



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 125/03

Verkündet am:
3. Februar 2004
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 812, 818

- a) Ein Kreditinstitut hat nach der Einlösung eines Schecks einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch gegen den Scheckbegünstigten, wenn der Scheck von einem Mitarbeiter einer juristischen Person ausgestellt worden ist, dessen Kontovollmacht von einem geschäftsunfähigen Vertreter der juristischen Person erteilt worden und deshalb nichtig ist. Dies gilt auch dann, wenn die juristische Person den gezahlten Betrag dem Scheckbegünstigten tatsächlich schuldete und dieser den Gültigkeitsmangel nicht kannte (Bestätigung von BGHZ 147, 145 ff.; 152, 307 ff.).
- b) Ein zivilrechtlicher Bereicherungsanspruch gegen den Steuerfiskus ist grundsätzlich nicht gemäß § 818 Abs. 1 BGB zu verzinsen.

BGH, Urteil vom 3. Februar 2004 - XI ZR 125/03 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Februar 2004 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe, die Richter Dr. Müller, Dr. Joeres, Dr. Wassermann und die Richterin Mayen

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 6. März 2003 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Beklagte lediglich 4% Zinsen seit dem 29. Dezember 2000 zu zahlen hat.

Die Anschlußrevision der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt der Beklagte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagende Sparkasse nimmt das beklagte Land als Steuerfiskus auf Rückzahlung eines Betrages in Anspruch, den sie zur Einlösung eines Schecks aufgewandt hat.

Am 21. Dezember 1993 eröffnete ein die deutsche Staatsangehörigkeit besitzender, alleinvertretungsberechtigter Direktor der in D. ansässigen P. AG, einer schweizerischen Aktiengesellschaft, für diese ein Girokonto bei der Klägerin und erteilte einem Mitarbeiter Kontovollmacht. Am selben Tag erwarb der Direktor für die P. AG mehrere Grundstücke in Deutschland zum Preis von circa 13 Mio. DM. Der bevollmächtigte Mitarbeiter stellte am 18. Januar 1994 einen Scheck in Höhe von 260.000 DM aus und übergab ihn dem zuständigen Finanzamt zur Bezahlung der Grunderwerbsteuer, die durch Bescheid vom selben Tag festgesetzt worden war. Die Klägerin löste den Scheck zu Lasten des Girokontos der P. AG ein.

Die Klägerin hat behauptet, der Direktor der P. AG sei bei Eröffnung des Kontos, Erteilung der Vollmacht und Erwerb der Grundstücke geschäftsunfähig gewesen. Sie nimmt den Beklagten auf Zahlung von 132.935,89 € (= 260.000 DM) nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 1996 in Anspruch.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat gemäß § 17a GVG den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für zulässig erklärt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Beklagten hat der Senat zurückgewiesen (WM 2002, 2503). Sodann hat das Berufungsgericht der Klage in Höhe von 132.935,89 € nebst 6% Zinsen seit dem 1. Januar 1996 stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klägerin verfolgt mit der Anschlußrevision ihre weitergehende Zinsforderung in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juli 2000 weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Beklagten ist bis auf einen Teil der Zinsforderung unbegründet. Die Anschlußrevision der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt:

Die mit der Klage verfolgte Hauptforderung sei gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB begründet. § 37 Abs. 2 Satz 1 AO, wonach nur derjenige die Erstattung einer ohne Rechtsgrund gezahlten Steuer verlangen könne, auf dessen Rechnung die Zahlung erfolgt sei, stehe nicht entgegen. Die Klägerin habe keine eigene Verpflichtung aus einem Steuerrechtsverhältnis, sondern eine Verpflichtung aus einem Girovertrag erfüllen wollen, und mache keinen Erstattungsanspruch gemäß § 37 Abs. 2 AO, sondern einen zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch geltend.

