § 124 BGB verneint und statt dessen Ansprüche gemäß § 463 Satz 2 BGB a.F. und wegen vorsätzlichen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen bejaht hat, ist unerheblich. Es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerinnen gleichwohl durch die angeblich unterbliebene Weiterleitung der Verwendungszweckangabe einen Schaden erlitten haben könnten. Soweit die Revision sich auf eine Erschwerung oder Verzögerung der Rechtsverfolgung, auf Beweislastprobleme und die Unzulässigkeit eines Urkundenprozesses be-

ruft, reicht dies zur Darlegung eines konkreten Vermögensschadens nicht aus.

3. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin zu 2) gemäß §§ 667, 675 Abs. 1 BGB auf Rückbuchung (vgl. BGHZ 121, 98, 106; Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 47 Rdn. 28) des Überweisungsbetrages in Höhe von 1,1 Millionen DM nebst Zinsen und Kosten verneint hat, hält rechtlicher Überprüfung hingegen nicht stand.

a) Rechtlich zutreffend ist allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, dass dieser Anspruch nicht bereits deshalb begründet ist, weil die Beklagte den Überweisungsbetrag nach Absprache mit dem Überweisungsempfänger nicht auf das von den Klägerinnen angegebene Empfängerkonto, sondern zunächst auf ihr CpD-Konto und sodann teilweise auf ein bei ihr neu eröffnetes Konto des Verkäufers überwiesen hat.

Die Geltendmachung eines Anspruches auf Rückgängigmachung von Kontobelastungen verstößt, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn eine weisungswidrige Erledigung eines Überweisungsauftrags das Interesse des Überweisungsauftraggebers nicht verletzt, insbesondere, wenn der mit der Überweisung verfolgte Zweck trotz der Fehlbuchung erreicht worden ist (Senat, Urteile vom 8. Oktober 1991 - XI ZR 207/90, WM 1991, 1912, 1913 und vom 21. Juni 2005 - XI ZR 152/04, WM 2005, 1564, 1567; jeweils m.w.Nachw.).

So liegt es hier. Der mit der Überweisung verfolgte Zweck war die Erfüllung der Restkaufpreisforderung aufgrund der Vereinbarungen vom 23. Januar 1992 und vom 7./15. September 1992. Der auf dem Überweisungsformular angegebene Verwendungszweck ändert daran nichts. Er sollte nach der, wie dargelegt, rechtsfehlerfreien Auslegung des Berufungsgerichts die Möglichkeit, das Geleistete zurückzufordern, offen halten und stellte den mit der Überweisung verfolgten Zweck, nämlich die ordnungsgemäße Erfüllung (vgl. Senat, BGHZ 139, 357, 368) der Restkaufpreisforderung, nicht in Frage. Die Erfüllungswirkung ist mit der Überweisung erreicht worden. Da die Abweichung von dem im Überweisungsauftrag angegebenen Empfängerkonto auf einer Absprache der Beklagten mit dem Empfänger beruhte, hat dieser die Überweisung in der tatsächlich ausgeführten Form als Erfüllung seiner Kaufpreisforderung angenommen und umgehend den Anspruch der Klägerin zu 2) auf Auflassung des Grundstücks erfüllt. Dass die Beklagte nicht versehentlich, sondern absichtlich von dem im Überweisungsauftrag angegebenen Empfängerkonto abgewichen ist, rechtfertigt entgegen der Auffassung der Revision keine andere Beurteilung. Die Beklagte konnte aufgrund der Absprache mit dem Empfänger davon ausgehen, dass der mit der Überweisung verfolgte Zweck trotz dieser Abweichung erreicht werde. Sie trug hierfür das alleinige Risiko, weil sie andernfalls zur Rückgängigmachung der Kontobelastung verpflichtet gewesen wäre. Da sie auch die volle Beweislast für die Erreichung des mit der Überweisung verfolgten Zwecks trug, sind den Klägerinnen entgegen der Ansicht der Revision auch keine Beweisnachteile entstanden.

b) Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Begründung, mit der das Berufungsgericht einen Rückbuchungsanspruch der Klägerin zu 2) verneint

hat, soweit die Klägerinnen diesen damit begründen, die Beklagte habe ihre Weisung missachtet, mit der Empfängerbank eine treuhänderische Verwaltung des Überweisungsbetrages bis zum Nachweis der Bebaubarkeit des verkauften Grundstückes bzw. bis zur Übereignung des Tauschgrundstückes zu vereinbaren.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerinnen hätten eine solche Weisung nicht erteilt, ist rechtsfehlerhaft. Sie beruht ausschließlich auf der Zeugenaussage eines Angestellten der Beklagten. Die Klägerin zu 1) hat das Berufungsgericht trotz eines entsprechenden Antrages der Klägerinnen zu dem Vier-Augen-Gespräch, in dem die Weisung erteilt worden sein soll, weder gemäß § 448 ZPO vernommen noch gemäß § 141 ZPO angehört. Diese Verfahrensweise verstößt gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK (vgl. EGMR NJW 1995, 1413, 1414) und Art. 103 Abs. 1 GG sowie Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 20 Abs. 3 GG (vgl. BVerfG NJW 2001, 2531). Der Grundsatz der Waffengleichheit, der Anspruch auf rechtliches Gehör sowie das Recht auf Gewährleistung eines fairen Prozesses und eines wirkungsvollen Rechtsschutzes erfordern, dass einer Partei, die für ein Vier-Augen-Gespräch keinen Zeugen hat, Gelegenheit gegeben wird, ihre Darstellung des Gesprächs in den Prozess persönlich einzubringen. Zu diesem Zweck ist die Partei gemäß § 448 ZPO zu vernommen oder gemäß § 141 ZPO anzuhören (BGH, Urteile vom 16. Juli 1998 - I ZR 32/96, NJW 1999, 363, 364 und vom 19. Dezember 2002 - VII ZR 176/02, WM 2003, 1740, 1741 f.; jeweils m.w.Nachw.). Die Notwendigkeit, der Partei Gelegenheit zur Äußerung in einer dieser beiden Formen zu geben, setzt entgegen der Auffassung der Revisionserweiterung keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für ihr Vorbringen voraus (BVerfG NJW 2001, 2531, 2532).

Etwas anderes gilt allerdings, wenn der Tatrichter seine Feststellungen über den Gesprächsverlauf nicht nur auf die Aussage des von der Gegenpartei benannten Zeugen, sondern zusätzlich auf sonstige Beweismittel oder Indizien stützt (Senat, Beschluss vom 11. Februar 2003 - XI ZR 153/02, WM 2003, 702, 703; BGH, Beschluss vom 25. September 2003 - III ZR 384/02, NJW 2003, 3636). So liegt es hier aber nicht. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die von den Klägerinnen behauptete Weisung sei nicht erteilt worden, beruht allein auf der Zeugenaussage des Angestellten der Beklagten. Dass die Klägerin zu 2) dem Verkäufer ausweislich des Tauschvertrages unabhängig vom Eintritt weiterer Bedingungen zur sofortigen Zahlung des Restkaufpreises verpflichtet war und eine Überweisung zu treuen Händen der Empfängerbank dem widersprochen hätte, führt das Berufungsgericht nicht zur Rechtfertigung dieser Feststellung, sondern nur in anderem Zusammenhang an.

III.

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Nobbe

Joeres

Mayen

Ellenberger

Schmitt