



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IX ZR 141/04

Verkündet am:  
23. November 2006  
Bürk  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO §§ 522, 559, § 580 Nr. 6

Zur Berücksichtigung eines Restitutionsgrundes im Revisionsverfahren, wenn das Schlussurteil des Berufungsgerichts auf einem Teilzurückweisungsbeschluss aufbaut, der nach Erlass des Urteils teilweise vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben worden ist.

BGH, Urteil vom 23. November 2006 - IX ZR 141/04 - OLG Köln

LG Bonn

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 2006 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gero Fischer, die Richter Dr. Ganter und Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Detlev Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Schlussurteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 9. Juni 2004 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als

- die Berufung der Beklagten zurückgewiesen worden ist, soweit diese vom Landgericht zur Zahlung von 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz aus 7.248.079,94 € für die Zeit vom 15. Juni 2001 bis 12. März 2004 verurteilt worden ist;
- festgestellt worden ist, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist, soweit der Kläger von der Beklagten die Zahlung von 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz aus 7.248.079,94 € für die Zeit ab dem 13. März 2004 beansprucht hat.

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

Die weitergehende Revision der Beklagten wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte erbringt Dienstleistungen auf dem Gebiet der Telekommunikation. Die AG (im Folgenden: Schuldnerin) bot ebenfalls die Möglichkeit an, Telefongespräche zu führen. Zwischen beiden bestand seit 1998 ein Fakturierungs- und Inkassovertrag, der die Beklagte verpflichtete, die ihr von der Schuldnerin gemeldeten Kommunikationsfälle den Kunden der Schuldnerin in Rechnung zu stellen, das Entgelt zu kassieren und den Erlös an die Schuldnerin abzuführen. Aus dem Abrechnungszeitraum vom 13. Februar bis 31. Mai 2001 stehen insoweit unstreitig Forderungen der Schuldnerin gegen die Beklagte von 17.516.283,96 € aus Telefongesprächen im "Call-by-Call Verfahren" offen.
- 2 Am 2. April 2001 beantragte die Schuldnerin die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen; dies ist der Beklagten noch am selben Tag bekannt geworden. Der Kläger wurde als (zunächst: vorläufiger) Insolvenzverwalter bestellt. In der Folgezeit rechnete die Beklagte gegen die Ansprüche der Schuldnerin mit Gegenforderungen auf, die ihr gegen die Schuldnerin wegen Nutzung ihres Telefonnetzes zustanden. Die Beklagte bezifferte ihre Ansprüche auf knapp 100 Mio. DM und meldete davon gut 71 Mio. DM zur Tabelle an.
- 3 Der Kläger hält die Aufrechnung für unzulässig und verlangt mit der Klage Auszahlung der Erlöse von ca. 17,5 Mio. Euro.
- 4 Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an den Kläger den genannten Betrag nebst Zinsen zu zahlen. Der Erlösanspruch sei nicht erloschen, weil die Aufrechnung gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3, § 130 InsO unzulässig sei. Die hiergegen eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht durch einstimmigen Teilbeschluss vom 3. März 2004 gemäß § 522 Abs. 2 ZPO hinsichtlich der Haupt-

sache zurückgewiesen. Die Beklagte hat daraufhin veranlasst, dass dem Kläger die Hauptsache bezahlt wird. Der Betrag wurde auf dem Konto der Beklagten am 12. März 2004 belastet und auf dem Konto des Klägers am 15. März 2004 gutgeschrieben. Das Berufungsgericht hat sodann über Zinsen und Kosten mündlich verhandelt. Der Kläger hat den Zinsanspruch in der Hauptsache einseitig für erledigt erklärt, soweit er von der Beklagten Verzinsung der Hauptforderung über den 14. März 2004 hinaus beansprucht hatte. Durch Schlussurteil vom 9. Juni 2004 hat das Berufungsgericht dem Zinsanspruch weitgehend und dem Erledigungsfeststellungsantrag für die Zeit ab 13. März 2004 stattgegeben sowie die Kosten des Berufungsverfahrens der Beklagten auferlegt.