Die Klägerin habe einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch gegen den Beklagten als Zahlungsempfänger, weil sie aufgrund einer von vornherein unwirksamen Scheckanweisung gezahlt habe. Der Girovertrag vom 21. Dezember 1993 und die Kontovollmacht für den Mitarbeiter

der P. AG, der den Scheck ausgestellt habe, seien unwirksam. Dies folge zwar nicht daraus, daß der die P. AG vertretende Direktor im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und der Vollmachterteilung noch nicht im Handelsregister eingetragen war. Die Eintragung habe nach schweizerischem Recht keine konstitutive Bedeutung. Der Direktor sei aber infolge einer Geisteskrankheit unfähig gewesen, vernunftgemäß zu handeln. Dies ergebe sich aus zwei in anderen gerichtlichen Verfahren erhobenen und im vorliegenden Rechtsstreit im Wege des Urkundenbeweises verwerteten Sachverständigengutachten. Die Rechtsfolgen der Handlungs- bzw. Geschäftsunfähigkeit richteten sich nach deutschem Recht. Gemäß § 105 Abs. 1 BGB seien die auf Abschluß des Girovertrages und Erteilung der Kontovollmacht gerichteten Willenserklärungen nichtig.

Die Rückabwicklung unterliege nach Internationalem Privatrecht deutschem Recht. Danach könne die Klägerin den Beklagten unmittelbar in Anspruch nehmen, weil ihre Zahlung der P. AG mangels wirksamer Scheckanweisung nicht zugerechnet werden könne. Daß der Beklagte die Unwirksamkeit der Anweisung nicht gekannt und einen Anspruch gegen die P. AG auf Zahlung gehabt habe, rechtfertige keine andere Beurteilung.

Der Beklagte berufe sich ohne Erfolg auf den Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB). Sein Vortrag, über die Einnahme sei im Rahmen der haushaltsmäßigen Ausgaben verfügt worden, lasse nicht erkennen, daß Ausgaben getätigt worden seien, die ohne die Zahlung der Klägerin unterblieben wären.

Der Beklagte schulde gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, § 818 Abs. 1 BGB 6% Zinsen für die Zeit vom 1. Januar 1996 bis zum 30. Juni 2000, weil er das empfangene Geld unter Beachtung des Haushaltsrechts anlegen oder zur Kredittilgung und Einsparung von Schuldzinsen habe verwenden können. Die Höhe der Zinsen sei gemäß § 287 Abs. 2 ZPO in Anlehnung an § 238 AO auf 6% zu schätzen. Zur Zahlung höherer Zinsen sei der Beklagte auch aufgrund des am 1. Juli 2000 eingetretenen Verzuges nicht verpflichtet. § 288 Abs. 1 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 330) sei gemäß Art. 229 § 1 Abs. 1 Satz 3 EGBGB nicht anwendbar, weil die Klageforderung vor dem 1. Mai 2000 fällig geworden sei. Einen weitergehenden Schaden im Sinne des § 288 Abs. 2 BGB a.F. habe die Klägerin nicht schlüssig begründet, weil sie ihren durchschnittlichen Bruttosollzinssatz nicht dargelegt habe.

II.

A. Revision des Beklagten

1. Soweit das Berufungsgericht der Klage stattgegeben hat, halten seine Ausführungen bis auf einen Teil der Begründung der Zinsentscheidung rechtlicher Überprüfung stand.

a) Die Hauptforderung auf Zahlung von 132.935,89 € ist gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB (Nichtleistungskondiktion) begründet.

aa) Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, daß die Klägerin einen zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch und keinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch gemäß § 37 Abs. 2 AO, der nur dem zusteht, auf dessen Rechnung eine Steuer gezahlt worden ist, geltend macht. Ein Anspruch gemäß § 37 Abs. 2 AO kann nur dem Beteiligten eines Steuerrechtsverhältnisses zustehen, der mit seiner Zahlung eine eigene Steuerpflicht erfüllen will (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 1983 - III ZR 149/82, ZIP 1984, 312, 314; Boeker, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO 10. Aufl. § 37 Rdn. 24). Diese Voraussetzungen erfüllt die Klägerin nicht, weil sie mit ihrer Zahlung an den Beklagten - wie dieser wußte - ihre Vertragspflicht gegenüber der P.

