
Datum: 18.03.1999
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 27 U 209/97
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1999:0318.27U209.97.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 12 O 386/97

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 23. Oktober 1997 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Münster wie folgt abgeändert:

Der Klagenanspruch ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

Der Rechtsstreit wird zur Entscheidung über die Höhe des Klageanspruchs und die Kosten des Berufungsverfahrens an das Landgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Es beschwert den Beklagten mit mehr als 60.000,00 DM.

Tatbestand:

1

Die Klägerin nimmt den Beklagten als früheren Verwalter in dem am 28. April 1994 eröffneten Konkursverfahren über das Vermögen des Bauunternehmens H GmbH in J aus § 82 KO auf Schadensersatz aus Vereitelung ihres Rechts auf abgesonderte Befriedigung in Anspruch. Sie hatte die spätere Gemeinschuldnerin auf der Grundlage ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen (Bl. 17 GA) unter verlängertem Eigentumsvorbehalt mit Baustoffen beliefert. Gestützt auf die damit einhergehende Voraussetzung von Kundenforderungen

2

reklamiert sie aus vor der Konkurseröffnung ausgeführten und von der Gemeinschuldnerin in vier im einzelnen bezeichnete Bauvorhaben verarbeiteten Lieferungen Werklohnansprüche der Gemeinschuldnerin für sich.

Noch am Tag der Konkurseröffnung verzichtete die Streithelferin des Beklagten, der die Gemeinschuldnerin durch Globalzession vom 27.02.1992 (Bl. 78 f GA) sämtliche Kundenforderungen als Kreditsicherheit im voraus abgetreten hatte, auf ihre Rechte aus bestehenden Abtretungsverträgen und sonstigen Sicherungsrechten. Sodann verkaufte und übertrug ebenfalls am selben Tag der Beklagte das gesamte Geschäftsinventar, die Vorräte und alle Forderungen der Gemeinschuldnerin - letztere mit schriftlichem Vertrag, der der Klageschrift als Anlage K 25 beigelegt ist (Bl. 71 f. GA) - auf die als Auffanggesellschaft gegründete H Straßen- und Tiefbau GmbH (nachfolgend H), die bei Zustimmung der Auftraggeber die begonnenen Bauvorhaben der Gemeinschuldnerin zu Ende führen und die Vergütungen für sich abrechnen sollte. Den von der H für den Forderungsverkauf erhaltenen Kaufpreis von 1.725.000,00 DM kehrte der Beklagte abzüglich der darin enthaltenen Mehrwertsteuer an die Streithelferin aus.

3

Mit Standardschreiben vom 29.04.1994 (Bl. 77 GA) teilte der Beklagte der Klägerin ebenso wie den anderen Gläubigern der Gemeinschuldnerin die Konkurseröffnung mit und forderte Gläubiger von Sonderrechten auf, diese innerhalb von zehn Tagen schriftlich geltend zu machen. Hierauf antwortend wies die Klägerin mit Schreiben vom 10.05.1994 (Bl. 56 GA) auf ihren Eigentumsvorbehalt hin und bat um Aussonderung der ihr zustehenden Forderungen gemäß einer beigelegten Rechnungsaufstellung. Mit einem weiteren Rundschreiben von Anfang Mai 1994 (Bl. 55 GA) forderte der Beklagte die Schuldner der Gemeinschuldnerin auf, "ab sofort" ausstehende und zukünftige Rechnungen nur noch an die H als Zessionarin aller Ansprüche der H GmbH zu bezahlen. Die Gläubigerversammlung vom 08.06.1994 stimmte unter Beteiligung des Geschäftsführers der Klägerin dem Forderungsverkauf des Beklagten an die H zu. Letztere fiel selbst am 14.08.1995 in Konkurs, nachdem sie u.a. von dem verlängerten Eigentumsvorbehalt der Klägerin erfaßte Forderungen - in streitiger Höhe - eingezogen hatte.

4

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, der Beklagte habe die betreffenden Schuldner der Gemeinschuldnerin auf ihre, der Klägerin, Rechte an den Werklohnforderungen hinweisen müssen, damit jene nicht gutgläubig und somit schuldbefreiend an die H zahlten. Zumindest hätte er aus dem Erlös der Forderungsveräußerung an die H vor dessen Auskehrung an die Streithelferin den Anspruch der Klägerin befriedigen müssen.