5 Auf Verfassungsbeschwerde der Beklagten hat das Bundesverfassungsgericht den Teilbeschluss des Berufungsgerichts vom 3. März 2004 mit Beschluss vom 1. Oktober 2004 (NJW 2005, 657) insoweit aufgehoben und das Verfahren an das Berufungsgericht zurückverwiesen, als die Verurteilung die der Beklagten vor dem 2. April 2001 zugegangenen Rechnungen der Schuldnerin betrifft. Dabei handelt es sich um die Rechnungen vom 28. Februar 2001 über 6.483.492,30 DM, zugegangen am 12. März 2001, und die Rechnung vom 21. März 2001 über 7.692.519,88 DM, zugegangen am 23. März 2001, zusammen 7.248.079,94 €.

6 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag hinsichtlich der Zinsen und des Erledigungsfeststellungsbegehrens in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision hat zum Teil Erfolg; sie führt hinsichtlich der Kostenentscheidung in vollem Umfang und hinsichtlich der Zinsentscheidung und der Feststellung des in der Hauptsache erledigten Zinsanspruches zur Aufhebung in dem ausgesprochenen Umfang. Im Umfang der Aufhebung ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

I.

8 Das Schlussurteil hält einer rechtlichen Prüfung in dem ausgesprochenen Umfang nicht stand.

9 1. Die Revision ist allerdings unbegründet, soweit das Schlussurteil hinsichtlich der Zinsentscheidung auf dem rechtskräftigen Teil des Teilbeschlusses vom 3. März 2004 beruht. Entgegen der Auffassung der Revision ist es für die Frage, ob das Schlussurteil auf einer Verletzung von Bundesrecht beruht (§ 545 ZPO), nicht erheblich, ob das Berufungsgericht über die Hauptsache durch Teilbeschluss nach § 522 ZPO entscheiden durfte. Der Teilbeschluss war mit Rechtsmitteln der ZPO nicht anfechtbar, § 522 Abs. 3 ZPO (vgl. BGH, Beschl. v. 6. Juli 2005 - IV ZB 54/04, FamRZ 2005, 1555; v. 6. Juli 2006 - IX ZB 261/04, BGHReport 2006, 1260). Diese Regelung ist verfassungsrechtlich unbedenklich (BVerfG NJW 2005, 659). Der Beschluss war mit Erlass (zunächst) rechtskräftig. Auch wenn der Beschluss gegen § 522 ZPO verstoßen hat, durfte ihn das Berufungsgericht nicht mehr ändern, weil dem Beschluss innerprozessuale Bindungswirkung zukam (vgl. BGH, Beschl. v. 12. Dezember 1990 - VIII ZB 42/90, WM 1991, 882, 883; v. 18. Januar 1995 - IV ZB 22/94, NJW-RR 1995, 765).

Allenfalls auf eine Anhörungsrüge hin hätte der Teilbeschluss gemäß § 321a ZPO vom Berufungsgericht abgeändert werden können (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO 25. Aufl. § 321a Rn. 5). Diese hat das Berufungsgericht jedoch als unzulässig verworfen.

10 Entgegen der Auffassung der Revisionsklägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat war der Teilbeschluss nicht nichtig. Als in dem dafür vorgesehenen Verfahren zu Stande gekommener hoheitlicher Akt beansprucht er aus Gründen der Rechtssicherheit Geltung gegenüber jedermann, sofern ihm nicht ein offenkundiger, schwerer Fehler anhaftet, der ausnahmsweise zur Nichtigkeit führt (vgl. BGH, Ur. v. 9. Januar 2003 - IX ZR 85/02, ZIP 2003, 356, 357; Beschl. v. 27. Juni 2003 - IXa ZB 72/03, WM 2003, 1782, 1783). Nichtigkeit wird vor allem dann angenommen, wenn die Unterschrift des Richters als für jede gerichtliche Entscheidung schlechthin konstitutiver Akt fehlt und deshalb ein bloßer Entwurf gegeben ist (BGHZ 137, 49, 51; BGH, Beschl. v. 27. Juni 2003, aaO).