AG zur Einlösung des Schecks, aber keine eigene Steuerschuld erfüllen wollte. Sie kann deshalb nur einen zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch geltend machen (vgl. BFH, Urteil vom 18. August 1983 - V R 23/78, UStR 1983, 210, 211; vgl. auch FG Dessau EFG 1998, 1023; Seer, in: Tipke/Kruse, AO 16. Aufl. § 33 FGO, Rdn. 17-18).

bb) Der Bereicherungsanspruch unterliegt, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, deutschem Recht. Dies folgt zwar nicht unmittelbar aus dem erst am 1. Juni 1999 in Kraft getretenen Art. 38 Abs. 3 EGBGB. Diese Vorschrift fixiert aber im wesentlichen die zuvor geltenden Anknüpfungsregeln (Heldrich, in: Palandt, BGB 63. Aufl. Vorb. v. Art. 38 EGBGB Rdn. 1). Danach unterliegen Bereicherungsansprüche, die weder Leistungs- noch Eingriffskonditionen sind, dem Recht des Staates, in dem die Bereicherung eingetreten ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn Bereicherungsgläubiger und -schuldner wie im vorliegenden Fall ihren Sitz im gleichen Staat haben (Lüderitz, in: Soergel, BGB 12. Aufl. EGBGB Art. 38 Anh. I Rdn. 46). Danach ist deutsches Recht

anzuwenden, zumal dieses auch für das Deckungs- und das Valutaverhältnis, d.h. die Rechtsbeziehungen der P. AG sowohl zur Klägerin (Art. 28 Abs. 1 und 2 EGBGB) als auch zum Beklagten gilt.

cc) Die Voraussetzungen einer Nichtleistungskondition gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei bejaht.

(1) Der Bereicherungsausgleich vollzieht sich zwar in Fällen der Leistung kraft Anweisung grundsätzlich innerhalb des jeweiligen Leistungsverhältnisses, also zum einen zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen und zum anderen zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger (st. Rspr., siehe BGHZ 147, 269, 273, m.w.Nachw.). Dies gilt aber nicht ausnahmslos. Der Angewiesene hat einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch gegen den Anweisungsempfänger, wenn eine wirksame Anweisung fehlt. Dies gilt nicht nur, wenn der Anweisungsempfänger das Fehlen einer wirksamen Anweisung im Zeitpunkt der Zuwendung kannte (vgl. hierzu BGHZ 66, 362, 364 f.; 66, 372, 374 f.; 67, 75, 78; 147, 269, 274), sondern auch ohne diese Kenntnis (BGHZ 111, 382, 386 f.; Senat BGHZ 147, 145, 151 und 152, 307, 311 f.). Ohne gültige Anweisung kann die Zahlung dem vermeintlich Anweisenden nicht als seine Leistung zugerechnet werden. Da der gutgläubige Vertragsgegner nur geschützt werden kann, wenn der andere Vertragsteil in zurechenbarer Weise einen Rechtsschein hervorgerufen hat, vermag der sogenannte Empfängerhorizont des Zahlungsempfängers die fehlende Tilgungs- und Zweckbestimmung des vermeintlich Anweisenden selbst dann nicht zu ersetzen, wenn dieser den gezahlten

Betrag dem Zahlungsempfänger tatsächlich schuldete (Senat BGHZ 147, 145, 151 und 152, 307, 312).

Daß der Senat einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch unabhängig davon bejaht, ob der Zahlungsempfänger das Fehlen einer wirksamen Anweisung kannte, macht entgegen der Ansicht der Revision eine Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen gemäß § 132 Abs. 2 GVG nicht erforderlich. Der Senat weicht nicht von der Entscheidung eines anderen Zivilsenats ab (vgl. bereits Senat BGHZ 147, 145, 151). Dies gilt auch für die Urteile des VII. Zivilsenats vom 31. Mai 1976 - VII ZR 218/74, BGHZ 66, 362, 365 und des VI. Zivilsenats vom 31. Mai 1994 - VI ZR 12/94, WM 1994, 1420, 1421, die, anders als die Revision meint, nicht auf der Rechtsansicht beruhen, daß ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch die Kenntnis des Zahlungsempfängers vom Fehlen einer wirksamen Anweisung voraussetzt.