5

Der Beklagte und seine Streithelferin haben eine Pflichtverletzung in Abrede gestellt und geltend gemacht, ohne den Forderungsverkauf an die Auffanggesellschaft würde die Klägerin mangels Fertigstellung der Bauvorhaben der Gemeinschuldnerin überhaupt keine Erlöse aus ihren Warenlieferungen realisiert haben. Auch entfalle eine Haftung des Beklagten auf Grund der Genehmigung seiner Maßnahmen durch die Gläubigerversammlung, jedenfalls sei die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche durch die Klägerin treuwidrig, nachdem ihr Geschäftsführer den Forderungsverkauf an die H ausdrücklich gebilligt habe. Schließlich haben sie die Ursächlichkeit einer eventuellen Pflichtverletzung des Beklagten für den Schaden wie auch dessen Höhe bestritten.

6

Das Landgericht hat die in der Hauptsache auf Zahlung von 83.145,90 DM gerichtete Klage mit im wesentlichen folgender Begründung abgewiesen: Die Frage einer Pflichtverletzung des Beklagten im Hinblick auf bestehende Aus- oder Absonderungsrechte der Klägerin könne dahinstehen. Jedenfalls entfalle seine Haftung, da seine Maßnahmen durch die Gläubigerversammlung vom 08.06.1994 unter Mitwirkung des Vertreters der Klägerin gebilligt

7

worden seien. Umstände, die eine andere Beurteilung rechtfertigten, wie z.B. eine schuldhaft unzutreffende Unterrichtung der Gläubiger durch den Beklagten, habe die Klägerin nicht dargetan. Im übrigen habe sie ihren Schaden und die Kausalität einer unterstellten Pflichtverletzung des Beklagten mangels alternativer Betrachtung des Schadensverlaufs bei Unterlassen des Forderungsverkaufs nicht schlüssig dargelegt.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihren erstinstanzlichen Antrag - im Zinsanspruch beschränkt - weiter.

Sie hält die Abtretung der ihr auf Grund ihres Eigentumsvorbehalts zedierten Kundenforderungen der Gemeinschuldnerin an die H für unwirksam. Der Beklagte habe diese Forderungsrechte mit der Aufforderung an die Drittschuldner, an die H zu zahlen, schuldhaft verletzt, weil die Schuldner mit den daraufhin an die H geleisteten Zahlungen gemäß §§ 408 Abs. 1, 407 Abs. 1 BGB von ihrer Verbindlichkeiten zu Lasten der Klägerin freigeworden seien. Selbst bei Wirksamkeit der Abtretung der der Klägerin im voraus zedierten Forderungen an die H hafte der Beklagte dafür, daß er den insoweit erzielten Kaufpreis nicht an die Klägerin ausgekehrt habe, sondern an die Streithelferin, der jedoch wegen Nichtigkeit der Globalzession vom 27.02.1992 und ihres Verzichts vom 28.04.1994 kein besseres Recht daran zugestanden habe. Dabei sei dem Beklagten die Verletzung des fortbestehenden Absonderungsrechts der Klägerin an dem Erlös bewußt gewesen, wie seine Berichte vom 03.04. und 10.05.1995 an das Konkursgericht erwiesen. Die Klägerin meint, der Forderungsverkauf vom 28.04.1994 habe im Zusammenhang mit der Betriebsfortführung durch die Auffanggesellschaft keine geeignete Maßnahme zur Begrenzung ihres Schadens dargestellt, da sie als Inhaberin der ihr zedierten Ansprüche auf Grund deren Entstehung durch Abrechnung der Gemeinschuldnerin gegenüber ihren Auftraggebern schon vor Konkurseröffnung gesichert gewesen sei. Durch die Fertigstellung der begonnenen Bauvorhaben durch die H habe sich ihre Rechtsstellung daher nicht mehr verbessert. Schließlich lasse die Genehmigung des Forderungsverkaufs durch die Gläubigerversammlung die Haftung des Beklagten nicht entfallen. Dieser habe die Versammlung nämlich nicht über den Wortlaut der Verträge und darüber informiert gehabt, daß der insoweit erzielte Kaufpreis nicht den Gläubigern zur Verfügung stand, sondern bereits an die Stadtparkasse ausgekehrt war; Beweis: Zeugnis T, Parteivernehmung.