11 Ein solcher offenkundiger schwerer Rechtsmangel liegt in der Teilzurückweisung der Berufung nicht vor. Ob § 522 Abs. 2 ZPO Teilbeschlüsse zulässt, ist bisher höchstrichterlich nicht geklärt. Nach der Gesetzesbegründung ist eine teilweise Zurückweisung der Berufung durch Beschluss nicht möglich (BT-Drucks. 14/4722 S. 97). Im Gesetzeswortlaut findet dies aber keinen Ausdruck. In Teilen der Rechtsprechung und Literatur wird deshalb ein Teilbeschluss unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachtet (vgl. etwa OLG Karlsruhe MDR 2003, 711; OLG Koblenz OLGR 2003, 460; OLG Rostock NJW 2003, 2754; Zöller/Gummer/Heßler, aaO § 522 Rn. 41; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 27. Aufl. § 522 Rn. 21; Musielak/Ball, ZPO 5. Aufl. § 522

Rn. 28a; Hk-ZPO/Wöstmann, § 522 Rn. 16). Unter diesen Umständen kann eine Nichtigkeit des Teilbeschlusses nicht angenommen werden.

12 Über den offenen Rest des Verfahrens konnte und musste daher - unabhängig von der Richtigkeit des ergangenen Teilbeschlusses - nach mündlicher Verhandlung durch Schlussurteil entschieden werden. Dabei hatte das Berufungsgericht - solange das Bundesverfassungsgericht nicht anders entschieden hatte - von der Rechtskraft des Teilbeschlusses auszugehen.

13 2. Im Revisionsverfahren ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht den Teilbeschluss des Berufungsgerichts teilweise aufgehoben und insoweit den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen hat. Dies ist ein Restitutionsgrund hinsichtlich des angefochtenen Schlussurteils gemäß § 580 Nr. 6 ZPO. Im Umfang der Aufhebung zur Hauptsache kann deshalb auch die Zinsentscheidung und die Erledigungsfeststellung, ebenso wie die Kostenentscheidung, keinen Bestand haben.

14 a) Das Vorbringen eines Restitutionsgrundes ist trotz § 559 ZPO (§ 561 ZPO a.F.) in der Revisionsinstanz zulässig, auch wenn es sich dabei um Tatsachen handelt, die noch nicht Gegenstand des Berufungsurteils sein konnten. Diese Ausnahme ist gerechtfertigt durch die Erwägung, dass es im Sinne einer vernünftigen Prozessökonomie liegt, Wiederaufnahmegründe noch in einem anhängigen Rechtsstreit zu erledigen, anstatt die Partei, die sie geltend macht, damit auf ein nach rechtskräftigem Abschluss des anhängigen Rechtsstreits einzuleitendes Wiederaufnahmeverfahren zu verweisen (BGHZ 3, 65, 67 f). Damit wird verhindert, dass in der Revisionsinstanz ein ohne Berücksichtigung des neuen Vorbringens ergehendes Urteil sich mit dem Inhalt eines rechtskräftigen Erkenntnisses des Bundesverfassungsgerichts in Widerspruch setzen o-

der doch diese Erkenntnis unbeachtet lassen würde. Daraus ergäben sich für die Einheitlichkeit und das Ansehen der Rechtsprechung in hohem Maße abträgliche Folgen. Dies hat der Bundesgerichtshof schon bislang für die Fälle angenommen, in denen der Restitutionsgrund einer strafbaren Handlung nach § 580 Nrn. 1 bis 5 ZPO vorliegt, wenn deswegen eine rechtskräftige Verurteilung erfolgt ist, § 581 Abs. 1 Satz 1 ZPO (vgl. BGHZ 3, 65, 67 f; 5, 240, 247; BGH, Beschl. v. 13. Januar 2000 - IX ZB 3/99, LM ÜberlG Nr. 1). Für den Restitutionsgrund des § 580 Nr. 6 ZPO, der stets ein rechtskräftiges aufhebendes Urteil voraussetzt, kann nichts anderes gelten.