(2) Im vorliegenden Fall hat die Klägerin einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch gegen den Beklagten, weil der P. AG die mit dem Scheck erteilte Anweisung nicht zurechenbar ist.

(a) Der Mitarbeiter, der den Scheck namens der P. AG ausgestellt hat, handelte ohne Vertretungsmacht, weil ihn der Direktor der P. AG aufgrund seiner Geschäftsunfähigkeit nicht wirksam bevollmächtigt hat.

(aa) Die Wirksamkeit der Vollmacht, die der Direktor der P. AG als deren Organ dem Mitarbeiter erteilt hat, unterliegt, anders als die Revision meint, nicht dem Personalstatut der Gesellschaft. Dieses

gilt zwar für die Vertretungsbefugnis des Direktors, nicht aber für die von ihm erteilte Vollmacht. Die Vollmacht ist gesondert anzuknüpfen. Für sie gilt das Recht des Staates, in dem sie Wirkung entfalten soll (BGHZ 64, 183, 192; 128, 41, 47; BGH, Urteile vom 13. Mai 1982 - III ZR 1/80, WM 1982, 1132, 1133 und vom 26. April 1990 - VII ZR 218/89, WM 1990, 1847, 1848). Dies ist hier deutsches Recht, weil der Mitarbeiter aufgrund der Kontovollmacht einen auf eine deutsche Sparkasse gezogenen Scheck zur Bezahlung einer deutschen Steuer ausgestellt hat. Nach § 105 Abs. 1, § 165 BGB ist die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen selbst dann nichtig, wenn er sie als Vertreter abgibt (BGHZ 53, 210, 215). Dies gilt auch für Organe juristischer Personen (BGHZ 115, 78, 80 f.).

(bb) Die Geschäftsfähigkeit des Direktors unterliegt gemäß Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EGBGB deutschem Recht, weil er deutscher Staatsangehöriger ist. Er war gemäß § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig, weil er sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bei Erteilung der Vollmacht aufgrund einer psychischen Erkrankung in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand und dieser Zustand nicht nur vorübergehender Natur war. Die Verfahrensrügen, die die Revision gegen diese Feststellung erhebt, hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

(b) Die Scheckanweisung ist der P. AG auch nicht unter Rechtsscheingesichtspunkten zurechenbar. Maßgeblich hierfür ist das Recht des Ortes, an dem ein Rechtsschein entstanden sein und sich ausgewirkt haben könnte (BGHZ 43, 21, 27), mithin deutsches Recht.

(aa) Die P. AG muß die dem Scheck ausstellenden Mitarbeiter erteilte Vollmacht nicht gemäß § 171 Abs. 1 BGB gegen sich gelten lassen. Ihr Direktor hat die - unwirksame - Kontovollmacht zwar gegenüber der Klägerin auf einem von ihr zur Verfügung gestellten Formular erteilt. Darin liegt aber bereits deshalb keine besondere Mitteilung im Sinne des § 171 Abs. 1 BGB, weil der Direktor geschäftsunfähig war (vgl. MünchKomm/Schramm, BGB 4. Aufl. § 171 Rdn. 5; Erman/Palm, BGB 10. Aufl. § 171 Rdn. 3).

(bb) Die Voraussetzungen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht sind den Feststellungen des Berufungsgerichts und dem Sachvortrag der Parteien nicht zu entnehmen.

(cc) Ob eine Zurechnung kraft schuldhaft verursachten Rechtscheins in Betracht käme, wenn die P. AG die Handelsregistereintragung des Direktors hätte fortbestehen lassen, obwohl der Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit für sie erkennbar war (vgl. hierzu BGHZ 115, 78, 83), bedarf keiner Entscheidung, weil der Direktor im Zeitpunkt der Erteilung der Kontovollmacht nicht im Handelsregister eingetragen war.