Die Klägerin beantragt,

abändernd

den Beklagten zu verurteilen, an sie 83.145,90 DM nebst 7,5 % Zinsen seit dem 10.12.1996 zu zahlen.

Der Beklagte und seine Streithelferin beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Beide verteidigen das angefochtene Urteil insbesondere darin, daß dem Beklagten angesichts der Genehmigung seiner Verträge mit der H - die andererseits die der Klägerin zedierten Forderungen gar nicht zum Gegenstand haben sollen - durch die Gläubigerversammlung kein Verschulden vorgeworfen werden könne. Sie stellen den Schaden der Klägerin mit der Behauptung in Abrede, deren Vorbehaltsansprüche gegen die Kunden der Gemeinschuldnerin wären ohne die Übertragung des gesamten Geschäftsvermögens auf die Auffanggesellschaft ebenfalls nicht erfüllt, sondern durch Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aus der unterbliebenen Fertigstellung der

Bauvorhaben zum Erlöschen gebracht worden. Sie bestreiten die tatsächlichen Voraussetzungen der Entstehung der Vorbehaltsforderung der Klägerin, nämlich den Einbau unbezahlt gebliebenen Baumaterials und dessen Abrechnung durch die Gemeinschuldnerin gegenüber den Auftraggebern, und im einzelnen das Rechenwerk der Klägerin zur Anspruchshöhe sowie den Zinsschaden.

Darüber hinaus stellt der Beklagte die Entstehung eines Absonderungsrechts der Klägerin schon dem Grund nach zur Überprüfung im Hinblick auf die zeitlich vorhergehende Globalzession an die Streithelferin und macht geltend, die Klägerin habe wissentlich den Einzug auch der ihr zustehenden Forderungen durch die H geduldet, mithin auch das Verhalten des Beklagten gebilligt und versäumt, ihre Rechte aus § 816 Abs. 2 BGB gegenüber der H geltend zu machen. Das Bonitätsrisiko hinsichtlich der Auffanggesellschaft habe sie auf diese Weise mittragen wollen. 16

Schließlich beruft sich der Beklagte auf Verjährung. 17

Die Streithelferin des Beklagten hat sich dessen Vortrag in allen Punkten zu eigen gemacht. 18

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 19

Die Akten des Konkursverfahrens 9 M 25/94 des Amtsgerichts Ibbenbüren sind zur Ergänzung des Parteivorbringens Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. 20

Der Senat hat den Beklagten persönlich gemäß § 141 ZPO gehört. Dieser hat erklärt: 21

Ich war schon vor der Konkurseröffnung Sequester über das Vermögen der Gemeinschuldnerin und konnte deshalb bereits die Gründung der Auffanggesellschaft im Interesse der Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer in Angriff nehmen. Wie ich es immer tue, habe ich auch hier mit der Gemeinschuldnerin eine Bestandsaufnahme des Vermögens gemacht. Dabei wurden auch Sonderrechte bzw. Absonderungsrechte von Gläubigern festgestellt. Hinsichtlich der Verwertung der davon betroffenen Vermögensgegenstände bzw. der Abwicklung dieser Sonderrechte ist durch mich nichts veranlaßt worden. Daß die Forderungen der Gemeinschuldnerin mitverkauft werden, geschieht eher selten. Hier machte das aber Sinn, weil ich auf diese Weise die Arbeitnehmer unterbringen konnte und die Bauvorhaben nicht selbst abrechnen mußte. Die H wollte die Forderung übertragen bekommen, um selbst die Bauvorhaben vollständig zu Ende führen und abrechnen zu können. Eine Freistellungserklärung, wie ich sie hier von der Streithelferin erhalten habe, lasse ich mir generell geben. Das war hier keine Besonderheit. 22

Der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten hat in der Berufungsverhandlung dazu erklärt, der Beklagte könne nicht wissen, welches von der Klägerin gelieferte Material eingebaut worden sei und was die Auftraggeber der Gemeinschuldnerin darauf bezahlt hätten. Es werde allerdings so sein, daß von dem durch die Klägerin gelieferten Baumaterial "irgendetwas" in letztlich von der H abgerechnete Bauvorhaben eingebaut worden sei. 23