15           b) Ein Restitutionsgrund gemäß § 580 Nr. 6 ZPO liegt bezüglich des Schlussurteils vor. Dieses beruht hinsichtlich der Entscheidung über die Zinsen, die Erledigungsfeststellung und der Kosten maßgebend auf dem Teilbeschluss des Berufungsgerichts, mit dem die Berufung in der Hauptsache zurückgewiesen wurde (zur Notwendigkeit des Ursachenzusammenhangs vgl. BGH, Urt. v. 21. Januar 1988 - III ZR 252/86, NJW 1988, 1914, 1915). Dieser Teilbeschluss ist einem Urteil im Sinne des § 580 Nr. 6 ZPO gleichzustellen, weil er urteilsvertretenden Charakter hat (vgl. BGH, Urt. v. 21. Januar 1988 aaO; Beschl. v. 18. Januar 1995 aaO; Zöller/Greger, aaO § 580 Rn. 13; Musielak, aaO § 580 Rn. 12). Er ist durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 1. Oktober 2004 teilweise aufgehoben worden. In diesem Umfang ist über die Berufung der Beklagten in der Hauptsache neu zu entscheiden. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts steht einem rechtskräftig aufhebenden Urteil im Sinne des § 580 Nr. 6 ZPO gleich, weil er alle Gerichte bindet, § 95 Abs. 2, § 31 Abs. 1 BVerfGG.

16           c) Das Bundesverfassungsgericht hat den Teilbeschluss des Berufungsgerichts insoweit aufgehoben, als die Berufung der Beklagten zurückgewiesen



worden ist hinsichtlich der der Beklagten vor dem 2. April 2001 zugegangenen Rechnungen der Schuldnerin. Dies betrifft die Rechnungen vom 28. Februar 2001 und 21. März 2001 über eine Gesamt-Hauptsachesumme von 7.248.079,94 €. Insoweit fehlt es derzeit für jede Zinsentscheidung an einer Grundlage. Ist die Klage insoweit in der Hauptsache unbegründet, trifft dies auch für den Zinsanspruch und den Erledigungsfeststellungsantrag hinsichtlich der Zinsen ab 13. März 2004 zu.

- 17 Den Erledigungsfeststellungsantrag hinsichtlich der Zinsen aus dem genannten Betrag für den 13. und 14. März 2004 wollte das Berufungsgericht ausweislich der Begründung seines Schlussurteils offenbar abweisen. Im Tenor ist jedoch über den Erledigungsfeststellungsantrag hinaus entgegen § 308 Abs. 1, § 525 Satz 1, § 528 Satz 1 ZPO die Erledigung für die Zeit ab 13. März 2004 festgestellt worden. Die Aufhebung hat sich deshalb auch hierauf zu beziehen.

## II.

- 18 Das angefochtene Schlussurteil ist danach im ausgesprochenen Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO); die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht wird zunächst in dem vom Bundesverfassungsge-

richt aufgehobenen Umfang über die Hauptsache sowie darauf aufbauend erneut über die Zinsen, die Feststellung der Erledigung und die Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden haben.

Dr. Gero Fischer

Dr. Ganter

Vill

Lohmann

Dr. Detlev Fischer

Vorinstanzen:

LG Bonn, Entscheidung vom 24.06.2003 - 11 O 151/01 -

OLG Köln, Entscheidung vom 09.06.2004 - 2 U 118/03 -