(3) Der Direktkondiktion der Klägerin gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB stehen auch keine anderen Hinderungsgründe entgegen. Der Beklagte kann sich im Rahmen des Bereicherungsausgleichs nicht auf Vertrauensschutz berufen (vgl. hierzu Senat BGHZ 152, 307, 314).

Die Revision macht ohne Erfolg geltend, der Beklagte könne Scheckzahlungen und Überweisungen auf unstreitige Steuerschulden nicht mehr risikolos entgegennehmen, wenn er aufgrund für ihn nicht erkennbarer Mängel der Scheckanweisung oder des Überweisungsauftrags zur Rückzahlung verpflichtet sei. Es sei nicht gerechtfertigt, ihn mit der Gefahr von Störungen des Deckungsverhältnisses zwischen der P.

AG als Steuerschuldnerin und der Klägerin zu belasten.

Diese Argumente überzeugen nicht. Das vom Beklagten zu tragende Risiko, daß die vom Steuerschuldner veranlaßte Zahlung diesem infolge Geschäftsunfähigkeit nicht zurechenbar ist, besteht bei einer unmittelbaren Barzahlung in gleicher Weise. Es kann im bargeldlosen Zahlungsverkehr nicht auf das Kreditinstitut des Steuerschuldners abgewälzt werden. Daß die Unwirksamkeit der Scheckanweisung nicht auf der Geschäftsunfähigkeit des Steuerschuldners selbst, sondern auf der seines Vertreters beruht, ändert nichts, weil durch die Unwirksamkeit des Vertretergeschäfts eines Geschäftsunfähigen (§ 105 Abs. 1, § 165 BGB) auch der Vertretene vor dem Handeln des Geschäftsunfähigen geschützt wird. Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb geboten, weil der Bereicherungsanspruch sich gegen den Steuerfiskus richtet. Dieser unterliegt dem Gebot der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns (vgl. Tipke/Kruse, Steuerrecht 17. Aufl. Rdn. 150 ff., 161 ff.) und ist ebenso wie andere Personen zur Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet.

(4) Die Direktkondiktion der Klägerin ist nicht durch einen Wegfall der Bereicherung des Beklagten ausgeschlossen. Ob der Beklagte sich gegenüber zivilrechtlichen Bereicherungsansprüchen überhaupt auf

§ 818 Abs. 3 BGB berufen kann (verneinend für öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche gegen die öffentliche Hand: BVerwGE 107, 304, 312), bedarf keiner Entscheidung. Das Berufungsgericht hat jedenfalls rechtsfehlerfrei angenommen, daß der Vortrag des Beklagten, über die Zahlung der Klägerin sei im Rahmen der haushaltsmäßigen Ausgaben disponiert worden, zur Darlegung einer Entreicherung nicht ausreicht. Ausgaben, die ohne die Zahlung der Klägerin unterblieben wären, hat der Beklagte nicht geltend gemacht. Er hat in den Tatsacheninstanzen auch nicht schlüssig vorgetragen, daß er im Vertrauen darauf, die Zahlung behalten zu können, von weiteren Beitreibungsmaßnahmen abgesehen hat und deshalb nunmehr mit seiner Steuerforderung ausfällt.

b) Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Begründung, mit der das Berufungsgericht den Beklagten gemäß § 818 Abs. 1 BGB zur Zahlung von Zinsen verurteilt hat. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 107, 304, 308; BVerwG, Urteil vom 30. April 2003 - 6 C 5/02, NVwZ 2003, 1385, 1387) kommt bei einem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch gegen eine Behörde eine Verzinsung wegen tatsächlich gezogener Nutzungen grundsätzlich nicht in Betracht, weil der Staat öffentlich-rechtlich erlangte Einnahmen in der Regel nicht gewinnbringend anlegt, sondern über die ihm zur Verfügung stehenden Mittel im Interesse der Allgemeinheit verfügt. Der Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an. Sie gilt auch für den vorliegenden zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch gegen den Steuerfiskus, weil die Zahlung der Klägerin wie eine Steuereinnahme im Interesse der Allgemeinheit verwandt werden sollte.