Entscheidungsgründe: 24

Das Gericht hat in der Sache zu entscheiden, nachdem die Streithelferin des Beklagten den Prozeßvergleich vom 21.01.1999 fristgerecht widerrufen hat. Dieser Widerruf beseitigt den Gesamtvergleich einschließlich seiner materiell-rechtlichen Wirkungen auch im Verhältnis der Hauptparteien zueinander, denn auf Grund des Inbegriffs der mündlichen Verhandlung vom 25

21.01.1999, des ausdrücklichen Beitritts der Streithelferin zum Vergleich und deren Einbeziehung in die Generalverzichtsklausel der Ziffer 2. sowie der Kostenregelung in Ziffer 3. kann nicht angenommen werden, daß die Klägerin und der Beklagte den Vergleich auch ohne den widerrufenen Teil abgeschlossen hätten (auch Rechtsgedanke des § 139 BGB). Der vom Beklagten geschlossene Vergleich ist dahin auszulegen, daß über den Prozeßgegenstand nur unter der aufschiebenden Bedingung verfügt worden ist, daß niemand der zum Widerruf Berechtigten widerrufe.

Die Berufung hat Erfolg, denn der Klägerin steht der geltend gemachte Schadensersatzanspruch dem Grunde nach aus § 82 KO zu. Der Beklagte hat die ihm gegenüber der Klägerin obliegenden Pflichten schuldhaft verletzt, indem er durch seine Aufforderung an die Werklohnschuldner der Gemeinschuldnerin von Anfang Mai 1994, ausstehende und zukünftige Rechnungen nur noch an die H zu zahlen, das Absonderungsrecht der Klägerin hinsichtlich der dieser zuvor abgetretenen Forderungen vereitelte.

26

Auf Grund wirksamen verlängerten Eigentumsvorbehalts standen der Klägerin die bei Konkursöffnung bereits entstandenen Ansprüche der Gemeinschuldnerin gegen deren Auftraggeber - nur solche sind Klagegegenstand - insoweit zu, als von ihr geliefertes Material verarbeitet worden war. Der Wirksamkeit dieser Vorauszession steht die Globalzession vom 27.02.1992 an die Streithelferin Kraft deren Priorität nicht entgegen, denn letztere ist jedenfalls insoweit gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig, als sie in sittenwidriger Weise auf die Sicherungsansprüche späterer Eigentumsvorbehaltslieferanten an keiner Stelle Rücksicht nimmt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine zur Sicherung eines Kredits vereinbarte Globalzession künftiger Kundenforderungen an eine Bank in der Regel sittenwidrig, soweit sie nach dem Willen der Vertragspartner auch Forderungen umfassen soll, die der Schuldner seinen Lieferanten auf Grund verlängerten Eigentumsvorbehalts künftig abtreten muß und abtritt. Zur Sicherung der schutzwürdigen Belange des Kreditnehmers und seiner Lieferanten müssen Ansprüche aus einem verlängerten Eigentumsvorbehalt der Globalabtretung in jedem Fall und mit dinglicher, nicht lediglich mit schuldrechtlicher Wirkung vorgehen (BGH ZIP 1999, 101 f, NJW 95, 1668, NJW 1994, 445). Die vorliegende Globalabtretung vom 27.02.1992 berücksichtigt die Interessen künftiger Eigentumsvorbehaltslieferanten der Gemeinschuldnerin nicht einmal schuldrechtlich. Besondere Umstände, die es in Ausnahmefällen an einer verwerflichen Gesinnung der beteiligten Bank fehlen lassen können (vgl. BGH ZIP 1999, 102), sind nicht ersichtlich.

27

Der Beklagte hat im Anschluß an den Verkauf der der Klägerin zustehenden Forderungen an die H durch seine Aufforderung an die Drittschuldner, auch die ausstehenden Rechnungen der Gemeinschuldnerin an die H zu bezahlen, das Recht der Klägerin auf abgesonderte Befriedigung verletzt. Nach dem Übertragungsvertrag vom 28.04.1994 sollte die H alle Forderungen der Gemeinschuldnerin einziehen, auch soweit sie im Sinne von § 2 Abs. 1 des Vertrags mit Rechten Dritter, "insbesondere aus verlängertem Eigentumsvorbehalt", belastet waren. Die sachenrechtliche Unwirksamkeit der Zession durch einen Nichtberechtigten bleibt unerheblich. Mit seiner Aufforderung an die Drittschuldner zur Zahlung an die H hat der Beklagte die Ursache dafür gesetzt, daß die Drittschuldner gutgläubig gemäß §§ 408 Abs. 1, 407 Abs. 1 BGB schuldbefreiend an die H leisten konnten. Demgegenüber wäre es Pflicht des Beklagten gewesen, gemäß § 127 Abs. 1 KO auch die dem Absonderungsrecht unterliegenden Forderungen zur Masse zu ziehen und die Klägerin anteilig aus dem Erlös zu befriedigen. Die der Gemeinschuldnerin unter Ziffer 7. der klägerischen AGB erteilte Einziehungsermächtigung deckt erkennbar nicht einen Einzug durch den Konkursverwalter im Insolvenzfall, bei dem die Befriedigung der Klägerin aus dem Erlös nicht sichergestellt ist.

28

Daß der Konkursverwalter durch schuldhafte Vereitelung von Absonderungsrechten gemäß § 82 KO haftet, ist allgemein anerkannt (vgl. statt aller Kuhn-Uhlenbruck, Konkursordnung, 11. Auflage, § 280 Rdzif. 7 f.).

Die Genehmigung der Veräußerung der Forderungen und der Betriebs- sowie Geschäftseinrichtung der Gemeinschuldnerin durch die Verträge vom 28.04.1994 seitens der Gläubigerversammlung gemäß §§ 132, 134 KO vermag das Handeln des Beklagten weder zu rechtfertigen, noch zu entschuldigen. Die Genehmigung bezieht sich schon inhaltlich nicht auf einen Eingriff in Aus- oder Absonderungsrechte, sondern nur auf die Gesamtveräußerung dessen, was der Gemeinschuldnerin gehörte. Davon abgesehen fiel es nicht in die Zuständigkeit der Gläubigerversammlung, über die Beachtung von Vorzugsrechten einzelner Gläubiger an bestimmten Vermögensgegenständen zu entscheiden. Daher mußte auch dem Beklagten klar sein, daß die Gläubigerversammlung keine Rechtsmacht hat, ihn von der Beachtung seiner Pflichten gegenüber bevorrechtigten Gläubigern zu entbinden und über deren Vorzugsrechte zu verfügen. 29

Auch aus ihrer Position als Einzelgläubigerin heraus hat die Klägerin dem Verkauf ihrer Forderungen und deren Einziehung durch die H für deren Rechnung nicht konkludent zugestimmt. Sie hat nämlich ihre Eigentumsvorbehaltsrechte mit dem Schreiben vom 10.05.1994 und der nachfolgenden Korrespondenz um die Berechnung der Höhe ihrer Forderung eindeutig geltend gemacht. Dementsprechend hat auch der Beklagte mit Schreiben vom 26.08. und 10.11.1994 (Bl. 46, 48 GA) die klägerischen Ansprüche auf verlängertem Eigentumsvorbehalt dem Grunde nach ausdrücklich anerkannt. Er ist also selbst nicht von einem Verzicht der Klägerin oder von einer Rechtfertigung seines Verkaufs der an die Klägerin zedierten Forderungen durch die Gläubigerversammlung ausgegangen, sondern hat sich, wie sein weiteres Schreiben vom 10.11.1994 an die Streithelferin (Bl. 47 GA) ergibt, auf deren Freistellungserklärung gegenüber Ersatzansprüchen bevorrechtigter Gläubiger verlassen. 30