Der Beklagte schuldet auch keine Verzugszinsen gemäß § 286 Abs. 1, § 288 Abs. 1 BGB. Er ist zwar seit dem 1. Juli 2000 unstreitig in Verzug. Als Bereicherungsschuldner kann er aber vor Eintritt der Rechtshängigkeit nur unter den Voraussetzungen des § 819 Abs. 1 BGB wegen Verzuges in Anspruch genommen werden (Staudinger/Werner Lorenz, BGB Neubearbeitung 1999 § 818 Rdn. 51). Hierzu hat die Klägerin nicht substantiiert vorgetragen.

Der Beklagte schuldet deshalb nur Prozeßzinsen gemäß § 818 Abs. 4, § 291 BGB seit dem Eintritt der Rechtshängigkeit am 29. Dezember 2000. Da der Bereicherungsanspruch bereits vor dem 1. Mai 2000 fällig war, betragen die Zinsen gemäß § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB in der vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 330) geltenden Fassung 4% (Art. 229 § 1 Abs. 1 Satz 3, § 5 Satz 1 EGBGB). Ob der Klägerin tatsächlich ein höherer Schaden entstanden ist, und wie dieser gegebenenfalls zu berechnen wäre (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 12. Mai 1998 - XI ZR 79/97, WM 1998, 1325, 1326 f.), ist unerheblich, weil der Ersatz eines solchen Schadens unter dem hier allein maßgeblichen Gesichtspunkt der Rechtshängigkeit nicht gefordert werden kann. § 291 Satz 2 BGB a.F. verweist nur auf § 288 Abs. 1 BGB, nicht dessen Absatz 2.

2. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO), soweit das Berufungsgericht den Beklagten zur Zahlung von mehr als 4% Zinsen seit dem 29. Dezember 2000 verurteilt hat. Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO) und die Zinsforderung in diesem Umfang

abweisen. Die weitergehende Revision war als unbegründet zurückzuweisen.

B. Anschlußrevision der Klägerin

1. Die Anschlußrevision ist zulässig.

a) Dies gilt unabhängig davon, ob das Berufungsgericht die Revision nur für den Beklagten oder auch für die Klägerin zugelassen hat. Die Anschlußrevision ist gemäß § 554 Abs. 2 Satz 1 ZPO auch dann statthaft, wenn die Revision nicht zugelassen worden ist (vgl. auch Begr.RegE ZPO-RG, BT-Drucks. 14/4722, S. 107 f.; BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 - KZR 32/02, WM 2003, 2020, 2021, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Senat, Urteil vom 30. September 2003 - XI ZR 232/02, WM 2003, 2286, 2287). Sie muß auch nicht denselben Streitstoff betreffen, auf den sich die Zulassung der Revision des Beklagten bezieht (BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 - KZR 32/02, WM 2003, 2020, 2021, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Senat, Urteil vom 30. September 2003 - XI ZR 232/02, WM 2003, 2286, 2287).

b) Ob eine Anschlußrevision nur zulässig ist, wenn zwischen ihrem Streitgegenstand und dem der Hauptrevision ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang besteht (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 - KZR 32/02, WM 2003, 2020, 2021, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen), bedarf keiner Entscheidung. Ein solcher Zusammenhang ist im vorliegenden Fall gegeben. Die Anschlußrevision betrifft

ebenso wie ein Teil der Revision die Zinsentscheidung des Berufungsgerichts.

2. Die Anschlußrevision, mit der die Zinsforderung in Höhe von 5% über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. Juli 2000 weiterverfolgt wird, ist unbegründet. Die Zinsforderung ist - wie dargelegt - nur in der vom Berufungsgericht bereits zugesprochenen Höhe von 4% seit dem 29. Dezember 2000 begründet.

3. Die Anschlußrevision war daher als unbegründet zurückzuweisen.

Nobbe

Müller

Joeres

Wassermann

Mayen