Der Einwand des Beklagten, sein Verhalten sei nicht kausal für den Schaden, weil anderenfalls die Klägerin mangels Fertigstellung der Bauvorhaben und wegen der daraus resultierenden Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen ebenfalls nichts aus ihren Forderungen erlöst hätte, greift nicht. Ein solcher hypothetisch, ebenfalls zum Schaden führender Kausalverlauf ist zwar theoretisch denkbar, der Vortrag der Klägerin dazu jedoch nicht substantiiert. Insbesondere ist ihm nicht zu entnehmen, daß die Baufortführung durch die Auffanggesellschaft ohne deren Einzug der klägerischen Forderungen in Höhe von rund 83.000,00 DM nicht hätte erreicht werden können. Für den Bestand fremder, infolge verlängerten Eigentumsvorbehalts nicht der Gemeinschuldnerin zustehenden Forderungen hatte der Beklagte bei dem Verkauf an die H ohnehin keine Gewähr übernommen, so daß die Betriebsfortführung durch die Auffanggesellschaft nicht davon abhängen konnte. Dies umso weniger, als die Beteiligten das Problem der Rechte Dritter durch eine Einstandspflicht der Streithelferin gegenüber den rechtmäßigen Gläubigern gemäß ihrer Freistellungserklärung vom 26.04.1994 (Bl. 109 GA) lösen wollten. Daß dem Beklagten die Beachtung der Sonderrechte vorrangiger Gläubiger ohne Gefährdung des Gesamtkonzepts mit der Auffanggesellschaft nicht möglich gewesen wäre, ist danach nicht ersichtlich. 31

Der Einwand des Mitverschuldens dahin, die Klägerin habe es versäumt, ihre Ansprüche aus § 816 Abs. 2 BGB gegen die H rechtzeitig durchzusetzen, greift schon deshalb nicht, weil der Beklagte von Mai 1994 an mit der Klägerin über deren Ansprüche korrespondiert und diese spätestens im August 1994 grundsätzlich anerkannt hat. Indem er gleichzeitig die Regulierung zur Höhe der Ansprüche in Auseinandersetzung mit der H einerseits und der 32

Streithelferin andererseits übernahm und die Klägerin darüber auf dem laufenden hielt, hat er dieser die Veranlassung genommen, sich zusätzlich und womöglich störend mit der H auseinanderzusetzen.

Aus dem Vorstehenden folgt zugleich die Unbeachtlichkeit der Verjährungseinrede. Die hier geltende dreijährige Verjährungsfrist des § 852 BGB (BGH NJW 1985, 1161) begann frühestens im November 1994 zu laufen, nachdem der Beklagte noch bis in diesem Monat hinein mit der Klägerin über die Erfüllung von deren Ansprüchen verhandelt hat, somit der Schadenseintritt für die Geltendmachung des Ersatzanspruchs noch gar nicht feststand. Sie wurde mit der Klagezustellung am 21.08.1997 rechtzeitig unterbrochen. 33

Der Klageanspruch besteht zumindest teilweise, denn der Beklagte hat in der Berufungsverhandlung eingeräumt, daß irgendwelche unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Materialien der Klägerin in zumindest eines der in der Klage genannten Bauvorhaben eingebaut wurden und jedenfalls teilweise daraus resultierende Werklohnforderungen später von der H eingezogen wurden. Dies rechtfertigt die Zuerkennung des Klageanspruchs dem Grunde nach. Es bedurfte nicht der Feststellung, daß Schadensersatzansprüche hinsichtlich aller in der Klageschrift (dort Bl. 7 = Bl. 7 GA) genannter Bauvorhaben dem Grunde nach gerechtfertigt sind. Denn diese Einzelforderungen gründen sich auf dieselbe Pflichtverletzung des Beklagten, sie sind deshalb bloße Rechnungsposten ein- und desselben Anspruchs (vgl. BGH NJW 98, 1140). Damit hat sich das LG im nachfolgenden Verfahren zu befassen. 34

Da das Landgericht die Klage insgesamt abgewiesen hat, war der Rechtsstreit zur Entscheidung über die Höhe gemäß § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO an die Vorinstanz zurückzuverweisen. Eine eigene Entscheidung des Senats insoweit ist nicht sachdienlich im Sinne von § 540 ZPO. Angesichts des Umfangs des Streits über die Anspruchshöhe soll den Parteien keine Tatsacheninstanz genommen werden. 35

Da der endgültige Klageerfolg offen ist, muß dem Landgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Berufungsinstanz vorbehalten bleiben. 36

Das Urteil ist in Befolgung von § 708 Nr. 10 ZPO für vorläufig vollstreckbar erklärt. Da es gleichwohl einen vollstreckbaren Inhalt nicht hat, ist eine Abwendungsbefugnis gegen Sicherheitsleistung nicht festzusetzen. 37